REVISTA CRITICA
DE
D E R E C H O
INMOBILIARIO

Año XCVI • Enero-Febrero • Núm. 777

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 • Enero-Febrero 2020 • Núm. 777

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 Gálligo
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

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

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

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

Basilio Aguirre Fernández
Registrador de la Propiedad

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 Gálligo
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 Ezquerra
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
Sercretaria General del Consejo de Estado

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

Pilar Palazón Valentín
Registradora de la Propiedad y Mercantil

SUMARIO / *SUMMARY*

Págs.

ESTUDIOS / *STUDIES*

CUADRADO PÉREZ, Carlos: «Modernas perspectivas en torno a la discapacidad» / *Modern perspectives on disability* 13

ESTEVE PARDO, María Asunción: «Culpa e incumplimiento contractual: del Código civil al moderno Derecho de contratos. Especial referencia a los contratos de prestación de servicios» / *Non-performance and fault: from the Spanish Civil Code to modern Contract Law. Special reference to contracts for the supply of service*..... 91

MAS BADÍA, M.ª Dolores: «Los derechos reales de adquisición de constitución voluntaria: una propuesta de regulación sistemática en el Código civil» / *The preferential rights in the acquisition of property voluntarily created: a proposal for a systematic regulation in the Civil Code*..... 127

ESTUDIOS LEGISLATIVOS / *LEGISLATIVE STUDIES*

FANDOS PONS, Pedro: «Las repercusiones geográficas de los principios hipotecarios tras la Ley 13/2015, de 24 de junio (III): El principio de inscripción gráfica» / *The geographical repercussions of the mortgage principles after Law 13/2015, of June 24 (III): The graphical registration principle*..... 195

Págs.

DICTÁMENES Y NOTAS / *LEGAL OPINIONS AND NOTES*

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés: «Poder, corrupción, libertad y estado: recordando a Lord Acton» / *Power, corruption, liberty and State: remembering Lord Acton* 247

LEGERÉN MOLINA, Antonio: «Reserva de dominio y derechos del comprador» / *Reservation of title and buyer rights*..... 261

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... 309

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES / *JUDICIAL STUDIES*

1. DERECHO CIVIL:

1.1. Parte general:

— «La ocultación de la madre de sus dudas sobre la paternidad y el daño moral» / *The ocultation of the mother of her doubts about paternity and moral damage,* por María Isabel DE LA IGLESIA MONJE 465

1.2. Derecho de familia:

— «La extinción de la prestación de alimentos de los hijos mayores de edad» / *The termination of maintenance for older sons, por* Ana Isabel BERROCAL LANZAROT..... 479

1.3 Derechos reales:

— «La cláusula de vencimiento anticipado en préstamos hipotecarios» / *The acceleration clause in mortgage loans, por* Maria GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA..... 530

1.4. Sucesiones:

— «Concurrencia de la sucesión testada e intestada: herencia de causante intestada por la premoriencia

Págs.

de heredero testamentario» / *Compliance between of the testate succession and intested: cause of heritage intested by the premorience of the testamentary heir,* por Fernanda MORETÓN SANZ 544

1.5. Obligaciones y Contratos:

— «Nulidad de las comisiones por reclamación de posiciones deudoras» / *Nullity of commissions for claim of debit positions,* Beatriz SÁENZ DE JUBERA HIGUERO 564

1.5. Responsabilidad civil:

— «El deber de diligencia exigible en la responsabilidad civil del abogado: la ausencia de ejercicio de la acción en el plazo legal» / *The duty of diligence required on the lawyer's civil liability: the no exercise of the action in the legal term, por* Esther MONTERROSO CASADO 576

1.7. Concursal:

— «El vencimiento anticipado de los préstamos hipotecarios tras la STJUE de 26 de marzo de 2019 y la STS de 11 de septiembre de 2019» / *The anticipated maturity of the mortgage loans after the STJUE of March 26, 2019 and the STS of September 11, 2019, por* Teresa Asunción JIMÉNEZ PARÍS 589

2. MERCANTIL:

— «Preaviso y buena fe en la separación *ad nutum* en las sociedades profesionales»/ *Advance notice and good faith in* ad nutum *separation in professional corporates,* por Francisco REDONDO TRIGO 622

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

— «La resolución municipal para la constancia registral de la situación urbanística de la obra antigua» / *The municipal resolution for the registration of the old building land-planning situation,* por Vicente LASO BAEZA 638

4. DERECHO BANCARIO

— «La aplicación práctica de la cláusula de vencimiento anticipado. STS de 11 de septiembre de 2019. Final del recorrido» / *The practical application of the early termination clause. The STS of 11 September 2019. Journey's end*, por Federico ADÁN DOMÉNECH. 650

ACTUALIDAD JURÍDICA / *LEGAL NEWS*

Información de actividades 677

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS / *BIBLIOGRAPHY INFORMATION*

«Trabas al derecho de visita, responsabilidad y mediación», de Carmen CALLEJO RODRÍGUEZ, por Ana Isabel BERROCAL LANZAROT 687

«La propiedad en el marco del convenio europeo de derechos humanos», de Angelo RICCIO, por Fátima YÁÑEZ VIVERO... 689

ESTUDIOS

Modernas perspectivas en torno a la discapacidad

Modern perspectives on disability

por

CARLOS CUADRADO PÉREZ
Director of counsel Unive Abogados
Profesor Titular de Derecho civil UCM

RESUMEN: Tras más de una década desde la entrada en vigor en España de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la discusión en torno a la discapacidad ha alcanzado actualmente su mayor intensidad en nuestro país. La perspectiva desde la que se aborda la discapacidad, afortunadamente, ha cambiado: ahora se trata de potenciar la autonomía de las personas afectadas, para conferirles el protagonismo del que han carecido secularmente, y evitar respuestas judiciales estandarizadas frente a la discapacidad, donde sistemáticamente se recurría a la representación. Se puede advertir, no obstante, un cambio jurisprudencial en los últimos años, ya que nuestro Tribunal Supremo exige ahora la confección de las resoluciones como un «traje a medida». En este escenario, ha irrumpido con una fuerza inusitada el Comité de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en cuyas Observaciones, inspiradas en los más radicales postulados neoliberales, se trata de imponer la absoluta erradicación de las medidas representativas estables, y se admite únicamente la posibilidad de establecer «medidas de apoyo» en la toma de decisiones del individuo con discapacidad. En este artículo analizamos las Observaciones del Comité, su cuestionable eficacia, así como su confrontación con el Anteproyecto de Ley español donde se propone la reforma de nuestro sistema. Finalmente, prestamos una especial

atención a la respuesta que habría de darse en las hipótesis de las personas sin capacidad natural de autogobierno, para lo cual intentamos efectuar una interpretación teleológica de la Convención.

ABSTRACT: More than a decade has passed since the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities entered into force in Spain, and the discussion regarding disability has now reached its greatest level of intensity within our country. Fortunately, there has been a change in the approach to disability: nowadays the focus lays on strengthening the autonomy of affected people —in order to provide them with the prominent role they have lacked for centuries— and avoiding standardised legal response to disability, where representation was systematically resorted to. Nevertheless, it is possible to observe a jurisprudential shift in the last years, since our Supreme Court now requires legal rulings to be customised as 'tailored suits'. In this context, the United Nations Committee on the Rights of Persons with Disabilities has burst into the stage with an unheard-of force. Its Comments, inspired by the most radical neoliberal postulates, seek to impose the complete eradication of stable measures of representation, and only allow the possibility of supported decision-making by individuals with disabilities. In this article we analyse the Comments of the Committee, its questionable effectiveness, as well as its confrontation with the Spanish Draft Bill, where the reform of our system is proposed. Finally, we pay special attention to the answer that should be given in those circumstances where people lack the natural capacity to rule themselves, for which we attempt to apply a teleological interpretation of the Convention.

PALABRAS CLAVE: Tutela. Discapacidad. Representación legal. Medidas de apoyo en la toma de decisiones. Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Comité de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

KEY WORDS: Guardianship. Disability. Legal representation. Supported decision-making. United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities. United Nations Committee on the Rights of Persons with Disabilities.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. PUNTO DE PARTIDA: 1. La discapacidad en el ordenamiento jurídico interno español: *A. Escenario legal. B. Realidad jurisprudencial:* a) Perspectiva tradicional. b) Evolución ulterior. 2. Artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Dere-

CHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.—III. BREVE APROXIMACIÓN A LOS EJES CENTRALES DE LA REFORMA PROYECTADA EN ESPAÑA.—IV. COMITÉ DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: 1. INTRODUCCIÓN. 2. «OBSERVACIONES» DEL COMITÉ. 3. PREMISAS DE LAS QUE PARTE EL COMITÉ: *A. Formulación general del principio de igualdad. B. Capacidad jurídica «en igualdad de condiciones». C. Las circunstancias de cada sujeto y el criterio de la «proporcionalidad». D. La voluntad y preferencias de la persona como límite.* 4. CONTRASTE ENTRE LA DISCAPACIDAD, LA MENOR EDAD Y EL GÉNERO DE LAS PERSONAS: *A. Parangón con la minoría de edad. B. La desconcertante equiparación entre la discapacidad y el género*. 5. ORIGEN IDEOLÓGICO Y VALOR DE LA POSTURA DEL COMITÉ: *A. El neoliberalismo exacerbado como guía del Comité. B. ¿Son las recomendaciones del Comité imperativas para los Estados?*—V. LA INELUDIBLE ATENCIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDADES MÁS SERVERAS.—VI. POSIBLE EFECTO PERNICIOSO DE LA SUPRESIÓN DE LA REPRESENTACIÓN. —VII. INTERPRETACIÓN TELEOLÓGICA DE LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK.—VIII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

La viva discusión en torno a los aspectos jurídicos que circundan la discapacidad ha eclosionado en los últimos años, a raíz de la aprobación de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (en adelante, Convención de Nueva York). Los Instrumentos de Ratificación de dicha Convención y de su Protocolo Facultativo por nuestro país fueron publicados en el BOE, respectivamente, los días 21 y 22 de abril de 2008. Pese a haber transcurrido más de una década desde este trascendental hito, nos hallamos envueltos actualmente en el momento de mayor intensidad en relación con el debate suscitado por la referida Convención.

A lo largo de estos años, no han sido escasas las irritadas críticas vertidas hacia nuestro Poder Legislativo (también hacia el Poder Judicial), dada su persistente inacción. La respuesta del legislador español ha cristalizado, diez años después de la entrada en vigor de la Convención en nuestro país, en el «Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad», presentado el 21 de septiembre de 2018. Soplan enérgicos vientos de cambio, tanto a nivel legislativo como en nuestro panorama doctrinal patrio, con la pretensión de consumar una profunda inversión del escenario jurídico civil atinente a las personas con discapacidad.

En este sentido, cabe constatar la incesante actividad de un sector aparentemente mayoritario de nuestra doctrina, que asume con gran convicción los postulados de quienes propugnan una lectura drástica del mencionado texto internacional, de tal forma que exigen que se destierre de nuestro ordenamiento cualquier figura representativa o sustitutiva de la voluntad de las personas con discapacidad. Las conclusiones de esta exégesis de la Convención se encuentran directamente inspiradas por las ideas exhibidas por el Comité de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en sus escritos (de manera destacada, en sus «Observaciones», que abordaremos más adelante).

Como hemos señalado, esta corriente de opinión se presenta como mayoritaria, si bien, frente a ella, emergen algunas voces disonantes, que patrocinan una visión más cautelosa que no sucumbe al embate de la impetuosa vorágine de anhelos reformadores en la que nos hallamos ineludiblemente inmersos. Este sector doctrinal se muestra disconforme con lo que CARRASCO peyorativamente califica como «una especie de pensamiento único» que parece imperar en relación con la discapacidad, ya que —según este autor— todos los que disertan sobre este tema «reman en la misma dirección»[1]. A nuestro modo de ver, aunque —en rigor— probablemente no quepa hablar de «pensamiento único», sí resulta palmaria la identificación de la opinión mayoritaria como la «políticamente correcta».

Cierto es que, en la época actual, en la que los debates de cualquier índole frecuentemente sufren la perniciosa devastación irrogada por la demagogia, por los maximalismos, por la posverdad[2], así como por los punzantes desprecios públicos y las ignominias colectivas hacia quienes sostienen opiniones disímiles, corremos el intolerable riesgo de convertir lo políticamente correcto en el pensamiento único.

La Retórica, según denuncia Darío VILLANUEVA (que fue Director de la Real Academia Española hasta enero de 2019), goza del potencial «de hacer locutivamente real lo imaginario, o simplemente lo falso»[3]. En opinión de este distinguido académico, lo que se considera cierto o real no es otra cosa que una construcción de conciencia, tanto individual como colectiva, y no «algo ontológicamente sólido y unívoco»[4].

A nuestro modo de ver, estas críticas reflexiones —que VILLANUEVA no circunscribe a ningún ámbito concreto— acaso sean directamente predicables de la percepción que sobre el tratamiento jurídico de las discapacidades se ha extendido en los últimos tiempos. Cabría plantearse en qué medida los recursos retóricos manejados por un determinado sector han contribuido decisivamente a la elaboración de esa conciencia colectiva hoy imperante, conceptuada por CARRASCO como «pensamiento único», y que presenta como inconcuso lo que, quizás, sea tributario de una más profunda y menos visceral reflexión.

Por cuanto a la reprochada bipolarización de la discusión se refiere, nos entristece enormemente comprobar cómo el debate en torno a un tema de capital relevancia, como es el del modo de abordar las necesidades y el impulso de las personas con discapacidad, padece los mismos frustrantes vicios que la práctica totalidad de las controversias a estas alturas del siglo XXI, sea cual fuere el tema discutido y su relevancia. Se advierte una inquietante degeneración de toda suerte de discusión en la actualidad, pues se envilece el clásico método dialéctico, y se percibe la permanente obcecación por la refutación maximalista de cualquier posición contraria, sin hacer concesiones a la misma ni mostrar interés por la búsqueda de lo razonable, sino, única y exclusivamente, por hacer un vehemente ejercicio de defensa a ultranza de su postura antagónica. Las réplicas efectuadas y los interrogantes planteados en torno a una opinión o punto de vista no son asumidos, en nuestra sociedad, como el caldo de cultivo propicio para identificar y desterrar los sofismas o los errores de la propia construcción teórica, sino que, en el mejor de los casos, resultan abrupta e irreflexivamente contestados, cuando no directamente obviados.

En definitiva, el método de la contraposición argumental se ha visto despojado de su esencia, que radica en la búsqueda de lo que racionalmente puede asumirse como verdad. Ahora se recurre a él con el único propósito de perseverar obstinadamente en las propias ideas, sin siquiera detenerse a escrutar si los argumentos de las teorías enfrentadas pueden resultar eventualmente dignos de atención o reflexión. Parece contemplarse cualquier debate como el contexto idóneo para imponer, sin gradaciones ni matices, las propias concepciones, de tal modo que toda discusión ha quedado limitada al encastillamiento en torno a dos construcciones antagónicas. Ello colisiona irremediablemente con el elogiable modo de concebir las discusiones manifestado, ya en el siglo XIX, por Joseph Antoine René JOUBERT: *«L'objet de toute discussion ne devrait pas être le triomphe mais le progrès»* (el sentido de toda discusión no debería ser el triunfo, sino el progreso).

Estas indeseables coordenadas propician la erradicación del eclecticismo, ya que todo debate se ve lacerado por la ausencia de contemplación de soluciones intermedias, conciliadoras de los diversos puntos de vista, que habitualmente resultan las más razonables. Parece haberse desterrado, pues, la prudente y fructífera perspectiva ofrecida por ARISTÓTELES, quien identificaba la virtud con el justo término medio, tal y como asumió, con posterioridad, HORACIO en sus *Epístolas* (1, 18, 9), cuando proclamó: *«Virtus est medium vitiorum utrimque reductum»*.

Quizás como indirecto efecto de la limitación de caracteres de algunas redes sociales y de la inmediatez requerida en todas las esferas de la sociedad moderna, las personas nos hemos habituado a trasladar nuestra opinión de manera sintética y sin pormenores ni detalles. De ello deriva, obviamente,

la referida reducción en toda discusión: bien se sostiene una opinión o bien la completamente opuesta. De hecho, se advierte una descorazonadora propensión a ubicar en la posición enfrentada a quien, pese a estar de acuerdo en lo esencial de una postura, simplemente introduce alguna matización en los postulados sostenidos por este sector de opinión, y es inmediatamente sentenciado como «reaccionario» y «políticamente incorrecto». A nuestro juicio, este fenómeno degrada cualquier discusión y margina los enfoques más enriquecedores en toda controversia, pese a que habitualmente resultan los más razonables y atinados, y confiere un lugar preponderante a las perspectivas que patrocinan proposiciones absolutamente férreas e inamovibles.

Apunta —con tino— ATIENZA que lo políticamente correcto y el pensamiento crítico «no hacen buenas migas»[5]. Profundiza en esta reflexión ALEMANY, cuando sostiene que lo políticamente correcto constituye «una mordaza contra el pensamiento crítico», bien por no permitir a las personas expresar sus opiniones, o bien por no permitir siquiera pensar[6]. Con razón identifica VILLANUEVA la corrección política con una nueva forma de censura, perversa, para cuya asimilación no nos hallábamos preparados, ya que es implacablemente impuesta por una «etérea instancia» localizada en estamentos difusos de la sociedad civil, y no por el Estado, el Gobierno, el Partido ni la Iglesia. Como consecuencia de lo anterior, la racionalidad, que es un atributo privativo de la especie humana, permanece postergada, para arrojarnos irreflexivamente en brazos de los sentimientos, los prejuicios y las pasiones. Como complemento de lo anterior, la corrección política construye un nuevo léxico eufemístico con fines políticos, en aras a guiar y gobernar el pensamiento de los ciudadanos, a imagen de la célebre «neolengua» planteada con lúcida acidez por George ORWELL en su novela «1984», donde el autor británico desenvuelve un atractivo ejercicio crítico frente a los regímenes totalitarios[7].

En el marco de la discusión objeto de este trabajo, parece que el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad —sobre el que disertaremos más adelante— tergiversa conceptos y desarrolla su razonamiento con clamorosas omisiones, con el propósito de desnaturalizar el texto y el alma de la Convención de Nueva York. El Comité y los partidarios de sus postulados juzgan negativamente la calidad moral de quienes no comparten plenamente su ideología, aunque simplemente introduzcan matices o correcciones a la misma. Este sector se presenta como adalid en la defensa de los derechos humanos, la libertad y la dignidad, y considera que quienes no asuman por completo sus pétreas concepciones «atentan contra los estandartes que torticeramente se apropian»[8].

PEREÑA señala que la dura postura advertida en el Comité origina un resultado nocivo, ya que son numerosos los autores que eluden expresar sus racionales opiniones, como consecuencia de la intimidación provocada

por su eventual calificación como «anti-derechos humanos» o reaccionarios. La mordaz actitud del Comité y de sus adeptos representa, por lo tanto, un muro insalvable para muchos de los autores que no comparten una exégesis de la Convención de Nueva York tan extrema como la patrocinada por aquellos.

Sea cual fuere la respuesta final a este planteamiento, no parece sensato que una cuestión de naturaleza jurídica se vea inexorablemente rodeada por el manto de lo políticamente correcto, como consecuencia de los parámetros impuestos por aquella conciencia colectiva. Si bien es cierto que, al constituir las discapacidades una materia que trasciende lo meramente jurídico, y que se adentra hondamente en ámbitos íntimos personales, resultaba previsible que el debate se viera arruinado por los mismos vicios que el resto de agitadas discusiones desenvueltas de forma acalorada a nivel social.

De conformidad con el inquietante escenario dialéctico bosquejado en las precedentes líneas, la conciencia social, conducida de forma persistente por sectores señaladamente resueltos, configura con exactitud lo único admitido (y admisible) como cierto y seguro, a modo de «verdad oficial». Lo real. Y esa realidad no es susceptible de controversia ni refutación, de tal modo que, frente a ella, únicamente cabe su convencida asunción y su vigorosa apología. En ocasiones, da la lastimosa impresión de que el pensamiento crítico y el cuestionamiento de estos pretendidos dogmas contemporáneos no son, en definitiva, actitudes siquiera tolerables.

II. PUNTO DE PARTIDA

1. La discapacidad en el ordenamiento jurídico interno español

A. Escenario legal

El modo en el que la discapacidad ha sido tradicionalmente abordada por los legisladores y, de manera especial, por los agentes jurídicos intervinientes en los procesos a ella referidos, se ha visto rodeado por la polémica durante décadas. Si circunscribimos nuestro discurso a lo acontecido en nuestro país, hemos de llamar la atención, en primer lugar, sobre dos preceptos: los artículos 200 del Código civil y 760 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Según el tenor literal del artículo 200 del Código civil —tras la reforma operada por la Ley 13/1983, de 24 octubre, de reforma del Código civil en materia de tutela[9]—, todavía se contempla en nuestro ordenamiento la añeja y tradicional institución de la incapacitación judicial: *«Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico, que impidan a la persona gobernarse por sí misma»*. Como puede

apreciarse, en relación con las eventuales causas de incapacitación, nuestro legislador no ha establecido un sistema caracterizado por la presencia de un listado *numerus clausus* de las mismas. Por consiguiente, tampoco la respuesta de nuestros jueces y tribunales frente a las diversas hipótesis enjuiciadas debería distinguirse por la univocidad. En definitiva, dicha regulación no asigna necesariamente las mismas repercusiones a presupuestos esencialmente desemejantes.

A nuestro juicio, esta conclusión resulta plenamente confirmada por la letra del artículo 760.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuando dispone que la *«sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y los límites de esta […]»*. Esta norma no permite al juzgador restringir su actuación a la mera identificación de las características intrínsecas de la persona que propician la modificación de su capacidad, y a decidir, de conformidad con un patrón o modelo, la suerte de incapacitación judicial a establecer. A un sistema abierto de causas de incapacitación corresponde, lógicamente, un régimen que responda a la idea del *numerus apertus* por cuanto a las consecuencias jurídicas de aquella se refiere.

Así pues, los tribunales deben concretar, en cada caso específico, cuáles son los ámbitos precisos donde resulta imprescindible sustituir o complementar la capacidad del sujeto y de qué modo (tutela o curatela), en contemplación de las esferas donde este haya visto afectadas sus facultades de gobierno en parte o completamente. El germen de estas líneas maestras que deben respetar las decisiones jurisprudenciales puede radicarse, con anterioridad a la reforma del Código civil del año 1983 y a la promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000, en la STS de 5 de marzo de 1947[10].

B. Realidad jurisprudencial

a) Perspectiva tradicional

A pesar de este panorama normativo, la *praxis* judicial de nuestro país tradicionalmente se ha mostrado insuficiente y ajena a la gradación de la incapacitación a la que los transcritos preceptos compelen. De una simple aproximación a las resoluciones dictadas desde hace décadas se infiere, de manera patente, un destacado recurso a las instituciones de la incapacitación total y de la tutela, al tiempo que se advierte una alarmante y absoluta ausencia de precisión, concreción y gradación[11]. En definitiva, nuestra jurisprudencia —si bien ha reaccionado en tiempos recientes— ha evidenciado un injustificado y pernicioso desinterés o desconocimiento de esta materia, así como en relación con la cumplida observancia del preceptivo análisis personalizado en los supuestos juzgados.

En relación con esta cuestión, PALLARÉS[12] desarrolla un estudio concreto, donde escruta los supuestos de más de doscientas personas con trastorno mental grave que resultaron incapacitadas por la resolución judicial. De su análisis se infiere que los jueces y tribunales han venido violentando tanto el espíritu (manifestado por la citada STS de 5 de marzo de 1947) como la letra de los ya aludidos preceptos relativos a la incapacitación, pues en el 17,64% de los casos analizados resulta «imposible determinar, de la lectura de la sentencia, la causa última que ha determinado la decisión del juzgador»; asimismo, los órganos judiciales se ciñen a emplear la expresión «incapacitación total» en, aproximadamente, un 65% de los casos investigados por dicho autor, y no perfilan con mayor detalle ni gradación los campos donde la persona con discapacidad ha perdido su gobierno y necesita la representación[13].

b) Evolución ulterior

En nuestra opinión, el ordenamiento jurídico español ofrece suficientes elementos para exigir a los jueces y tribunales una mayor precisión en sus resoluciones, de tal modo que en ellas se delimiten minuciosamente los ámbitos donde la persona requiere ser sustituida, así como las actuaciones donde únicamente deba, en su caso, complementarse su capacidad. La indefinición y la reproducción de patrones, modelos o soluciones en las sentencias, sin importar la diversidad de las concretas circunstancias inherentes a los sujetos incapacitados en cada una de ellas, colisionan con nuestros textos legales. Resulta inadmisible, pues, la conducta desenvuelta tradicionalmente en un gran número de ocasiones por los Jueces y Tribunales, ya que no solo rehúyen el mandato legal que conmina a la gradación de la incapacitación, sino que también obvian la naturaleza restrictiva y la excepcionalidad por las que se distinguen las medidas que pueden adoptarse en torno a un sujeto incapacitado[14].

El propio Tribunal Supremo —en su emblemática STS de 29 de abril de 2009[15]— reconoce que el sistema, las estructuras y las figuras relacionadas con la incapacitación han de ser flexibles y dúctiles, en aras a lograr responder a las necesidades de cada persona concreta, que pueden no coincidir con las de otro sujeto con discapacidad. Es imprescindible, por lo tanto, huir de las *resoluciones judiciales tipo*, así como de las respuestas fijas o genéricas, y confeccionar lo que se ha denominado un *traje a medida*, que se adapte perfectamente a la realidad de cada persona con discapacidad (en esta misma línea, por ejemplo, se manifiesta el Tribunal Constitucional en la STC de 9 de octubre de 2002)[16].

Como hemos tenido ocasión de comprobar a lo largo de los párrafos precedentes, ya desde hace décadas las sentencias de incapacitación habían

de respetar estos parámetros[17]. No obstante lo anterior, la realidad práctica habitual ha distado considerablemente de ese marco teórico en el que las sentencias habrían de incardinarse. En este sentido, suponemos que los proyectos de reforma de nuestro ordenamiento jurídico desterrarán definitivamente este triste panorama, y desaparecerán las resoluciones donde se elude el estudio personalizado de las circunstancias inherentes a cada sujeto concreto con discapacidad.

Muy significativo resulta el planteamiento de PEREÑA, cuando pone de relieve que hemos de rediseñar el sistema, pues se ha visto desvirtuado como consecuencia de la obstinada actitud incumplidora de los jueces y tribunales, quienes se han excedido en el uso del «corta y pega», en lugar de confeccionar el «traje a medida» requerido por nuestro ordenamiento jurídico[18].

Como hemos apuntado con anterioridad, nuestro Alto Tribunal se ha mostrado finalmente permeable a esta realidad en los últimos años, y reconoce que el juzgador ha de diseñar el antedicho «traje a medida» de la persona con discapacidad (v.gr., STS de 1 de julio de 2014). Por lo tanto, el Tribunal Supremo demuestra ser conocedor de la realidad normativa imperante en nuestro ordenamiento, y desdeña la reiteración y reproducción de resoluciones tipo u homogéneas. Esta nueva línea jurisprudencial, apreciable —señaladamente— desde la STS de 29 de abril de 2009, parte de la maleabilidad con la que ha de conducirse el juzgador a la hora de afrontar cada procedimiento concreto referido a sujetos con discapacidad, en aras a alcanzar la protección verdaderamente requerida por sus circunstancias. Tal y como se asevera en la STS de 11 de octubre de 2017, la gradación «puede ser tan variada como variadas son en la realidad las limitaciones de las personas y el contexto en que se desarrolla la vida de cada una de ellas» (en aplicación de este principio inspirador, *vid.,* v.gr., STS de 27 de noviembre de 2014)[19].

Lógicamente, como se apunta en la STS de 13 de mayo de 2015, para alcanzar los propósitos ansiados, el Tribunal de instancia ha de desenvolver una actuación meticulosa, que le permita percibir con detalle la realidad del sujeto con discapacidad. De este modo, aquel tendrá a su alcance el exacto conocimiento de cómo este desarrolla su vida, si necesita alguna suerte de ayuda y protección tanto para su cuidado como para actuar en los diversos ámbitos, si él mismo puede tomar decisiones en torno a sus propios intereses patrimoniales y personales, o si, por el contrario, resulta imprescindible configurar medidas de complemento o sustitución para algunos o para todos los actos.

Como colofón de todo lo anterior, a modo de confirmación de este reciente y atinado giro jurisprudencial, en la STS de 16 de mayo de 2017 se fija la doctrina del Tribunal Supremo en materia de procedimientos de incapacitación. En este sentido, se advierte que resulta imprescindible proceder a la gradación cuando se modifica la capacidad de obrar, y que, a tal

efecto, únicamente se tomará en consideración lo que sea más adecuado en atención al ejercicio de los derechos de la persona en la específica hipótesis objeto de cada procedimiento. Habrá de llevarse a efecto, por consiguiente, en consideración «a sus concretas y particulares circunstancias». Aunque a esta doctrina responde el espíritu de resoluciones posteriores (entre otras, la STS de 27 de septiembre de 2017), hemos de recordar que constituye una senda ya trazada en la STS de 29 de abril de 2009: «debe evitarse una regulación abstracta y rígida de la situación jurídica del discapacitado».

A modo de conclusión de este relato jurisprudencial, nos parece interesante exponer la coherencia con estos parámetros evidenciada por nuestro Alto Tribunal, por ejemplo, en la STS de 8 de noviembre de 2017. En esta resolución, se procede a revocar la sentencia de segunda instancia, donde se había decidido acudir a la institución de la tutela, y se opta por el establecimiento de una curatela. Hemos de destacar que, en este supuesto, el vigor de la asistencia del curador se limita al ámbito personal en la parcela médico-sanitaria, y deja incólume la esfera patrimonial de la mujer afectada, que sí resultaba incluida en la sentencia casada. En esta elocuente decisión del Tribunal Supremo, de manera categórica, se concluye que las particularidades que presenta la mujer «no justifican el nombramiento de un tutor». De un somero análisis de los hechos probados parece desprenderse, de manera evidente, que la Audiencia Provincial, al establecer el régimen de tutela, se excedió y obvió burdamente la realidad que arrojaba la exploración de la mujer durante el procedimiento de incapacitación: la señora vivía de modo independiente y autónomo en un piso que ella misma había alquilado gracias al subsidio mensual que percibía y gestionaba. Asimismo, había retomado sus estudios (abandonados años atrás, cuando inició su vida laboral), y su psiquiatra había decidido proceder a la disminución paulatina del tratamiento farmacológico prescrito, como consecuencia de la estabilidad que presentaba la paciente, así como de la inexistencia de crisis de su patología y de ingresos hospitalarios en los últimos tiempos. Como lapidariamente finaliza el Tribunal Supremo, nos hallamos frente a «datos incompatibles con una limitación de su capacidad que se extienda a la gestión de su patrimonio y, por el contrario, permiten compartir la tesis de la recurrente […] en el sentido de que sus limitaciones estarían centradas en la necesidad de supervisión y apoyo en el seguimiento de su tratamiento médico, a fin de evitar que lo abandonara».

2. Artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

El designio de la Convención de Nueva York resulta patente en el primer párrafo de su artículo 1, a cuyo tenor: *«El propósito de la presente Convención*

es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente»[20]. Como consecuencia de este declarado propósito, en el artículo 3 de la Convención se incluyen, entre otros, los siguientes principios cardinales: a) el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas; b) la no discriminación; c) la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad.

Tal y como señalamos al comienzo de este trabajo, España firmó y ratificó tanto este texto internacional como su Protocolo Facultativo, y, como consecuencia, ambos se integraron en nuestro ordenamiento jurídico el día 3 de mayo de 2008. A pesar de ello, parece evidente que el legislador español debe proceder al rediseño de nuestro sistema, con el objetivo de adaptarlo a las nuevas coordenadas que prevalecen en relación con la incapacitación, y que han tomado cuerpo en la referida Convención de Nueva York. No obstante, hemos de insistir en una circunstancia incontrovertible: la Convención forma ya parte de nuestro ordenamiento interno, dados los términos recogidos en la primera frase del artículo 96.1 Constitución *(«Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno»)*. La vigencia de la Convención de Nueva York en los Estados firmantes fue recordada por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en el punto 30 de su *«Observación general Núm. 1 (2014)»* —CRPD/C/GC/1— en su 11.º periodo de sesiones (31 de marzo a 11 de abril de 2014).

En concomitancia con este precepto de nuestra Carta Magna, hemos de hacer alusión al artículo 10.2 del mismo cuerpo legal, en el que se establece que la interpretación de las normas atinentes a los derechos fundamentales y libertades públicas deberá llevarse a cabo de acuerdo con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales que sobre estas materias hayan resultado ratificados por España[21].

En el seno de la Convención de Nueva York, a los efectos de nuestra investigación, resulta de capital relevancia volver la mirada hacia el trascendental artículo 12, donde se preceptúa:

«1. Los Estados Parte reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.

2. Los Estados Parte reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.

3. Los Estados Parte adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

4. Los Estados Parte asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitrar».

Es en torno a este precepto donde se ha desarrollado un debate sin precedentes sobre el tratamiento que nuestro ordenamiento jurídico interno ha de dispensar a las personas con discapacidad. Las posturas sobre este particular se hallan aparentemente polarizadas, debido, especialmente, a la firme convicción del sector que exige la radical eliminación de cualquier traza del sistema perfilado en el Código civil y en la Ley de Enjuiciamiento Civil. En este sentido, como tendremos ocasión de exponer con posterioridad, estos autores consideran que la Convención de Nueva York impone la erradicación sin condiciones de cualquier instituto que, aunque sea de manera residual, contemple la eventualidad del establecimiento de medidas de representación o sustitución de la persona afectada por la discapacidad.

Con independencia de cuál sea la solución final adoptada en relación con esta espinosa cuestión, y dado que dicha Convención forma ya parte del ordenamiento jurídico español, es evidente que las modernas directrices pergeñadas por la misma diseñan un sistema incompatible con el escenario en el que venían conduciéndose tradicionalmente nuestros jueces y tribunales. Vistos los términos adoptados por la Convención de Nueva York, resulta de todo punto reprobable la confección de decisiones monolíticas, dictadas sin tomar en consideración las particulares circunstancias y necesidades de las personas con discapacidad protagonistas de dichas resoluciones. No obstante, según evidenciamos con anterioridad, nuestro Alto Tribunal se ha mostrado decididamente consciente de esta exigencia en la última década (si bien ya había aludido a esta necesidad en la STS de 5 de marzo de 1947, y

nuestros textos legales apuntaban en esta misma dirección desde su reforma en el año 1983).

III. BREVE APROXIMACIÓN A LOS EJES CENTRALES DE LA REFORMA PROYECTADA EN ESPAÑA

Como respuesta a la necesidad de llevar a cabo un replanteamiento de nuestro sistema, tras varios años de críticas vertidas por la pertinaz inacción advertida en nuestro legislador, el día 21 de septiembre de 2018 se presentó el ansiado *Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*[22]. En virtud del propio tenor literal de su Exposición de Motivos, con esta norma se pretende *«dar un paso decisivo en la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a la Convención […] que en su artículo 12 proclama que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, y obliga a los Estados Parte a adoptar las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica»*.

Como consecuencia de la inclusión de la Convención de Nueva York en nuestro ordenamiento jurídico interno, según se señala en dicha Exposición de Motivos, es necesario efectuar el tránsito desde un sistema caracterizado por el predominio de la sustitución en la toma de las decisiones que conciernen a los sujetos con discapacidad, hacia otro que se sustente en el sometimiento a la voluntad y preferencias de aquellos; asimismo, a modo de regla general, será la persona con discapacidad quien tome sus propias decisiones. Como principios inspiradores de la reforma, se aducen los siguientes: la dignidad de la persona con discapacidad, la tutela de sus derechos fundamentales, el respeto de su libre voluntad, así como los principios de necesidad y proporcionalidad en relación con las medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás (cfr., v.gr., art. 248 CC, según la redacción que le otorga el Anteproyecto).

De modo coherente con el espíritu de la reforma planeada, *«el elemento sobre el que pivota la nueva regulación no va a ser ni la incapacitación de quien no se considera suficientemente capaz, ni la modificación de una capacidad que resulta inherente a la condición de persona humana y, por ello, no puede modificarse»*. El Anteproyecto huye de la visión típica de los Códigos decimonónicos, que abordan la discapacidad desde una perspectiva meramente patrimonial, en aras a procurar también la debida atención a los aspectos personales de los sujetos (v.gr., decisiones sobre su domicilio, salud, comunicaciones, etc). Parece evidente, pues, que nos hallamos frente a lo que ha

sido calificado como un «cambio de paradigma», y que las visiones tuitivas o paternalistas —locución empleada en la propia Exposición de Motivos del Anteproyecto— *«hoy resultan periclitadas»*.

En definitiva, según el Anteproyecto, se muda el enfoque con el que se aborda la discapacidad, y se ubica en un lugar preponderante una idea que durante mucho tiempo ha pasado inadvertida: *«que las personas con discapacidad son titulares del derecho a la toma de sus propias decisiones, derecho que ha de ser respetado»* (en el Anteproyecto se califica como *«una cuestión de derechos humanos»*)[23].

Por otra parte, en el texto proyectado se confiere primacía a los poderes y mandatos preventivos (*Vid.* la redacción prevista para los arts. 254 a 260 CC)[24], y se robustece la guarda de hecho, que se configura como una *«institución jurídica de apoyo»* —con abandono de su contemplación como una situación provisional— en aquellas hipótesis en las que se revele como una figura apropiada para proteger los derechos del sujeto afectado por la discapacidad (cfr. los proyectados arts. 236, 237, y 261 a 265 CC). Cuando en el tráfico se precise al guardador *«que acredite la representación»*, en el párrafo segundo del artículo 261 del Código civil (a tenor de la redacción prevista en el Anteproyecto) se perfila la necesidad de que aquel obtenga una *«autorización judicial ad hoc»* —en un expediente de jurisdicción voluntaria— en consideración a las concretas circunstancias concurrentes, sin requerir, por consiguiente, la apertura de un procedimiento general de establecimiento de apoyos.

El principal patrón que impregna toda la reforma del sistema es la provisión de *«apoyos»* a los sujetos que los necesiten. Como concepto jurídico indeterminado, en la práctica, precisa de concreción en cada caso específico, pues en él se comprende toda suerte de actuaciones (v.gr., acompañamiento amistoso, ayuda técnica en la comunicación de manifestaciones de voluntad, ruptura de barreras de cualquier clase, consejo, o, incluso, toma de decisiones delegadas por la persona con discapacidad).

Como fundamental medida de apoyo con cimiento judicial (que, a tenor del propuesto art. 248 CC, solo se adoptará *«en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate»*), en el Anteproyecto se recoge la curatela[25]. De hecho, constituye la figura con una regulación más profusa (los proyectados arts. 266 a 292 CC), y se dibuja con unos contornos que la identifican con la finalidad de asistencia, apoyo y ayuda a la persona con discapacidad. La curatela, en virtud de lo dispuesto en el artículo 249 Código civil modificado por el Anteproyecto, resultará reservada a los sujetos que requieran el apoyo *«de modo continuado»*, y su extensión no se halla legalmente prefijada, pues habrá de ser perfilada por el juzgador en cada caso, en función de la realidad de cada concreto sujeto con discapacidad. Asimismo, tampoco se distinguen distintas suertes de curatela, en atención a la intensidad del apoyo, a diferen-

cia de lo que acontece, por ejemplo, en el ordenamiento suizo[26]; no obstante, entendemos que su potencial contenido incluye todas esas modalidades, tal y como cabe inferir de la Exposición de Motivos del Anteproyecto.

Las máximas que deben guiar la configuración de la curatela son, como señalamos con anterioridad, la proporcionalidad a las necesidades de la persona, así como el respeto de su autonomía, voluntad, deseos y preferencias (cfr. el proyectado art. 266 CC). Asimismo, se establece la necesidad de revisión periódica de las medidas adoptadas, a través de un expediente de jurisdicción voluntaria, en un plazo máximo de tres años[27]. Hemos de poner de relieve que, con ciertas similitudes con nuestro vigente artículo 761 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya en el Derecho Romano se preveía la necesidad de revisar la medida establecida si las circunstancias de la persona incapacitada variaban, si bien no se establecían plazos periódicos específicos para su comprobación (Dig. 27,10,1, ULPIANO: *«…et tamdiu erunt ambo in curatione, quamdiu vel furiosus sanitatem, vel ille sanos mores receperit; quod si evenerit, ipso iure desinunt esse in potestate curatorum»* —y estarán ambos bajo curatela hasta que el loco hubiere recobrado la salud, o aquel [el pródigo] las buenas costumbres; si esto sucediere, de derecho dejan de estar bajo la potestad de los curadores—).

Como directa consecuencia del giro trazado en el Anteproyecto, se pretende desterrar la tutela de modo definitivo del marco de la discapacidad, así como la patria potestad prorrogada y la rehabilitada, *«figuras demasiado rígidas y poco adaptadas al sistema de protección de las personas adultas con discapacidad que ahora se propone»*. La tutela quedaría, pues, circunscrita a los menores de edad no protegidos por la patria potestad o en situación de desamparo (cfr. el propuesto art. 199 CC). En el supuesto de los emancipados, el complemento de su capacidad en aras a la realización de ciertos actos jurídicos resultará desenvuelto por un defensor judicial, cuando no puedan hacerlo los progenitores o exista conflicto de intereses con ellos (*Vid.* la redacción conferida en el Anteproyecto a los arts. 234.3.º, 246 y 247 CC).

No obstante lo anterior, hemos de llamar la atención sobre la contemplación de la posibilidad de otorgar poderes y mandatos preventivos con *facultades representativas*, donde será el propio sujeto quien determine que el poder devendrá eficaz en el caso de verse en el futuro necesitado de apoyo en el ejercicio de su capacidad (cfr. los proyectados arts. 255 y 259 CC). Asimismo, en el artículo 267 Código civil el Anteproyecto introduce una previsión muy polémica, pues en dicho precepto se daría carta de naturaleza a la eventual representación o sustitución de la persona sujeta a curatela[28]:

«Solo en los casos excepcionales en los que resulte necesario por las circunstancias de la persona con discapacidad, la autoridad judicial determinará los actos en los que el curador habrá de asumir la representación de aquella.

Tanto los actos en los que el curador deba prestar la asistencia, como aquellos otros en que deba ejercer la representación, deberán fijarse de manera precisa.

En ningún caso podrá incluir la sentencia la mera prohibición de derechos».

A pesar de ello, en el mismo texto proyectado se trata de restringir la libertad de actuación del curador en estos supuestos pretendidamente residuales. En este sentido, en el artículo 280 del Código civil previsto en el Anteproyecto se dispone que el curador, *«cuando actúe con facultades representativas»*, habrá de tomar en consideración tanto la trayectoria vital como los valores y creencias del sujeto al que preste apoyo; en esta toma de decisiones en sustitución de la persona sometida a curatela, deberá tratar de *«determinar la decisión que hubiera tomado aquella en caso de no requerir representación»*, con especial atención a los factores que el afectado habría tenido en cuenta[29].

Pese a su caracterización como medida excepcional, o como último recurso factible, la posibilidad de la sustitución o representación de la persona afectada por la discapacidad no resultaría, pues, radicalmente desterrada de nuestro ordenamiento jurídico, en el caso de aprobarse definitivamente el Anteproyecto en su versión de septiembre de 2018. De hecho, se alude a la curatela con facultades representativas en un considerable número de los preceptos del Código civil cuya modificación se halla prevista en dicho texto[30]. No obstante, según explica PAU, en el precepto proyectado el legislador trata de transmitir a los tribunales que, si es posible, deben decantarse por la curatela asistencial, antes de recurrir a la curatela representativa[31].

La regulación del Anteproyecto se halla, por lo tanto, absolutamente afectada por la viva controversia en la que nos vemos actualmente inmersos, ya que no solo conserva la figura de la curatela (si bien focalizada principalmente en el sistema de apoyos, y con una consistencia diferente a la que tradicionalmente ha tenido), sino que mantiene, aunque únicamente para hipótesis excepcionales en las que se presente como imprescindible, la posibilidad de establecer la representación o sustitución de la persona afectada. Tales medidas colisionan frontalmente con los dictados emanados del Comité de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que —tal y como expondremos más adelante— insta a la abolición de la propia curatela, así como a la erradicación de cualquier institución de representación o sustitución en nuestro ordenamiento jurídico interno[32].

Si bien excede del propósito de este trabajo, hemos de advertir que la nueva perspectiva con la que se afronta el fenómeno de la discapacidad en el antedicho Anteproyecto exige, lógicamente, la adaptación de otras normas, al margen de las referidas a las tradicionales instituciones propias

de la incapacitación contenidas en el Código civil (v.gr., normas relativas al Derecho Internacional Privado, nacionalidad, efectos de las crisis conyugales, filiación, sociedad de gananciales, Derecho de Sucesiones, Derecho de Contratos, responsabilidad civil, Derecho Penal, Registro de la Propiedad, Registro Civil, etc). Evidentemente, en el caso de prosperar la reforma proyectada, las normas procedimentales resultarán plenamente afectadas por una profunda revisión (Ley de Enjuiciamiento Civil y Ley de Jurisdicción Voluntaria). En relación con el marco procesal, únicamente queremos llamar la atención sobre el inevitable reemplazo de los tradicionales procesos de modificación de la capacidad, que se verificaría como consecuencia del cariz del nuevo planteamiento. En este sentido, se verían sustituidos por procesos encaminados a la provisión de apoyos a las personas con discapacidad. Esta suerte de procedimientos no podría concluir, por consiguiente, con una declaración de incapacitación ni con una privación de derechos; en el caso de resultar imprescindible, la sentencia podría exclusivamente concretar los actos para cuya realización precise de apoyo la persona con discapacidad. Dicho procedimiento se caracterizaría por la *«colaboración interprofesional»* —o *«de mesa redonda»*—, en la que especialistas del ámbito jurídico, asistencial y sanitario, habrían de coadyuvar al establecimiento de las medidas de apoyo apropiadas en cada hipótesis concreta (*Vid.* apartados III y V de la E. de M. del Anteproyecto).

IV. COMITÉ DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

1. Introducción

Hemos hecho referencia con anterioridad al Comité de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, cuyas *recomendaciones* o *sugerencias* se recogen en sus denominadas «Observaciones». Dicho Comité se constituyó como directa consecuencia de la aprobación de la Convención de Nueva York de 2006, y se conformó como «órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación de la Convención»[33].

Para dar satisfacción a dicho cometido, el Comité recibe informes exhaustivos de los Estados Parte en el Convenio de Nueva York, donde estos exponen las medidas que hayan desarrollado en aras a alcanzar el cumplimiento de los deberes asumidos como consecuencia de la firma del referido texto internacional, así como los progresos realizados sobre este particular[34]. Según el tenor literal del artículo 34 de la antedicha Convención, los integrantes de este Comité desenvolverán su actividad *«a título personal»*, a pesar de ser escogidos por los Estados Parte de entre los candidatos por

ellos mismos designados —por un periodo de cuatro años susceptibles de prórroga, salvo seis de sus miembros, que no podrán resultar reelegidos—.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 36.1 de la Convención de Nueva York, una vez escrutada la información remitida por parte de los Estados, el Comité *«hará las sugerencias y las recomendaciones que estime oportunas»*, en relación con tales informes. En esta misma línea, en el artículo 39 del citado texto internacional se dispone que el Comité habrá de informar a la Asamblea General y al Consejo Económico y Social, cada dos años, sobre sus actividades, *«y podrá hacer sugerencias y recomendaciones de carácter general»*, cimentadas en el análisis de los informes y datos recabados de los Estados Parte.

2. «Observaciones» del Comité

En cumplimiento de lo preceptuado en la Convención de Nueva York, España envió el referido informe al Comité, que emitió las consiguientes *«Observaciones finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad»* (de Naciones Unidas), de 19 de octubre de 2011, sobre cuyo contenido es ineludible detenerse en esta parte de nuestro trabajo.

En relación con este texto dirigido al Estado español, hemos de fijar nuestra atención en el punto 34 de estas *Observaciones*, donde el Comité exhibe una postura decidida y terminante:

«El Comité recomienda al Estado parte que revise las leyes que regulan la guarda y la tutela y que tome medidas para adoptar leyes y políticas por las que se reemplacen los regímenes de sustitución en la adopción de decisiones por una asistencia para la toma de decisiones que respete la autonomía, la voluntad y las preferencias de la persona. Se recomienda, además, que se proporcione formación sobre esta cuestión a todos los funcionarios públicos y otros interesados pertinentes».

Al margen de este texto referido específicamente a nuestro país, pero con una orientación similar y con mayor detenimiento, se manifiesta el Comité en su *«Observación general sobre el artículo 12: igual reconocimiento como persona ante la ley»* —CRPD/C/11/4—, de 25 de noviembre de 2013. Reitera sus argumentos, asimismo, en la *«Observación general Núm. 1 (2014)»* —CRPD/C/GC/1—, de 19 de mayo de 2014, en su 11.º periodo de sesiones (31 de marzo a 11 de abril de 2014), en cuyo punto 12 expone que en el seno de la «capacidad jurídica» se envuelve no solo la capacidad de ser titular de derechos, sino también la de «actuar en derecho». Como consecuencia de ello, se atribuye a todas las personas la «capacidad jurídica de actuar en derecho», y ello habilita a las personas con discapacidad tanto para efectuar transacciones como para crear, modificar y extinguir relaciones

jurídicas. En coherencia con lo anterior, en el punto 14 de la *Observación general* del año 2014, se concluye que ambas facetas de la capacidad jurídica son inescindibles. Como resultado de esta aseveración, se presenta como inadmisible el criterio funcional que deniega la «capacidad jurídica» a las personas que no pueden comprender la naturaleza y repercusiones de una decisión, ni emplear la información pertinente o reflexionar sobre ella. Según la postura del Comité, el artículo 12 de la Convención de Nueva York no autoriza a disminuir la consideración de estos sujetos dentro de un sistema jurídico a través de la discriminatoria privación de su «capacidad jurídica».

Por cuanto a la anteriormente mencionada *Observación general sobre el artículo 12* del año 2013 se refiere, en su punto 3, el Comité manifiesta que «hay un malentendido general acerca del alcance exacto de las obligaciones de los Estados Parte en virtud del artículo 12 de la Convención». A su modo de ver, «no se ha comprendido en general que el modelo de discapacidad basado en derechos humanos implica pasar del paradigma de la sustitución en la adopción de decisiones a uno basado en el apoyo para tomarlas». Por consiguiente, sostiene el Comité en el punto 7, de modo acusadamente dogmático, que las soluciones que contienen la tutela «deben ser abolidas», en aras a propiciar que las personas con discapacidad «recobren la plena capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás»[35].

Según expone el Comité en el punto 14 de la *Observación* de 2013, los Estados Parte no deberían excluir la capacidad jurídica de estos sujetos, sino proporcionarles «acceso al apoyo que puedan necesitar para tomar decisiones que tengan efectos jurídicos». Ahora bien, el apoyo que se provea deberá respetar los derechos, voluntad y preferencias de aquellos, «y nunca debe consistir en decidir por ellas». Aunque la persona con discapacidad se halle en un escenario de crisis —según expresa el Comité en el punto 16—, han de ser siempre respetadas su autonomía personal y su capacidad de tomar decisiones[36]; por ejemplo, en el punto 19 de tal *Observación*, se contempla la necesidad de admitir las decisiones que dicha persona adopte sobre materias financieras, y solo se tolera que resulte auxiliada por un «apoyo para ejercer la capacidad jurídica», sin que quepa su sustitución por otra persona.

En opinión del referido Comité (expresada en el punto 21 de esta *Observación*), son discriminatorios, *ab radice*, los sistemas en los que se consiente la representación o sustitución del sujeto en la adopción de decisiones con cimiento «únicamente en que la persona tiene un determinado diagnóstico». Por consiguiente, a su modo de ver, infringen lo dispuesto en el artículo 12 de la Convención de Nueva York. Como desarrollo de su discurso, en el punto 23 de la *Observación*, el Comité estima que contemplar la tutela —plena o parcial— supone despojar al sujeto de su capacidad jurídica, y denuncia que el sustituto se hallaría facultado para tomar decisiones asentadas en lo

que se entiende como el interés superior objetivo de aquel, sin considerar su voluntad y preferencias [reproduce su parecer en el punto 25.b) de la misma *Observación*][37].

En aras a impedir toda suerte de incertidumbre, en el apartado 24 de la *Observación*, el Comité conmina categóricamente a los Estados Parte a materializar la transformación radical de sus ordenamientos jurídicos internos: «La obligación de los Estados de reemplazar los regímenes basados en la sustitución en la adopción de decisiones por otros basados en el apoyo a la adopción de decisiones exige suprimir los primeros y elaborar distintas alternativas para los segundos. Elaborar sistemas basados en el apoyo a la adopción de decisiones y mantener paralelamente regímenes basados en la sustitución en la adopción de decisiones no basta para cumplir con lo dispuesto en el artículo 12 de la Convención». En tal sentido, el régimen de apoyos que ha de instaurarse para facilitar la adopción de decisiones debe «estar a disposición de todos», con independencia de que el grado de apoyo o asistencia que precise el sujeto resulte elevado.

Estas últimas reflexiones pugnan —como ya apuntamos con anterioridad— con el sistema dibujado, en nuestro país, en el *Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*. Conviene recordar que, si bien la mayor parte de la reforma legislativa contenida en dicho texto respeta las opiniones del Comité, en la modificación propuesta en relación con el artículo 267 Código civil (y en la de numerosos preceptos ya aludidos) se incluye una previsión que transgrede palmariamente el tenor de las concluyentes frases del Comité que hemos transcrito: no obstante el carácter residual o excepcional con el que resulta configurada en el proyectado artículo 267 Código civil, en este se inserta la posibilidad de determinar judicialmente los actos en los que el curador habrá de asumir la representación de la persona con discapacidad.

3. Premisas de las que parte el Comité

A. Formulación general del principio de igualdad

Como fundamento de las sugerencias o recomendaciones vertidas por el Comité, este acude a la absoluta igualdad de todo ser humano. A su modo de ver, dicha equivalencia de condiciones debe conducir, necesariamente, a los Estados Parte a «examinar de manera holística todas las esferas de la legislación para asegurarse de que el derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad no esté limitado de modo distinto al de las demás personas». Como consecuencia de lo anterior, entiende que los regímenes tradicionalmente aplicados, cimentados en la sustitución de los sujetos con

discapacidad en la toma de decisiones (a través de la tutela, la «curadoría» y las normas sobre la salud mental), han dispensado a estas personas un trato discriminatorio. De modo coherente con esta aseveración, según el referido Comité, tales «prácticas deben ser abolidas, a fin de que las personas con discapacidad recobren la plena capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás» [cfr. punto 7 de la ya mencionada *Observación general Núm. 1 (2014)*].

Según la postura exteriorizada por el Comité en la *Observación* de 2013, el reconocimiento de su plena capacidad jurídica es especialmente relevante cuando las personas con discapacidad han de tomar decisiones fundamentales en materia de salud, educación y trabajo (punto 8). Por este motivo, se reafirma en su idea nuclear: «el hecho de que una persona tenga una discapacidad o una deficiencia (incluidas las deficiencias físicas o sensoriales) no debe ser nunca motivo para negarle la capacidad jurídica ni ninguno de los derechos establecidos en el artículo 12». Como consecuencia de ello, cualquier práctica cuyo designio o efecto conculque lo dispuesto en el artículo 12 de la Convención de Nueva York debe resultar proscrita (punto 9), de tal modo que los déficits de la capacidad mental de un sujeto —supuestos o reales— jamás deben servir para justificar la negación de la capacidad jurídica (punto 12).

En nuestra opinión, en materia de capacidad, no cabe desdeñar las circunstancias que envuelven a cada una de las personas con discapacidad, y ofrecer un trato igualitario, sin matices, a todas las personas, con absoluta independencia de sus condiciones. Obviar la realidad inherente a cada ser humano, y ordenar una respuesta jurídica unívoca, homogénea o pétrea, sean cuales fueren los disímiles escenarios que afectan a los diversos sujetos, resultaría inquietante y contraproducente; de manera más acusada, si nos aproximamos a las personas con discapacidades de mayor envergadura. Como sintetiza SERRANO GARCÍA, proclamar la igualdad de derechos no equivale a sostener que todas las personas gozan de la misma capacidad[38]. En las hipótesis de las discapacidades que —debido a su gravedad— impiden absolutamente la toma de decisiones aun con apoyo o asistencia, la igualdad de condiciones con el resto de personas solo se podrá lograr mediante la admisión de medidas de representación o sustitución en el ejercicio de sus derechos. Como consecuencia de ello, no se alcanza a entender la postura exhibida por el Comité[39]. Entendemos, como manifiesta ATIENZA[40], que la igualdad de condiciones exigida por la Convención de Nueva York ha de concebirse *«en la medida de lo posible»*.

Indica PARRA[41] que de nuestra jurisprudencia se infiere, en los últimos años, un rechazo hacia la modificación total de la capacidad de las personas si, a tenor de las pruebas practicadas en el procedimiento, se percibe que estas han de preservar ámbitos de autonomía personal. Como consecuencia

de ello, en gran parte de las ocasiones no se anula dicha autonomía personal, sino que se configura la supervisión de sus actos circunscrita, por ejemplo, a las revisiones médicas (si el sujeto no es consciente de su enfermedad), o al desenvolvimiento de determinadas decisiones de índole patrimonial de gran relevancia (cuando, por la vulnerabilidad de la persona, existe peligro de manipulación por parte de terceros), o bien la asistencia para realizar ciertos actos enumerados en la resolución judicial. No obstante, según esta autora, el juzgador acude a la figura de la representación para determinados actos concretados en la sentencia «cuando es necesario para la protección de la persona que no puede tomar algunas decisiones, ni por sí ni con asistencia».

B. Capacidad jurídica «en igualdad del condiciones»

Si nos centramos en los preceptos de la Convención de Nueva York, apreciamos que en su artículo 12.2 se dispone que los Estados Parte han de admitir que *«las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás en todos los aspectos de la vida»*. A pesar de la pretendida rotundidad de esta aserción, no podemos eludir que en dicho texto internacional se asume que tales sujetos no siempre se encuentran en una situación plenamente equiparable a la de las personas que no sufren ninguna suerte de discapacidad, ya que se apremia a los Estados Parte para que dispongan *«las medidas pertinentes para proporcionar acceso a la persona con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica»*; asimismo, en su artículo 12.4 se señala que dichos Estados deben asegurar el establecimiento de salvaguardias, en aras a la evitación de abusos que quebranten los intereses de las personas con discapacidad.

El reconocimiento de la capacidad jurídica a todo ser humano constituye, según explica MARTÍNEZ DE AGUIRRE[42], «la dimensión estática de la capacidad legal», mientras que en los apartados 3 y 4 del artículo 12 de la Convención se alude al ejercicio de dicha capacidad jurídica (expresión relacionada con el ámbito de la capacidad de obrar): la «dimensión dinámica de la capacidad legal». De modo coherente con este planteamiento, dicho autor manifiesta que la divergencia entre capacidad jurídica y de obrar no ha sido destruida por la Convención, ni con carácter general ni en relación con los individuos con discapacidad. Ambos aspectos de la capacidad legal se encuentran manifiestamente incluidos en el artículo 12 del referido texto supranacional, y tal distinción continúa siendo una herramienta conceptual útil para comprender las reglas referidas a la discapacidad intelectual[43].

Por este motivo, PEREÑA[44] asevera que el razonamiento del Comité resulta falaz, pues prescinde de una realidad que juega un papel esencial

en la discusión que nos ocupa: si bien en la Convención de Nueva York se toma como punto de partida la presencia automática de capacidad jurídica en todo individuo, en dicho texto se conmina a los Estados Parte a la configuración de las medidas idóneas que permitan a todos los sujetos ejercer tal capacidad jurídica. Por consiguiente, la antedicha Convención admite la distinción entre la titularidad de los derechos y la capacidad para su ejercicio. Como consecuencia de ello, no nos parece razonable sostener que de la Convención de Nueva York se infieran principios o postulados tan radicales como los que anhela imponer el Comité[45].

De hecho, el mismo Comité cae, a nuestro juicio, en una patente contradicción, al ser víctima de su propio maniqueísmo. Proclama, de manera dogmática y como verdad inconcusa, el carácter absoluto de la igualdad entre los sujetos con discapacidades y aquellos que no se hallan afectados por ellas. Sin embargo, exige que los Estados desarrollen un sistema de apoyos para la toma de las decisiones de las personas con discapacidad. Por consiguiente, y a pesar de la vehemencia y del extremismo de su discurso, evidencia su incongruencia al admitir que muchas personas con discapacidad precisan de apoyo para —precisamente— poder ejercitar sus derechos, mientras que los mayores de edad que no sufren tales discapacidades pueden hacerlo sin asistencia. Como puede apreciarse, la axiomática plenitud de la igualdad entre ambos sectores de la población resulta desmentida por el mismo Comité, que parece no reparar en que sus propios planteamientos parten de la plena equiparación de los sujetos por cuanto a la titularidad de los derechos concierne, mas no en lo referido a su ejercicio. Su construcción se antoja, pues, paradójica, ya que en el desenvolvimiento del sistema que pretende imponer, él mismo rebate la pretendidamente irrefutable máxima de la igualdad.

Dicha igualdad debe impedir, a juicio del Comité, la mera contemplación de cualquier suerte de institución representativa o de sustitución, aun en los casos de discapacidades más incapacitantes, porque violentaría la dignidad del individuo. Si asumiéramos como válido tal razonamiento, ¿no resultaría, asimismo, atentatorio contra la igualdad y la dignidad de las personas prever un sistema en el que otros individuos apoyan o asisten a los sujetos con discapacidad en la toma de sus decisiones? Reducir toda la discusión a una tensa e irreconciliable pugna entre lo que el Comité considera «bueno» y «malo» no hace sino abocarnos a importantes desajustes argumentales: se dogmatiza en torno a la igualdad absoluta, para luego asumir que esta no resulta plena.

C. Las circunstancias de cada sujeto y el criterio de la «proporcionalidad»

No es ajeno a los ordenamientos el reconocimiento de la presencia de escenarios donde algunas personas se hallan en una patente situación

de desequilibrio en relación con otros protagonistas del tráfico jurídico. En este sentido, a modo de ejemplo, podemos hacer alusión al considerable número de normas que salvaguardan los intereses de los consumidores en sus relaciones con los empresarios; de hecho, parte de la doctrina estima que el principio de autonomía privada de la voluntad resulta preservado, en mayor medida, mediante el establecimiento de normas tuitivas a favor del consumidor, pues con ellas se neutraliza —en parte— la preponderancia predicable de la situación en la que se encuentra el empresario al negociar con un consumidor. El punto de partida del Derecho de Consumo se halla, precisamente, en la asunción del contexto de inferioridad en el que se conduce el consumidor en este ámbito. Como consecuencia de ello, los legisladores han de preservar los intereses de quienes se encuentren en situaciones más desfavorables, para, de este modo, evitar los abusos.

Sin ningún género de dudas, la mayor parte de las personas con discapacidad han de ser tratadas, por cuanto a su capacidad se refiere, *«en igualdad de condiciones con los demás en todos los aspectos de la vida»*. Por tal motivo, en la mayoría de los casos, su capacidad no suele ser judicialmente modificada en el estado actual de nuestra legislación. Resulta evidente que, por sí misma, la discapacidad no lleva inherente inexorablemente la disminución de la capacidad natural del sujeto. Según advierte —acertadamente— MARTÍNEZ DE AGUIRRE[46], el problema no reside en la discapacidad, sino en la eventual «limitación de la capacidad natural de autogobierno» derivada de la concreta discapacidad que afecte a una persona determinada[47].

Tiene razón Miss Mowcher, personaje encarnado por una mujer de exigua estatura en la obra *«David Copperfield»* de Charles DICKENS (año 1850), cuando invita al protagonista de la novela a no asociar los defectos corporales con los mentales, excepto por una razón sólida. Le recomienda, finalmente, que no confíe en ella en mayor medida, pero tampoco menos, de lo que lo haría en una mujer de estatura corriente[48].

La capacidad de una persona con acondroplasia —como podría ser la mencionada Miss Mowcher—, si no se halla afectada por ninguna discapacidad de orden intelectual, no resultaría judicialmente modificada, aunque sus específicas circunstancias sí puedan llegar a gozar de cierta incidencia en el terreno de la incapacidad laboral. Por cuanto atañe a su capacidad de obrar, parece evidente que sí procede afirmar la absoluta equiparación o igualdad con los mayores de edad que no se encuentran afectados por discapacidad alguna, pues de ellos es predicable la misma capacidad natural de autogobierno a la que remite MARTÍNEZ DE AGUIRRE.

También en sede judicial podemos encontrar el desarrollo de esta misma idea. Por ejemplo, en la SAP de Málaga (Secc. 5.ª) de 15 de septiembre de 2005, se resuelve que en el caso en ella juzgado no resulta procedente la incapacitación de una persona afectada por limitaciones en sus facul-

tades físicas, al presentar «pérdida bilateral de la agudeza visual reducida a la percepción lumínica, derivada de la retinosis pigmentaria». Aunque esta persona «necesita el apoyo de los cuidados de tercera persona para el desarrollo de las actividades de la vida diaria», mantiene las facultades psíquicas o intelectuales que le permiten gozar de capacidad suficiente para el autogobierno, ya que su libertad y voluntad no se hallan afectadas.

En este sentido, podemos encontrar sujetos que requieren cierta ayuda o apoyo instrumental puntual para conducirse con normalidad en el tráfico jurídico, pese a que su discapacidad no afecta implacablemente a sus aptitudes intelectuales o físicas. Así pues, en estos supuestos lo idóneo será perfilar el sistema de apoyos esporádicos acertadamente contemplado en la Convención de Nueva York, y no acudir al instituto de la representación, que en presencia de tales circunstancias resulta desmedido. La flexibilidad e indeterminación inherentes al régimen de apoyos favorece la elaboración judicial de medidas originales no estandarizadas ni normalizadas, que respondan del mejor modo posible a la realidad de cada caso concreto. No obstante lo anterior, si bien el juez dispone de una señalada libertad en el desenvolvimiento de su trascendental labor creativa, debe siempre tratar de afectar únicamente en la medida que resulte imprescindible el ámbito personal y patrimonial del sujeto con discapacidad, y de respetar su autosuficiencia y sus preferencias. Reconoce el propio Comité la amplitud e indeterminación del vocablo «apoyo», que extiende su manto sobre «arreglos oficiales y oficiosos, de distintos tipos e intensidades» (punto 15 *Observación* de 2013)[49]; lógicamente, la consistencia de la medida dependerá de cada supuesto, debido a la diversidad de las personas con discapacidad.

Sin embargo, tal y como hemos indicado, la consistencia o naturaleza de las posibles discapacidades es muy variada, como lo es la incidencia que las mismas proyectan sobre la capacidad de los sujetos que las soportan. El panorama más arduo e incierto brota en torno a los sujetos que padecen una discapacidad extraordinariamente severa e implacable, que les arranca toda capacidad natural de autogobierno y de manifestar su verdadera voluntad. Piénsese, por ejemplo, en una persona que padece una demencia en su estadio más avanzado; según pone de relieve la Organización Mundial de la Salud (OMS), «en la última etapa de la enfermedad, la dependencia y la inactividad son casi totales», y las «alteraciones de la memoria son graves y los síntomas y signos físicos se hacen más evidentes»[50].

Como consecuencia de todo lo anterior, hemos de tomar como punto de partida, forzosamente, la siguiente premisa: no cabe hablar de los sujetos con discapacidad como un grupo homogéneo, sino de personas afectadas por diferentes «discapacidades» —en plural— de diversa índole e intensidad[51]. Por consiguiente, entendemos que tampoco cabría sostener la plena equiparación de la capacidad de todos y cada uno de los sujetos afectados

por discapacidades *«en igualdad de condiciones con los demás en todos los aspectos de la vida»*. Cada persona con discapacidad debe recibir el trato adecuado a su realidad, y, en contra de lo que sostiene el Comité, en los casos más graves de ausencia de capacidad natural —o de imposibilidad de manifestar la voluntad— las medidas a adoptar habrán de consistir, irremediablemente, en la representación o sustitución del referido sujeto en la toma de decisiones[52].

En patente colisión con los postulados que pretende imponer el Comité, nuestra jurisprudencia, en reiteradas ocasiones, ha expresado la admisibilidad de la concesión de facultades representativas para la toma de decisiones en sustitución de las personas que padecen las discapacidades más severas, incompatibles con la conservación de unos mínimos umbrales cognitivos y volitivos que les permitan el autogobierno. En relación con esta cuestión, es de obligada referencia la emblemática STS de 29 de abril de 2009[53], donde se aclara que «la incapacitación al igual que la minoría de edad no cambia para nada la titularidad de los derechos fundamentales, aunque sí determina su forma de ejercicio»[54]. Por lo tanto, según esta decisión jurisprudencial, la modificación de la capacidad, lejos de resultar discriminatoria, permite proteger a las personas que carecen de la capacidad natural para ejercer sus derechos y el autogobierno. A juicio de nuestro Tribunal Supremo, no cabe oponer discriminación, pues los sujetos con discapacidades muy graves de índole psíquica no se hallan exactamente en la misma situación que las personas que no sufren discapacidad alguna, es decir, «el término de comparación es diferente» (y a aquellos se les concede «un sistema de protección, no de exclusión»)[55].

En conclusión, compartimos la perspectiva manifestada por SERRANO GARCÍA[56], quien asevera que la modificación de la capacidad y la concesión de facultades representativas a otro sujeto para la toma de decisiones no suponen la «muerte civil» de la persona con discapacidad, sino que son figuras tuitivas dirigidas a proteger su ámbito personal y patrimonial[57].

La admisión del establecimiento de figuras representativas —en los casos más graves— se ajustaría pulcramente, a nuestro juicio, al principio de proporcionalidad consagrado en el artículo 12.4 de la propia Convención, donde se dispone:

«Los Estados Parte asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la

persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas».

D. La voluntad y preferencias de la persona como límite

A tenor de lo dispuesto en ese apartado del precepto anteriormente transcrito, quien ostente facultades representativas no gozará de plena libertad en el ejercicio de su cometido, sino que sus actuaciones habrán de someterse a la voluntad y preferencias del sujeto que soporta la discapacidad, en el caso de haber este podido manifestarlas en algún momento o si es posible colegirlas de su comportamiento antecedente a la modificación de su capacidad. Conviene precisar que no estamos, ni mucho menos, frente a una limitación de nuevo cuño y original, dado que esta pauta se contemplaba ya en el *Principio 9-Respeto de los deseos y de los sentimientos de la persona interesada*, de la «Recomendación Núm. R (99) 4, de 23 de febrero de 1999, del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre los principios referentes a la protección jurídica de los mayores incapacitados».

El fenómeno que sí resulta novedoso —y, en nuestra opinión, sorprendente— es la exaltación efectuada por el Comité en torno al papel de la voluntad de la persona con discapacidad, pues, como consecuencia de su actitud intransigente y maximalista, eleva su relevancia a cotas que pugnan con lo razonable. Hemos de recordar, a este respecto, el ya mencionado punto 25.b) de la *Observación* de 2013, donde el Comité proclama que absolutamente todas las formas de apoyo han de cimentarse en la voluntad y preferencias del sujeto con discapacidad, «incluidas las formas de apoyo más intenso». No alcanzamos a comprender el modo en el que, en el ejercicio de las medidas de apoyo judicialmente acordadas, podemos llegar a conocer la voluntad de quien carece por completo de capacidad natural de entender y de querer. Se nos antoja una tarea quimérica, y no meramente ardua. Como consecuencia, estimamos que carece de sentido imponer una pretendida obligación de desarrollar todas las medidas de apoyo con sometimiento a la voluntad de la persona, sin tomar en consideración la naturaleza y el grado de su discapacidad, ni si realmente dicho sujeto carece de capacidad volitiva[58].

En clave interna, tal y como evidencia SERRANO GARCÍA[59], cabría sostener que la idea plasmada en el artículo 12.4 de la Convención de Nueva York subyace en el primer párrafo del todavía vigente artículo 268 del Código civil, donde se establece que los tutores *«ejercerán su cargo de acuerdo con la personalidad de sus pupilos, respetando su integridad física y psicológica»*.

Asimismo, el respeto a la voluntad de la persona con discapacidad ha sido proclamado por algunas decisiones jurisprudenciales en nuestro país; por ejemplo, en la STS de 1 de julio de 2014 se asevera que el «ejercicio de esta representación debe atender a las preferencias de la persona discapacitada, que se puedan haber manifestado con anterioridad o que de algún modo puedan serlo en ese momento, y siempre bajo el control judicial»[60].

Así pues, la actuación de quien ejerce facultades representativas no es completamente libre, y se encuentra sometida a la fiscalización de nuestros tribunales. Por consiguiente, parece razonable que, en atención a las circunstancias concurrentes, pueda llegar a responder quien ejercita dichas facultades, en el caso de no desenvolver su actuación de conformidad con la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad[61], siempre y cuando —en nuestra opinión— se entendiera que tal voluntad existía realmente.

El Comité, en el punto 21 de su *Observación General n.º 1 (2014)*, admite una premisa que, pese al exiguo planteamiento que de ella ofrece dicho organismo, goza de gran relevancia: hay ocasiones en las que, «pese a haberse hecho un esfuerzo considerable», resulta inaccesible la identificación de la voluntad y las preferencias de un individuo.

Cuando proceda admitir las mencionadas acciones puntuales de representación, el Comité remite a tomar la concreta decisión de que se trate de acuerdo con la «mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias» del sujeto, y excluye el recurso al «interés superior» del mismo (insiste en esta misma idea en el punto 29 de la antedicha *Observación*). En su opinión, el interés superior no es un criterio que satisfaga lo dispuesto en el artículo 12 «en relación con los adultos», ya que estos deben disfrutar de su capacidad jurídica en condiciones de igualdad con los demás. Tal aseveración plantea, a nuestro juicio, un problema ulterior en los casos más graves, cuando no quepa identificar la voluntad y preferencias del afectado. En dichas hipótesis, según hemos adelantado, la reconstrucción de su voluntad de conformidad con su trayectoria vital constituirá frecuentemente una tarea de enorme dificultad y resultados inciertos, salvo en temas muy concretos (v.gr., no es previsible que alguien con un invariable perfil conservador en sus inversiones consintiera que sus ahorros se destinaran a adquirir productos financieros complejos). Supondrá, en la mayor parte de las ocasiones, una actividad puramente imaginativa, inventiva o, incluso, taumatúrgica, sin un fundamento sólido sobre el que cimentarse, con el peligro que ello entraña.

Por otra parte, un número no desdeñable de personas con discapacidades plenamente incapacitantes se ha visto afectado por las mismas durante toda su vida, de tal modo que no solo no se conocen hoy su voluntad y preferencias, sino que es inviable su reconstrucción en atención a una trayectoria vital que jamás ha podido desenvolver. Si se presentan estas circunstancias, naturalmente, lo lógico es acudir al interés superior del sujeto[62].

De las palabras empleadas en la Convención se infiere, de manera palmaria, que sí admite el principio del interés superior en el caso de los menores de edad, donde, según tuvimos ocasión de comprobar, este texto mantiene la figura de la tutela. En relación con esta cuestión, es importante resaltar que en el artículo 7.2 de la Convención se dispone: *«En todas las actividades relacionadas con los niños y las niñas con discapacidad, una consideración primordial será la protección del interés superior del niño»*. Del mismo modo, en el artículo 23.2 de esta norma se establece que deben garantizarse los derechos y obligaciones de las personas con discapacidad, entre otros ámbitos, en relación con la custodia, la tutela y la guarda; en todos los casos —prosigue explícitamente el precepto— *«se velará al máximo por el interés superior del niño»*.

A tenor del rígido razonamiento del Comité, las decisiones referidas a una persona que nació con una discapacidad irreversible absolutamente incapacitante se guiarán, durante su minoría de edad, por el criterio de su interés superior. Sin embargo, una vez alcanzada la mayoría de edad, al no poder ver modificada su capacidad y haber salido ya de la patria potestad de sus progenitores o —en su caso— de la tutela, la toma de sus decisiones habría de llevarse a cabo con respeto de la mejor interpretación posible de su voluntad y preferencias. En este escenario, ¿qué habría cambiado en su capacidad al llegar a la mayoría de edad, realmente, para mudar el criterio que ha de seguirse en la toma de sus decisiones? ¿qué solución se aplicaría en nuestro ejemplo, ya que el protagonista no habría podido jamás transmitir su voluntad ni sus preferencias? ¿acaso alguien sería capaz de vislumbrar y desvelar dicha voluntad?

Nos parece especialmente atinada la opinión de PEREÑA[63], cuando asevera que es imprescindible escrutar una interpretación integradora y encontrar un equilibrio entre la voluntad y preferencias del afectado, por un lado, y su interés, por otro. Frente al implacable movimiento que exige la aniquilación del concepto del «interés superior», en beneficio del criterio de la «voluntad y preferencia», esta autora aduce el propio tenor literal del artículo 12.4 de la Convención, donde se emplea explícitamente el vocablo «intereses». A su modo de ver, la noción del interés superior resulta equivalente a la del «beneficio de la persona protegida». Dado que en el Anteproyecto español únicamente se contempla, como criterio de actuación, la conformidad con la voluntad de la persona con discapacidad, denuncia[64] las eventuales disfunciones que tal medida de política legislativa puede propiciar. En este sentido, si se llevase a sus últimas consecuencias el texto proyectado, el procedimiento de provisión de apoyos solo podría iniciarse si la propia persona lo solicitase, y exclusivamente con el alcance por ella requerido; esta autora pone en duda, con razón, que la Convención así lo exija. Así pues, entiende[65] que desterrar la ponderación del interés superior de la persona

protegida acarrearía graves consecuencias: «¿Se tendrá que respetar la voluntad aunque genere un grave perjuicio personal o patrimonial? ¿Qué ocurriría cuando no sea posible conocer la voluntad de la persona? ¿Qué ocurriría cuando la persona manifieste voluntades contradictorias?».

A su modo de ver[66] —que compartimos—, aunque la voluntad debe gozar de preeminencia como estándar de actuación, no se halla exenta de límites como canon de intervención. Tales límites se evidencian en el momento en el que se confronta la teoría con la práctica, esto es, con la realidad de las circunstancias que rodean a ciertos sujetos con discapacidad, que no conservan los umbrales de capacidad cognitiva y volitiva suficientes para poder determinar que «su voluntad puede convertirse en consentimiento». En definitiva, entendemos que debe poder considerarse, sin lugar a dudas, que hay una voluntad seria y consciente, por ejemplo, de contratar. Parece llamativo que en los últimos tiempos se haya construido una extensa y precisa doctrina en torno al consentimiento contractual de las personas que no sufren ninguna discapacidad —por ejemplo, en materia de Derecho de Consumo y de adquisición de productos financieros—, en la que los textos normativos y las sentencias muestran un férreo rigor en aras a asegurar que la voluntad contractual ha sido pulcramente formada de manera plenamente consciente, y, en cambio, se pretenda que en la toma de decisiones de una persona con discapacidad deba atenderse siempre a la voluntad y preferencias de quienes, en muchas ocasiones, carecen de la capacidad para entender y querer el negocio jurídico celebrado.

En una época en la que, cada vez con mayor ímpetu, se requiere que los contratantes sean conscientes de los compromisos contractuales adquiridos y de las decisiones personales adoptadas, podría adolecer de incoherencia sistemática la ubicación —con una inaudita laxitud— de la voluntad de la persona con discapacidad como único criterio admisible en la toma de sus decisiones, con independencia de toda valoración sobre su capacidad cognitiva y volitiva.

La respuesta podría consistir en admitir la contratación con apoyos con respeto de la pretendida voluntad de personas con discapacidades mentales plenamente incapacitantes, y complementarla con una remisión a la posibilidad general de efectuar un control judicial, *a posteriori*, focalizado en la anulabilidad por el eventual error vicio soportado por aquellas o, incluso, en la nulidad absoluta por falta de consentimiento contractual (al no existir conciencia, siquiera, de haber celebrado el negocio, pese a que formalmente hubo «voluntad»)[67]. Sin embargo, si así fuera, un considerable número de contratos resultaría finalmente inválido, y ello —como expondremos más adelante— traería consigo la exclusión del tráfico jurídico de gran parte de los sujetos con discapacidad, pues los operadores del mismo no accederían a contratar con ellos ante el patente riesgo de ver cómo sus contratos serán

declarados nulos; ya sea por una altamente probable falsa representación de la realidad, ya sea por ausencia absoluta de consentimiento. Cabría encontrar un contrato celebrado según la hipotética voluntad del afectado, pero en contra de la opinión de la persona destinada a prestar el apoyo en la toma de sus decisiones, quien, pese a desarrollar un ímprobo esfuerzo de explicación de la naturaleza y los elementales potenciales perjuicios del contrato para aquel, habría constatado la falta de entendimiento del mismo por parte del sujeto protegido.

¿Podría, en este escenario, la persona que ejerce el apoyo negarse a celebrar el contrato que se corresponde con una imaginaria «mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias» del sujeto? Si nos atenemos a la extrema exégesis que de la Convención pretende imponer el Comité, la respuesta ha de ser, forzosamente, negativa.

Según explica MESSÍA DE LA CERDA, a tenor de las propuestas efectuadas por ciertas asociaciones de sujetos con discapacidad, los actos realizados por individuos con discapacidad con la participación de las personas designadas en las medidas de apoyo son válidos por razón de la discapacidad, de tal manera que aquellos resultarán equiparados a las personas que no sufren discapacidad alguna[68]. Si lo que pretendemos es asimilarlos por completo a las personas sin discapacidad, hemos de admitir el posible juego de la anulabilidad por error vicio cuando son las propias personas con discapacidad quienes, con el apoyo pertinente, contratan personalmente. No obstante, entendemos que en estos casos será más probable encontrar casos de falsa representación de la realidad que propicie la contratación, a pesar de la importante labor de las personas que ejerzan el apoyo, que únicamente auxiliarán y asistirán al afectado, pero no determinarán si celebra el contrato o no.

Entendemos, por coherencia sistemática, que, en la construcción que formulan las mencionadas asociaciones, también serían plenamente válidos los contratos celebrados directamente por esa persona que ejerce la medida de apoyo, cuando no sea posible conocer la voluntad y preferencias de la persona con una discapacidad muy severa. De igual manera que sucede en el régimen de nuestro Código civil en relación con los contratos celebrados por los tutores en representación de sus tutelados. Sin embargo, si aceptáramos la interpretación del Comité, nos hallaríamos frente a una importante diferencia con el régimen de nuestro sistema jurídico patrio: quien contrate (como medida esporádica y excepcional) en representación de la persona con discapacidad, cuando resulte inviable determinar su voluntad y preferencias, habrá de hacerlo únicamente de acuerdo con la «mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias», y obviar por completo su «interés superior». En estas circunstancias, quizás suponga un potencial riesgo para el individuo protegido proclamar la validez radical de tales contratos, ya que

es posible que, aunque la persona de apoyo haya actuado de buena fe, se hayan celebrado sustentados en unas supuestas preferencias que realmente no se correspondan con la realidad, cuando aquellas deben constituir el único fundamento de la decisión de contratar.

Es evidente que la voluntad y preferencias de los individuos con discapacidad han de constituir el primer criterio a adoptar en la toma de sus decisiones. Sin embargo, ello no impide que, «como estándar o criterio secundario», cuando no sea posible determinar su voluntad, deba acudirse a la noción del interés superior. En la mayor parte de supuestos, no se acudiría al interés superior objetivo, sino a su concepción en sentido subjetivo; es decir, adaptado, en la medida de lo posible, «a las preferencias, estilo de vida y valores de la persona»[69].

Para finalizar este epígrafe, nos parece interesante hacer una somera alusión a la STEDH (Sección 1.ª) de 23 de marzo de 2017, Caso A-M.V. contra Finlandia, donde se comprueba que este Tribunal no sacraliza las preferencias de los sujetos con discapacidad intelectual cuando estima que carecen de la capacidad necesaria para entender y querer sus propias elecciones. En esta resolución, se juzgaba la decisión de un defensor judicial en relación con el establecimiento del domicilio de una persona con discapacidad intelectual, cuya capacidad equivalía a la de un niño de entre seis y nueve años, en contra de la voluntad expresamente manifestada por este. El TEDH consideró que, si bien el sujeto había mostrado su voluntad de residir con su antigua familia de acogida, era incapaz de conocer el significado y las consecuencias de habitar en un lugar recóndito y aislado, y juzgó que la decisión de su defensor judicial había sido adoptada atendiendo a la realidad y circunstancias del afectado[70].

4. Contraste entre la discapacidad, la menor edad y el género de las personas

A. Parangón con la minoría de edad

Dado el cariz radical adoptado por el Comité de la Convención de Nueva York, al pretender «abolir» las instituciones de apoyos permanentes, cabría plantearse si no resultaría más adecuado a su planteamiento prescindir de toda figura jurídica institucionalizada, y dejar todos los casos en manos de la guarda de hecho. Si se proclama que la tutela —y hasta la potencialmente poco «intrusiva» e «intervencionista» curatela— representa un ataque a la dignidad de la persona, al no reconocérsele la plenitud en el ejercicio de sus derechos, habría que detenerse a reflexionar sobre si la necesidad de un sistema de apoyos esporádicos no constituye, asimismo, un

quebrantamiento de tal dignidad: en definitiva, si desarrolláramos la lógica imperante en el Comité y en cierto sector doctrinal, la implantación de cualquier régimen de asistencia podría ser interpretada también como una vía de estigmatización del asistido, a quien se impone la necesaria ayuda de otra persona para el ejercicio de determinados derechos. En este sentido, la guarda de hecho —según señala MONDÉJAR[71]— no es residual, sino mayoritaria en la práctica, y seguramente merezca alabanzas en gran parte de las ocasiones. Sin embargo, como esta autora apunta, supone un riesgo enorme para los intereses del afectado por la discapacidad.

En el ámbito doctrinal, en sintonía con la postura del Comité, CUENCA[72] entiende que la autonomía y la libertad para tomar las propias decisiones se hallan «intrínsecamente vinculadas» a la consagración de la dignidad inherente a las personas con discapacidad; la exacerbación de esta idea responde, como expondremos más adelante, a la doctrina neoliberal extrema. En contra de esta apreciación, entendemos que acierta ALEMANY[73] cuando sostiene que constituye un error reducir la dignidad a la autonomía personal, ya que, en su opinión, el «paternalismo» lleva aparejadas limitaciones a la libertad y a la autonomía de la persona, si bien estas hallan su justificación, precisamente, en el respeto a la dignidad y a la igualdad[74].

En esta misma línea, MAYOR DEL HOYO[75] pone de manifiesto que nunca se ha sugerido que el hecho de tener los menores su capacidad de obrar afectada constituya un atentado contra su dignidad. De hecho, en el caso de los menores pueden presentarse hipótesis «más injustas o llamativas», pues la «incapacitación» de los menores acaece *ministerio legis*, automáticamente, como consecuencia del dato objetivo de la edad, sin escrutar si dicho sujeto goza o no de capacidad natural de entender y querer (autogobierno). Por otra parte, en el caso de los menores, salvo las excepciones introducidas en el ordenamiento, su incapacitación resulta absoluta, y carece de la capacidad general de obrar, que se adquiere con la llegada a la mayor edad (cfr. vigente art. 322 CC). Así pues —prosigue la autora—, no hay «posibilidad de gradación individual», a diferencia de lo que acontece en relación con las personas con discapacidad. En definitiva, no se ha planteado que atente contra su dignidad la sustitución de la voluntad del menor de edad a través de los instrumentos empleados para la persona con discapacidad: «fundamentalmente, patria potestad (prorrogada o rehabilitada en el caso de estas últimas) y tutela».

Esta misma postura es defendida, entre otros, por MARTÍNEZ DE AGUIRRE[76]. Según concluye este autor (2013, 35), la situación configurada por nuestro ordenamiento en torno a la persona con discapacidad intelectual resulta, desde esta perspectiva, mucho más ajustada a su verdadera capacidad que la de los menores, pues estos se hallan sometidos a institutos propios de la representación hasta alcanzar la mayoría de edad (de hecho,

este autor propone la revisión de la regulación sobre la capacidad de los menores de edad en este aspecto).

Según MAYOR DEL HOYO[77], resulta llamativo el ímpetu advertido entre quienes aspiran a alcanzar la supresión de las instituciones tutelares, pues tal propuesta perturba el sistema de protección de los menores de edad, ya que se verificaría un «vacío preocupante» en su disciplina, «y eso sí es problema jurídico». Se propiciarían, por consiguiente, unas importantes lagunas en la regulación destinada a proteger a los menores, que resultan inadmisibles en un ordenamiento jurídico desarrollado. Tal circunstancia obedece a que las normas destinadas a regular la discapacidad se enmarcan en un sistema integral, donde gozan de una «conexión directa» con la infancia, que constituye otro sector de la sociedad cuya capacidad se halla afectada. A nuestro modo de ver, aquí puede apreciarse la estrecha interrelación que sí cabe sostener como evidente entre la menor edad y la discapacidad: la eventual afectación de la capacidad natural[78].

Es un hecho indiscutible que hay personas mayores de edad afectadas por discapacidades que impiden por completo su autogobierno. Algunas de ellas, desgraciadamente, pueden llegar a presentar una capacidad intelectiva y volitiva inferior o equiparable a la de un niño. Sin embargo, tal y como indicamos con anterioridad, en el caso de los menores de corta edad, parece no existir un debate generalizado en torno a si debemos «abolir» la patria potestad y perfilar un sistema de asistencia para la toma de sus decisiones[79].

La admisión de las figuras representativas en el caso de los menores de edad y su exclusión en las hipótesis más severas de discapacidad, en nuestra opinión, constituiría una incongruencia, ya que en sendos escenarios se aprecian manifiestas similitudes o coincidencias. La patente identidad de razón entre ambos supuestos, dada la ausencia de capacidad natural de querer y de entender predicable tanto de los menores —al menos, los más jóvenes— como de los casos más graves de discapacidad, debe imponer la equivalencia en la respuesta que el ordenamiento jurídico ofrezca en las dos situaciones. En ello ha de consistir, a nuestro juicio, el respeto del principio de igualdad.

De conformidad con las opiniones vertidas por el Comité, ninguna persona con discapacidad puede verse afectada por la institución de la representación, puesto que tal medida supondría negar o restringir su capacidad jurídica. A tenor del punto 15 de la *Observación General núm. 1 (2014)*, el criterio funcional remite a una evaluación de la capacidad mental del sujeto para denegar su capacidad jurídica si dicha valoración lo justifica. Según el Comité, con frecuencia dicha medida se fundamenta en el hecho de «si la persona puede o no entender la naturaleza y las consecuencias de una decisión y/o en si puede utilizar o sopesar la información pertinente». A su modo de ver, tal criterio resulta incorrecto, dado que es aplicado de

forma discriminatoria a los individuos con discapacidad; asimismo, porque esta directriz presupone que el funcionamiento interno de la mente humana es susceptible de una exacta valoración, de tal manera que si el sujeto no supera dicha evaluación, ve cómo se le hurta el derecho al igual reconocimiento como persona frente a la Ley, que constituye un derecho fundamental. Como consecuencia de lo anterior, el Comité sostiene que esa falta de aptitud para adoptar decisiones es considerada en muchos sistemas nacionales como un motivo legítimo «para negarle la capacidad jurídica y rebajar su condición como persona ante la ley», cuando el artículo 12 de la Convención no permite esta discriminación, sino que insta a proporcionar un apoyo para el ejercicio de los derechos.

Sin embargo, la propia Convención reconoce el vigor de la tutela en el ámbito de la minoría de edad. De manera natural, con un razonamiento muy elemental, emerge el siguiente interrogante: ¿acaso la Convención está arrebatando indiscriminadamente la capacidad jurídica a todos los menores de edad, por el mero hecho de serlo, y rebaja su condición como personas ante la Ley? De nuevo hay que incidir en que una cosa es ser titular de derechos, y otra distinta el ejercicio de los mismos. Parece que el Comité, con sus recursos retóricos y el nuevo lenguaje elaborado e impuesto en torno a la necesidad de «apoyos», soslaya que la propia Convención contempla la tutela para los menores de edad, y que el régimen que él mismo pretende dictar a los Estados resulta, en los supuestos de discapacidades plenamente incapacitantes, irreal. ¿Cómo se puede «ayudar» a la toma de una decisión de un sujeto que se halla en estado vegetativo o, incluso, inmerso en la última y más severa fase de la enfermedad de Alzheimer? Paralelamente, ¿cómo cabría «ayudar» a una persona de 3 años de edad en la toma de tales decisiones? Desde un punto de vista tanto lógico como práctico, la respuesta se nos antoja evidente: en ambas hipótesis habría de acudirse al otorgamiento de facultades representativas a un tercero.

Tal y como se expresa en la Exposición de Motivos de la *Propuesta de Código civil* confeccionada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil, «resultaría incoherente prescindir de la tutela para las personas necesitadas de un apoyo permanente de naturaleza representativa por carecer de voluntad e incluso de un grado de conciencia suficiente, mientras que se mantiene la misma para los menores de edad». Si se erradicaran las instituciones de representación en dichas hipótesis, debería prescindirse «de la tutela también para los menores y cuestionar el actual perfil de la patria potestad, como institución con un componente representativo esencial con respecto a los hijos menores de edad»[80].

Un sistema jurídico que impone soluciones tan disímiles, a la hora de abordar la realidad de dos personas que carecen absolutamente de capacidad natural (v.gr., un niño de 2 años y un sujeto que se encuentra en la fase

más aguda o avanzada del Alzheimer), se nos antoja arbitrario y, por ende, transgresor de los más elementales cánones de la Justicia: se dispensaría un trato completamente diverso a quienes, en definitiva, se hallan en situaciones eminentemente iguales, pese a que el origen de sus circunstancias difiera. Un menor, cuando tiene 2 años de edad, requiere las figuras representativas, porque adolece de cualquier capacidad de autogobierno; un mayor de edad que se ve privado por completo de dicha capacidad cognitiva y volitiva se encuentra —en relación con tal capacidad— en la misma situación que aquel menor de edad, y, por consiguiente, debería recibir una respuesta semejante. No podemos desdeñar que el Derecho ha de ser, ante todo, «el arte de lo justo».

Conviene aclarar, en relación con estas reflexiones, que en la Convención de Nueva York se conserva la tutela para proteger a los menores de edad (cfr., v.gr., art. 23.2 de la Convención)[81]. La Convención, a pesar de las escoradas aseveraciones del Comité, no evidencia la pretendida reprobación de las instituciones representativas. El propósito que se aprecia en el texto supranacional es alcanzar el mayor grado de desarrollo de las facultades de actuación de los sujetos afectados por discapacidades; como consecuencia lógica de tal designio, el establecimiento de instituciones representativas se verá enormemente restringido, si bien la Convención no impone su absoluta e inexorable supresión.

B. La desconcertante equiparación entre la discapacidad y el género

Resulta preocupante que el Comité —al menos en las aludidas «Observaciones finales» y en sendas «Observaciones generales»— no ilustra sobre la consistencia del sistema de asistencia para la toma de decisiones en los casos más extremos de discapacidad intelectual, y se limita a recomendar que el mismo reemplace el régimen de sustitución. De este modo, parece que el Comité no contempla modulación ni matización alguna, y engloba en el mismo régimen a todos los sujetos con discapacidad, de tal modo que propugna la exclusión de su representación, sea cual fuere el grado y consecuencias reales de su discapacidad. La única diferencia admisible —según el antedicho Comité— será la diversa intensidad en el sistema de apoyos para recabar la voluntad del individuo con discapacidad y su toma de decisiones.

Como justificación última de su pertinaz dictamen, el Comité, en la última frase del punto 23 de la anteriormente aludida *«Observación general Núm. 1 (2014)»*, ofrece el siguiente argumento comparativo: «De la misma manera que no se puede utilizar el género como base para discriminar en las esferas de las finanzas y la propiedad, tampoco se puede usar la discapacidad» (se entiende que con el término «discriminar» hace alusión a

la contemplación de medidas de sustitución de la persona afectada por la discapacidad).

Se trata, a nuestro modo de ver, de un razonamiento estéril, pues equipara realidades que distan enormemente de ser parangonables. Resulta indiscutible que una persona con capacidad natural, con independencia de su género, deberá gozar de plena capacidad para actuar en el tráfico jurídico, ya que tal circunstancia no afecta a su facultad de entender y de querer los actos jurídicos. En cambio, la situación puede diferir en el caso de un sujeto con discapacidad; especialmente, si esta se halla presente en un grado severo.

Si admitiéramos decididamente este último razonamiento del Comité, de modo natural y respetuoso con los criterios lógicos que aplica, podrían emerger otras llamativas proposiciones que —por fortuna— todavía no parecen ser contempladas por el Comité y por el sector que proclama sus pretendidos axiomas: a) de la misma manera que no se puede utilizar el género como base para discriminar en las esferas de las finanzas y la propiedad, tampoco se puede usar la edad, sea cual fuere esta; b) del mismo modo que el género de una persona no determina que el ejercicio de sus derechos se lleve a cabo mediante sustitución ni con un sistema de apoyos concretos y esporádicos en la toma de sus decisiones, tampoco debe hacerlo la discapacidad.

Como hemos señalado, afortunadamente, estas proposiciones todavía no han sido planteadas, pese a que, desde un punto de vista de estricta lógica sistemática, podrían inferirse de los férreos postulados impuestos por el Comité, a través de sencillos silogismos.

Incluir en el mismo plano el género y la discapacidad no parece razonable, ya que en nuestro vigente ordenamiento jurídico, acertadamente, tales conceptos no se hallan siquiera remotamente relacionados (a diferencia de lo que acontecía hace algunas décadas, y continúa sucediendo en algunos Estados). Según hemos expuesto, el concepto de discapacidad puede hallarse más próximo, en la realidad práctica, al de la edad, ya que ambas circunstancias pueden llegar a provocar una ausencia absoluta de capacidad natural de entender y de querer un acto jurídico, o, al menos, una disminución de la misma.

En este aspecto, rotundamente hemos de aseverar que no cabe establecer un paralelismo con el género de la persona. Aceptar esta última identificación lleva inherente la burda interconexión de dos realidades disímiles, y puede propiciar confusionismo: al suscribir como irrefutable la primera parte de la frase del Comité, podría asumirse como incontestable su proposición final, pese a que nos hallamos frente a una cuestión muy alejada de resultar pacífica. Quizás sea ese, precisamente, el resultado perseguido por el Comité al establecer la equiparación de los efectos del género y de la discapacidad en el marco del ejercicio de los derechos en el tráfico jurídico.

Es evidente que ambas circunstancias sí resultan absolutamente comparables por cuanto a la titularidad de los derechos se refiere, pues todo sujeto, con independencia de su género y de su grado de discapacidad, es titular de aquellos; sin embargo, no cabe sostener tal equiparación de manera axiomática y universal en relación con la capacidad para el ejercicio de esos derechos. El fundamento de esta aseveración lo podemos hallar en la distinción entre lo que MARTÍNEZ DE AGUIRRE[82] denomina la dimensión estática de la capacidad o *capacity to hold a right* y la dimensión dinámica de la misma o *capacity to act and exercise the right*.

5. Origen ideológico y valor de la postura del Comité

A. El neoliberalismo exacerbado como guía del Comité

Hemos de dar comienzo a esta parte de nuestro trabajo con una deliberación personal, que bien pudiera constituir la principal conclusión del mismo. A nuestro modo de ver, si se pretende perfilar un buen sistema de apoyos en la toma de decisiones de las personas con una discapacidad intelectual plenamente incapacitante, que imposibilita absolutamente la toma de conciencia y la voluntad en torno a un acto jurídico, resulta imprescindible incluir las figuras representativas o de sustitución para la toma de decisiones en su nombre[83].

Tras la exposición desenvuelta en nuestro artículo, resulta patente que nuestra conclusión se presenta como disonante con los postulados que pretende imponer el Comité. La polémica y discutida interpretación que dicho Comité efectúa de la Convención de Nueva York encuentra su fundamento en la identificación —de raigambre liberal— de la noción de dignidad con la de la autonomía individual, cuya génesis podemos ubicar en LOCKE. A tenor de los principios sostenidos por esta corriente, como apunta ALEMANY[84], «ser persona implica fundamentalmente obligaciones y límites para los otros»[85]. Como directa consecuencia de ello, el antipaternalismo intransigente, auspiciado por el sector más radical del neoliberalismo, concibe la modificación de la capacidad de la persona como una violación de la dignidad individual, ya que entorpece la libertad del sujeto. Se ve en la representación una alienante manifestación del propósito de los Estados de controlar a los individuos y cercenar por completo su libertad[86].

En definitiva, las ideas impetuosamente propagadas por el Comité emanan de los pensamientos más liberales de la sociedad de los Estados Unidos de América, en los que vigorosamente se da cabida al *movimiento de vida independiente*, que trata de aplicar el modelo social de la discapacidad[87].

En nuestra opinión, la aprobación de la Convención de Nueva York no era simplemente conveniente o recomendable. Resultaba imprescindible. Los principios que informan este texto supranacional son los idóneos, y sus preceptos consienten una interpretación moderada y razonable. En cambio, juzgamos inadmisible el indisimulado intento del Comité de reformular el contenido de la norma, para ofrecer una lectura de la Convención notoriamente filtrada por el tamiz de una ideología extrema, caracterizada por dispensar un trato radical a la discapacidad[88].

Los propósitos patrocinados por el Comité, tal y como deslizamos en la introducción de este trabajo, se han tornado lo que allí denominamos «verdad oficial», o el «pensamiento único» al que aludía CARRASCO[89], gracias a los recursos retóricos empleados por sus adeptos. El Comité anhela transformar radicalmente el escenario inherente a la discapacidad, de tal modo que nos traslademos desde un indeseable punto de partida, donde los Tribunales han incumplido el ordenamiento jurídico y han recurrido excesiva e indebidamente a la tutela[90], hasta unas también censurables coordenadas, donde se erradique toda figura que acarree la sustitución en la toma de decisiones, sin importar si los individuos no conservan ciertos umbrales de consciencia y voluntad.

No parece, en nuestra opinión, razonable discurrir desde un sistema injusto y permanentemente sustentado en la incapacitación judicial hacia otro de signo diametralmente opuesto, donde se proscriba la eventual modificación de la capacidad de quienes, en verdad, precisan de tal medida no solo para ser protagonistas de la vida jurídica, sino también en aras a su más básica protección. Nos hallaríamos, en tal caso, inmersos en un contexto nuevamente defectuoso, pero de suerte inversa: si bien cesarían los perjuicios tradicionalmente irrogados a las personas con discapacidades que no resultan plenamente incapacitantes, se ubicaría en una posición enormemente delicada a quienes soportan las discapacidades más severas. Acierta WARD[91], al denunciar que tan improcedente es incapacitar a los sujetos que mantienen su capacidad de autogobierno como, por otra parte, simular que goza de capacidad quien verdaderamente carece por completo de ella[92]. A tal efecto, este autor aduce los fundamentos esenciales de los derechos humanos, donde incluye explícitamente aquellos que imponen la no discriminación.

La solución idónea debe transitar por la decidida mejora y corrección de los errores del sistema secularmente aplicado, pero no necesariamente por la aniquilación de todo rastro del mismo. Aunque, con carácter general, ha de tenderse a huir de la figura de la sustitución, entendemos que debe conservarse la representación para las hipótesis más graves, en las que el individuo no pueda expresar su voluntad, siquiera, a través de un sistema de apoyos intensos[93]. Según pone de relieve PEREÑA[94], la disparidad entre

sendas corrientes es más aparente que real, siempre y cuando logremos soslayar el «atrincheramiento terminológico» donde muchos se han ubicado. La animosidad y la aversión del Comité —y sus partidarios— hacia todo lo relacionado con las facultades de representación se revela, a nuestro juicio, como excesiva. Tal actitud nos hace perder de perspectiva que, probablemente, puedan existir concomitancias y afinidades entre ambas posturas en lo relativo a los aspectos más relevantes.

B. ¿Son las recomendaciones del Comité imperativas para los Estados?

En nuestra opinión, no deberíamos asumir una exégesis tan radical y discutible del artículo 12 de la Convención. Especialmente, si tenemos en cuenta que dicha interpretación no se ajusta indefectiblemente al tenor literal de un precepto que admite una lectura moderada y razonable, donde se confiera la debida atención a todos los intereses en juego. De hecho, hemos de recordar que la elaboración de este artículo constituyó una cuestión muy espinosa, que supuso una seria amenaza para que la propia Convención resultara finalmente aprobada, y que algunos Estados Parte —v.gr., Australia, Canadá, Egipto y Polonia— han efectuado «declaraciones interpretativas» y «reservas» en relación con dicho artículo[95]. Nos parece muy significativo, asimismo, que tampoco hallemos la exigencia de la supresión de la representación —cuando esta sea rigurosamente imprescindible— en el Preámbulo de este texto. Como denuncia PEREÑA[96], es deshonesto hacer «decir a la Convención lo que no dice»; esto es, pretender insertar soterradamente en su texto, mediante una exégesis que soslaya la literalidad del propio precepto, una medida tan sustancial como la erradicación de las figuras representativas, sobre la que fueron incapaces los Estados Parte de lograr el consenso en la fase de elaboración de la Convención, y que supuso un escollo casi insalvable para su definitiva aprobación. El Comité pretende alcanzar con sus recomendaciones lo que no se logró en la negociación del texto supranacional por los Estados.

Para evitar, *ab radice*, posibles intentos de imposición de una hermenéutica tan radical como la propugnada por el Comité, habría sido recomendable que el Reino de España hubiera también formulado sus «reservas» y «declaraciones interpretativas». No obstante, no haberlo hecho no significa que España se halle completamente sometida a la interpretación tendenciosa del Comité, ni que asuma su vinculación, de manera apriorística, a toda glosa que este organismo eventualmente efectúe de la Convención en el futuro, con independencia de si se ajusta o no a lo pactado y firmado por nuestro país en abril del año 2008.

No parece lógico admitir que una Convención de Naciones Unidas consagre los extremistas postulados inherentes al ideario neoliberal, cuan-

do son muy numerosos y dispares los Estados Parte en aquella, y dicha ideología no goza de una percepción positiva en una parte considerable de ellos. Las raíces culturales, históricas, institucionales y jurídicas de estos países son variopintas, de tal modo que no resulta verosímil que los Estados hayan finalmente asumido como propia una corriente caracterizada por su radicalidad, y que es absolutamente extraña a la tradición jurídica y —singularmente— social de la mayor parte de los mismos. Esta aseveración parece confirmada por la persistente renuencia advertida en gran parte de los países firmantes a erradicar las instituciones representativas, pese a haber transcurrido ya más de una década desde la aprobación del antedicho texto supranacional.

Como reacción frente a esta resistencia extendida entre los Estados a admitir la supuestamente «auténtica» exégesis que de la Convención pretende imponer el Comité, vimos con anterioridad que en el punto 3 de su *Observación general sobre el artículo 12* del año 2013, el propio Comité señalaba que «hay un malentendido general acerca del alcance exacto de las obligaciones de los Estados Parte en virtud del artículo 12 de la Convención». En este sentido, concluía que «no se ha comprendido en general» la transformación del «paradigma» ni el nuevo modelo de discapacidad y, por ende, la misma Convención.

Esta impetuosa denuncia del Comité resulta, sin que este organismo lo pretenda ni sea siquiera consciente de ello, de lo más elocuente: parece que, a juicio del Comité, los Estados carecen de la *capacidad natural suficiente* (permítasenos la licencia de recurrir a esta suerte de juego de palabras) para comprender lo que ellos mismos han discutido, redactado y aprobado, y es el propio Comité quien se ve forzado a *representarlos* y *sustituirlos* en la elucidación de la Convención. No deja de ser paradójico que el Comité parezca acusar a los países de *falta de capacidad generalizada para entender sus propios actos*. Como consecuencia de ello, en un inefable ejercicio hermenéutico, más propio del paternalismo del que el Comité reniega como algo execrable, este órgano pretende iluminar a los Estados Parte, y desvelar y desentrañar lo que ellos mismos, sin ser conscientes de hacerlo, acordaron en el año 2006.

Conviene recordar que, en contra de la impresión que podrían proporcionar las palabras del Comité, el tema de la abolición extrema de las facultades representativas fue profusamente debatido durante la negociación del contenido de la Convención y, como ya advertimos, la falta de consenso en torno a esta materia puso seriamente en peligro la aprobación del propio texto. Por consiguiente, si, tras esta ardua discusión, finalmente se hubiera alcanzado un acuerdo por los Estados referido a la erradicación de la figura de la sustitución en la toma de decisiones, resulta obvio que en el articulado de la Convención y en su Preámbulo se habrían incluido referencias explícitas a la prohibición de la representación en todos los países. No habría

lugar, pues, a un «malentendido general» entre los Estados Parte, que son, justamente, los propios hacedores del texto supranacional. La identificación e interpretación de una metamorfosis tan abrupta y radical en la tradición jurídica y en los sistemas vigentes durante siglos en casi todos los países, evidentemente, no admitiría dudas ni equívocos. El escenario real que hallamos nos conduce a sostener que los Estados Parte no pactaron finalmente la extinción de toda institución representativa, dado que la interpretación que «en general» hacen los países firmantes difiere radicalmente de la que interesadamente ambiciona imponer el Comité como exégesis auténtica, pese a que, de modo contradictorio, este mismo organismo reconoce que los propios Estados no lo han entendido.

Según hemos observado a lo largo de este trabajo, un relevante sector doctrinal acude a los argumentos del Comité en aras a exigir la profunda transformación de nuestro ordenamiento jurídico, y lograr, de este modo, la plena abolición de las instituciones tutelares en relación con las personas con discapacidad[97]. En esta línea, son muchos los autores que enfatizan sobre la rigurosa sumisión de los Estados Parte a los postulados del referido Comité, al entender que sobre dicho organismo recae la interpretación auténtica del texto de la Convención, y que no tendría sentido que los dictámenes emitidos por los comités creados por las convenciones internacionales no fueran vinculantes. Por consiguiente, consideran que, al ratificar el correspondiente protocolo facultativo de una convención, los Estados Parte reconocen la competencia del comité en él contemplado, así como el deber de cumplir sus recomendaciones y observaciones[98].

Aunque no se refiera a la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, sino al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y a su Comité, nuestra jurisprudencia parece no compartir las apreciaciones y reflexiones de esta parte de la doctrina. Resultan interesantes, por ejemplo, las siguientes resoluciones:

STC de 3 de abril de 2002: «Además, ha de tenerse en cuenta que las "observaciones" que en forma de Dictamen emite el Comité no son resoluciones judiciales, puesto que el Comité no tiene facultades jurisdiccionales (como claramente se deduce de la lectura de los arts. 41 y 42 del Pacto), y sus Dictámenes no pueden constituir la interpretación auténtica del Pacto, dado que en ningún momento, ni el Pacto ni el Protocolo facultativo le otorgan tal competencia».

STC de 21 de noviembre de 2005: «El alto respeto que las comunicaciones de dicho Comité inspiran a este Tribunal no comporta que hayamos de asumir las interpretaciones que efectúan del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como definitorias del contenido de los derechos fundamentales». Esta concepción es apreciable, asimismo, en la STS (Sala de lo Penal) de 11 de febrero de 2005.

Estas atinadas valoraciones, lógicamente, son también predicables de la Convención de Nueva York y de las *Observaciones* de su Comité, ya que ni en dicho texto ni tampoco en su Protocolo Facultativo se otorga a tal órgano la autoridad para llevar a cabo la interpretación auténtica de la Convención[99]. No obstante lo anterior, como hemos podido advertir, el Comité parece haberse atribuido unilateralmente esta función, y entendemos que el sesgo ideológico radicalizado que rezuman sus recomendaciones aconseja tomar cierta distancia de sus *Observaciones*, en lugar de sacralizarlas y venerarlas como lo políticamente correcto y la inconcusa verdad.

V. LA INELUDIBLE ATENCIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDADES MÁS SEVERAS

La respuesta definitiva debe huir de juicios intransigentes, fundamentalistas, fanáticos, sectarios, maximalistas y apriorísticos. El Comité, en el ejercicio de las importantes competencias que tiene atribuidas, parece haber olvidado que, al igual que suele aseverarse que «no existen enfermedades, sino enfermos», resulta obvio que no puede hablarse de discapacidad o discapacidades en términos abstractos, sino de personas concretas con discapacidad: cada una es tributaria de una respuesta personalizada. Y entre quienes soportan una discapacidad podemos hallar sujetos con unas circunstancias intrínsecas inexorables, para los que la mejor respuesta del ordenamiento es la representación[100].

La génesis de la animosidad frente a las instituciones representativas radica, en parte, en la amplitud del espectro de destinatarios de la Convención, ya que en este texto supranacional no se distingue entre los heterogéneos supuestos de discapacidades[101]. Tal y como hemos insistido a lo largo de nuestro trabajo, las discapacidades son enormemente variadas, como también lo son las repercusiones que aquellas tienen sobre la capacidad de autogobierno de quienes las soportan. Por consiguiente, lo lógico será dispensar en cada caso una solución personalizada. En opinión de PEREÑA, el envilecimiento de la figura de la representación revela un «desconocimiento de ciertas realidades especialmente complejas y de lo que es en esencia la representación», pues la sustitución no altera la titularidad de los derechos ni tampoco los intereses protegidos, sino el ejercicio de aquellos.

Nos parece digno de loa el objetivo del Comité, en aras a lograr el reconocimiento de la capacidad y de la importancia que en nuestra sociedad ocupan las personas con discapacidad. Sin embargo, si nos atenemos al tenor literal de las *Observaciones* del Comité, parece que las referidas personas con discapacidades más graves han sido ignoradas por el mismo. Quizás el ímpetu del Comité en tal cometido haya propiciado una relevante pérdida

de perspectiva por su parte, pues, como resultado de la extremista exégesis de la Convención que pretende imponer, los sujetos con discapacidades más graves se hallarían en una situación de desprotección muy preocupante. El Comité[102] parece contemplar, exclusivamente, a las personas con discapacidades no incapacitantes, esto es, a sujetos que mantienen su capacidad natural de autogobierno, y respecto de los cuales se ha verificado tradicionalmente el incumplimiento de la obligada gradación de la modificación de su capacidad, ya que los jueces y tribunales acudían a la incapacitación total y a la tutela.

Así pues, el Comité y sus fieles prosélitos no dejan lugar a la duda en torno a la inquebrantable rigidez de sus supuestos axiomas, donde, lejos de pretender dispensar el mejor trato posible a cada individuo con discapacidad, se impone la absoluta erradicación de las figuras representativas, sin importar los manifiestos efectos nocivos que ello irrogaría a un considerable número de personas con discapacidad.

Según advierte ALEMANY[103], los intereses más frágiles parecen sacrificados por el «antipaternalista radical», con el objetivo de garantizar el respeto de la libertad. Quienes se hallan en situaciones de mayor debilidad —prosigue este autor— resultan instrumentalizados, «como un puro medio», para alcanzar los objetivos de los más fuertes. Aquellos sufren, como consecuencia, un trato indigno «y se aseguran las condiciones para la desigualdad». En relación con esta incisiva acusación, expone que el imaginario que vehementemente trata de imponer el Comité se encuentra, en realidad, auspiciado por sujetos cuyas discapacidades físicas o sensoriales no resultan incapacitantes; en este sentido, estas personas extienden sus conclusiones al resto de individuos con discapacidad, con independencia de que carezcan de capacidad natural de entender y de querer, de tal modo que obvian las específicas características inherentes a tales personas[104].

En opinión del citado autor, la asunción de los postulados promovidos por este sector ideológico, que han sido elevados a la categoría de dogma por el Comité, dibujarían un marco jurídico en el que el respeto de la igualdad y la dignidad de las personas con discapacidades más graves se hallaría menos asegurado. Como reacción frente a este preocupante escenario, insta a equilibrar el debate, así como a refutar las máximas de «la ideología libertaria dominante» a través de la siguiente idea: «la libertad es tan valiosa como las restricciones a la misma que, entre otras cosas, la hacen posible»[105].

De acuerdo con el criterio de WARD[106], dentro de las discapacidades intelectuales, se aprecia una tendencia a discriminar a las personas que sufren las formas mayores y más incapacitantes de discapacidad. Compartimos la reflexión ofrecida por este autor, cuando señala que el Comité yerra, pues uno de los peores modos de discriminación contra cualquier sujeto con discapacidad es negarse a reconocer y prever el alcance y las consecuen-

cias de su discapacidad, así como pretender que estas no existen. En este sentido, si las personas con discapacidades más severas no encajan en una hermosa nueva teoría *(«a beautiful new theory»),* no deben por ello verse desfavorecidas, y dicha construcción ha de ser desechada.

Asumir incondicionalmente el extremismo del discurso del Comité puede depararnos consecuencias indeseadas, ya que se posibilitaría la causación de situaciones de desamparo y abusos en relación a sujetos cuyas circunstancias exigen, precisamente, una mayor protección. Es indiscutible que se debe procurar la integración y participación de las personas con discapacidad en el tráfico jurídico. No obstante, no parece razonable denostar por completo las instituciones representativas y exigir su extinción, ya que ello llevaría consigo, en último término, la desatención de las necesidades reales de un sector de los sujetos con discapacidad, quienes, justamente por la gravedad de sus realidades, no gozan de la posibilidad de autogobierno derivada de la capacidad de querer y entender las repercusiones de un acto jurídico[107].

A nuestro juicio, el hecho de reconocer que un reducido sector de la sociedad sufre grados muy acusados de discapacidad que excluyen el gobierno de sus propios intereses, así como que el ordenamiento jurídico debe proveer a sus necesidades con el nombramiento de un representante estable cuando su discapacidad le impida entender y querer los actos jurídicos, no debe considerarse un atentado contra la dignidad de la persona ni una medida discriminatoria[108]. Antes al contrario, en los supuestos de discapacidades incapacitantes más graves, donde el individuo carece de entendimiento y voluntad, y no puede tomar decisiones por sí mismo ni con apoyo de otra persona, únicamente podrá llegar a participar en el tráfico jurídico mediante figuras representativas o de sustitución (denominadas *«involuntary measures»* por WARD)[109], que habrán de ser siempre ejercidas en su interés[110].

Como atinadamente advierte CANIMAS[111], se presentan escenarios donde es precisa una decisión sustitutiva para satisfacer el «mejor interés» de la persona. Indefectiblemente, tal circunstancia implica una imprescindible restricción de su libertad en algunas situaciones. En la práctica, ciertas personas afectadas por una «diversidad funcional mental» necesitan que se adopten decisiones sustitutivas con una desmedida frecuencia, de tal forma que recurrir al juez en cada ocasión se torna imposible e improcedente. En estas hipótesis, lo más adecuado y garantista es acudir a una sentencia judicial temporal, donde, tras estudiar concienzudamente la situación, se «autorice a una o más personas que ofrecen garantías de buena praxis, a poder limitar algunas acciones de una persona o a poder actuar en su nombre en algunos supuestos, les recuerde las obligaciones y responsabilidades que contraen, las someta al escrutinio del Ministerio Fiscal y las emplace a una nueva revisión de la situación».

VI. POSIBLE EFECTO PERNICIOSO DE LA SUPRESIÓN DE LA REPRESENTACIÓN

La designación de un asistente que guíe y ayude en la toma de decisiones es la solución deseable e idónea para quienes conserven cierto nivel de capacidad natural. Imponer este régimen en los casos más graves, y «abolir» las instituciones tutelares, supondrá que el afectado quede excluido del tráfico jurídico, así como la paralización de todos sus asuntos.

A nuestro modo de ver, excederse en el empleo de las figuras representativas, al establecerlas en hipótesis en las que el individuo con discapacidad conserva una suficiente capacidad de autogobierno (tal y como acontecía hasta tiempos recientes), contraviene frontalmente los propósitos de la Convención de Nueva York. Sin embargo, entendemos que prescindir de la sustitución en la toma de decisiones cuando esta resulte indispensable también vulnera lo dispuesto en este texto supranacional[112].

Hemos de recordar, en este punto, que la Convención no ofrece un listado de las soluciones que pueden acordarse en relación con las personas con discapacidad, sino que se limita a exigir que constituyan «medidas pertinentes» (cfr. art. 12 Convención). Esto es, que resulten idóneas en atención a las circunstancias de cada sujeto con discapacidad. La consagración del criterio de la «pertinencia» propicia, en nuestra opinión, que en los casos en los que se aprecia la existencia de discapacidades manifiestamente graves, que arrebatan al sujeto la capacidad natural de entender y de querer, haya de acudirse a modalidades de «apoyo» cimentadas en la representación para el ejercicio de su capacidad jurídica. Será de este modo, precisamente, como se posibilitará el ejercicio de los derechos del sujeto con discapacidad, ya que su realidad impide que él pueda tomar decisiones por sí mismo o con asistencia[113] (*Vid.* STS de 8 de noviembre de 2017, que aclara que siempre se hará en atención al interés del afectado).

Tal y como evidencia MARTÍNEZ DE AGUIRRE[114], la figura de la representación viene, en verdad, exigida por los propios términos de la Convención, ya que es el único mecanismo que permite la participación en la vida jurídica de quienes carecen de capacidad natural de conocer y querer. En caso contrario, «nadie actuará por ellos, pero tampoco ellos actuarán por sí mismos»[115]. Las medidas representativas satisfacen, por consiguiente, el requisito de la proporcionalidad de los sistemas de apoyo inferido del artículo 12.4 de la Convención[116]. Asimismo, permiten evitar la conculcación del principio de igualdad consagrado tanto en dicho texto como en nuestra Constitución, ya que si la discapacidad fuera realmente incapacitante y no se admitiera la representación, no habría equivalencia entre las posibilidades de actuación del sujeto afectado y el resto de operadores del tráfico jurídico (cfr., v.gr., STC de 18 de diciembre de 2000 y STS de 21 de septiembre de 2011).

El propio Ministerio Fiscal, en el incisivo escrito que presentó en el pleito juzgado en la emblemática STS de 29 de abril de 2009, donde se mostraba muy crítico con la falta de adaptación de nuestro ordenamiento a la Convención, señaló: «Sin duda, la implantación de la Convención exige soluciones frente a determinadas situaciones en las que no sea posible conocer la voluntad de la persona, y en las cuales sea necesario tomar una decisión en su nombre». El Ministerio Fiscal acierta al aludir a estas hipótesis, si bien no aporta una respuesta. Seguramente, su silencio obedezca a que no fue capaz de imaginar otro mecanismo que no consistiera en el recurso a la representación, porque ¿acaso cabe configurar tales «soluciones» al margen de la modificación de la capacidad y la sustitución en la toma de decisiones, cuando el sujeto se halla afectado por una carencia absoluta de capacidad natural de autogobierno, que no le ha permitido tener y expresar su voluntad? ¿de verdad alguien es capaz de configurar un sistema de apoyos no sustentado en mecanismos que permitan «decidir por ellas», cuando la discapacidad de estas personas es de tal envergadura que ha imposibilitado la manifestación de cualquier atisbo de voluntad a lo largo de sus vidas?[117]

Así pues, la visión del Comité conduce —como advierte WARD— a resultados discriminatorios con este segmento de la sociedad, cuya idiosincrasia es burdamente obviada por aquel, en su afán por dictar una elucidación o una glosa extremista e intransigente de la Convención de Nueva York, y por imponer un sistema que en los supuestos más graves resulta irreal[118].

Este mismo autor llama la atención sobre una realidad que no podemos obviar. Las medidas a adoptar —incluidas, cuando corresponda, las que comprendan facultades representativas— son, en algunas hipótesis, imprescindibles para alcanzar muchos de los requisitos dibujados en la Convención de Nueva York. Por ejemplo: la accesibilidad (en particular, a los servicios), a tenor de su artículo 9; el acceso a la Justicia (art. 13); la protección frente a la explotación, la violencia y el abuso (art. 16); y la vida independiente (art. 19). Los operadores del tráfico jurídico no accederán a celebrar transacciones y contratos sin una razonable seguridad en torno a su validez, de tal modo que rehusarán contratar cuando exista el riesgo de que los negocios puedan ser nulos o anulados con fundamento en una eventual influencia indebida o falta de capacidad.

Sobre este potencial peligro alerta, asimismo PARRA[119], cuando, *de lege ferenda*, propone que se medite convenientemente en torno a la regulación de la validez y eficacia de los actos atinentes al patrimonio del sujeto con discapacidad. El riesgo es formidable, ya que un régimen defectuoso acarrearía la exclusión de las personas con discapacidad, en la práctica, del tráfico jurídico patrimonial, de tal forma que no solo se desatendería el propio interés de aquellas, sino que también se vulnerarían gravemente los principios que rigen la propia Convención de Nueva York.

Por otra parte, en opinión de MARTÍNEZ DE AGUIRRE[120], con una declaración de modificación judicial de la capacidad —como acontece en el todavía vigente ordenamiento español— obtener la invalidez es sencillo, ya que resulta suficiente comprobar que tal alteración de la capacidad existe y consta en el Registro Civil. Sin embargo, si se erradican las resoluciones modificadoras de la capacidad, quien aduzca la inexistencia de capacidad natural en el momento de llevar a cabo el concreto acto que se impugna se ve en la ardua tesitura no solo de probarla, sino también de evidenciar que su envergadura resulta bastante para fundamentar la nulidad. Ello, según pone de relieve el último autor mencionado, provocaría que las eventuales consecuencias perjudiciales de una capacidad natural restringida recaigan sobre terceros que traben relación con el sujeto con discapacidad. A su juicio, es imprescindible tomar en consideración este escenario[121].

Concluye CARRASCO[122] que los procedimientos de provisión de apoyos probablemente no consigan generar confianza en el tráfico jurídico, dado que se tratará de instituciones configuradas con el propósito de que una persona se «desarrolle», y no para que los operadores de la vida jurídica conozcan «con quién y cómo deban contratar».

Como puede comprobarse, la admisión de las facultades de sustitución en relación con los sujetos con discapacidades graves incapacitantes dotaría de mayor seguridad al tráfico, y, como consecuencia, permitiría a los afectados participar —a través de sus representantes— en el tráfico jurídico. La completa erradicación de las figuras representativas podría propiciar, por consiguiente, su exclusión de la vida jurídica, ya que quienes operan en la misma evitarán contratar con aquellos por la patente falta de seguridad en torno a la validez del negocio jurídico celebrado. Se verificaría, de este modo, una situación paradójica y contradictoria: una Convención que pretende potenciar la capacidad, el protagonismo y el libre desarrollo de las personas con discapacidad en el tráfico jurídico podría conducir a un pernicioso efecto, diametralmente opuesto al anhelado, si se hace una exégesis desmedida y tergiversada de sus preceptos. Como, a nuestro parecer, efectúa el Comité. Este indeseable resultado emergería, precisamente, en perjuicio de las personas con discapacidades más severas, que son, por definición, quienes demandan una protección más acusada.

VII. INTERPRETACIÓN TELEOLÓGICA DE LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK

Es evidente que la Convención representa un magnífico avance en materia de discapacidad, pues en su artículo 3 propugna la atención a la autonomía individual de las personas, así como la libertad en la toma de

decisiones y la independencia de los sujetos con discapacidad. Tal previsión normativa supone un cambio de paradigma, ya que ha de tratar de evitarse el tradicional recurso generalizado a la incapacitación y a la tutela, y debe procurarse implantar, cuando sea posible y razonable, el sistema de apoyos esporádicos en dicha toma de decisiones. No obstante lo anterior, ya hemos argumentado que entendemos que para los supuestos más graves debe conservarse, aunque sea de modo residual, la eventual modificación de la capacidad y el establecimiento de facultades representativas cuando resulte imprescindible como única medida satisfactoria o «pertinente», en atención a las impeditivas circunstancias de la persona afectada por la discapacidad[123].

Esta lectura de la Convención coincidiría, en parte, con la «Recomendación Núm. R (99) 4, de 23 de febrero de 1999, del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre los principios referentes a la protección jurídica de los mayores incapacitados», donde se pretendió impulsar la autonomía de las personas con discapacidad: *Principio 2 (Flexibilidad en la respuesta jurídica)*, *Principio 3 (Máxima preservación de la capacidad)*, *Principio 5 (Necesidad y subsidiariedad)* y *Principio 6 (Proporcionalidad)*. Si bien este texto europeo se muestra decididamente restrictivo en torno al establecimiento de las instituciones representativas, en él se admite que en las hipótesis más severas la única solución viable puede llegar a ser, precisamente, la sustitución del individuo con discapacidad en la toma de decisiones: *Vid. Principio 3.1* y *3.3*, *Principio 6.1* y *6.2*.

En nuestra opinión, en aras a arrojar cierta luz en torno a las medidas que pueden adoptarse en relación con las personas con discapacidades incapacitantes, resulta oportuno efectuar un análisis de la Convención desde un punto de vista teleológico o finalista. En este sentido, deberíamos dilucidar la intención de los Estados Parte cuando confeccionaron el referido texto supranacional, ya que —como se dispone en el artículo 3.1 CC— la exégesis de una norma debe tomar en consideración, primordialmente, su espíritu y finalidad. Aunque en este caso hemos podido comprobar que el texto de la Convención no exige la desaparición absoluta de las figuras representativas, conviene aclarar que, antes de asumir cualquier dudosa e interesada interpretación a la que pueda conducirnos su literalidad, nuestro Alto Tribunal (v.gr., STS de 22 de junio de 1950) reconoce que ya la doctrina clásica sostuvo que la *mens legislatoris* o la *ratio legis* gozan de preeminencia, incluso, sobre la propia letra de la norma[124] (SUÁREZ: *plus mentis esse tribuendum quam verbis, quia mens est praecipuum in lege nam est vita eius*).

Nos parece relevante la conclusión a la que llega LACRUZ, con carácter general, cuando sostiene que el rango superior de la *ratio* de las normas consiente una interpretación correctora de las palabras empleadas para su manifestación en las mismas[125]. Ya sostenía CELSO (Dig. 1,3,17) que el conocimiento de las normas no consiste en retener sus meras palabras y

atenerse a ellas, sino su fuerza y su poder, esto es, su esencia y su alcance (que podríamos identificar con su *ratio*): *«Scire leges non hoc est, verba earum tenere, sed vim ac potestatem»*. A este apotegma recurre expresamente, en alguna ocasión, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos [v.gr., STEDH (Secc. 2.ª) de 29 de octubre de 2013, Caso Varvara contra Italia][126].

Dado que ni siquiera acertamos a descubrir en la Convención precepto alguno que imponga la absoluta supresión de la representación, ¿cabría pensar que en la *ratio* de dicho texto supranacional, en su *vim ac potestatem*, se halla la prohibición de la figura de la sustitución en las hipótesis de las discapacidades más severas e incapacitantes? De la conducta de los propios creadores de la Convención, los Estados Parte, que se muestran «en general» reacios a plegarse a los dictados más escorados del Comité y, por consiguiente, a la completa liquidación del régimen de representación, se colige que tal supresión no forma parte, en absoluto, del espíritu o *ratio* de la propia norma.

A pesar de todo ello, y de la recurrente llamada de atención efectuada por numerosos autores sobre este segmento de los sujetos con discapacidad, el Comité no aporta ninguna solución para posibilitar el protagonismo de dichos individuos en la vida jurídica, y ciñe su respuesta a reiterar invariablemente que las facultades representativas vulneran la dignidad y la igualdad de las personas. Esta inaudita falta de argumentación y de contribución al debate nos aproxima al ya comentado sofisma, en cuya virtud una persona que jamás ha gozado de un mínimo umbral de capacidad natural de autogobierno puede llegar a manifestar su consentimiento gracias al auxilio de un «sistema de apoyos intenso», o, al menos, serán siempre identificables su voluntad y preferencias en aras a la toma de su decisión. Apreciamos aquí un ejemplo de los recursos retóricos que, como denunciábamos en la introducción de este trabajo, alumbran lo que en la conciencia colectiva se considera políticamente correcto. Este último concepto, tal y como allí sosteníamos, conforma un nuevo tipo de censura.

En definitiva, el Comité evidencia un turbador desprecio hacia los razonamientos de quienes no comparten plenamente su ideología, ya que se limita a repetir incesantemente su ideario, sin siquiera dignarse a responder a ciertos sectores que denuncian las distorsiones a que puede dar lugar su propuesta. Entendemos que cobra plena vigencia, debido a esta actitud, la conocida reflexión de Johann Wolfgang von GOETHE, cuando afirma que los antagonistas creen que nos refutan si repiten su opinión y no prestan atención a la nuestra: *«Gegner glauben uns zu widerlegen, wenn sie ihre Meinung wiederholen und auf die unsrige nicht achten»* (en el seno de sus «Maximen und Reflexionen»)[127].

Reconforta constatar que algunos destacados exponentes del sector doctrinal[128] que exige la revisión de nuestro ordenamiento jurídico interno, para

alcanzar su definitiva adaptación a la Convención, son conscientes de la realidad que rodea a los individuos con discapacidades incapacitantes severas y persistentes que entrañan la plena ausencia de capacidades volitivas e intelectivas. En este sentido, estos autores admiten, aunque sea como última opción, que en estos casos más graves ha de conservarse la posibilidad de una modificación de la capacidad que incluya facultades representativas, con el propósito de prevenir actuaciones personales con las que el propio afectado por la discapacidad se genere menoscabos.

Según apuntamos con anterioridad, el propio Comité —punto 21 de su *Observación General n.º1 (2014)*— reconoce tímidamente que, en ocasiones, «pese a haberse hecho un esfuerzo considerable», no puede determinarse cuál es la voluntad y las preferencias de un sujeto. Como consecuencia de ello, según señala CUENCA[129], en estos supuestos podrían admitirse «acciones puntuales de representación». En contra de esta restricción, IMAZ advierte que la implacable repudiación a la tutela no debe hacernos olvidar que hay sujetos que precisan una protección integral donde se incluya, parcial o totalmente, su sustitución. En estas hipótesis, según esta última autora, conviene conferir las más amplias facultades a un tercero, en aras a organizar integralmente el espacio vital de la persona afectada, cuyas necesidades no es sencillo ni conveniente parcelar. Estas necesidades que afectan a dichos sujetos hoy seguirán presentes mañana[130].

Afortunadamente, al margen de su ya comentada previsión en la redacción del artículo 267 del Código civil prevista en el Anteproyecto, una «cláusula de cierre» que contiene la eventual concesión a un tercero de facultades representativas se advierte en algunos de los más relevantes proyectos de reforma legislativa que se han venido desarrollando en nuestro país, y en ellos no se llega tan lejos como pretende el Comité[131]. A título meramente ejemplificativo, nos parece oportuno hacer alusión a la *Propuesta articulada de reforma del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil para su adecuación al artículo 12 de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad*, de 13 de junio de 2012, elaborada por el REAL PATRONATO SOBRE DISCAPACIDAD. Esta entidad, si bien aborrece palmariamente la representación o sustitución como solución[132], contradice su grandilocuentemente proclamada inquina y animadversión hacia este mecanismo, aunque de manera casi subrepticia, en el tenor literal que propone para el artículo 225 del Código civil (en un Capítulo bajo la rúbrica «Del apoyo intenso»):

«Cuando sea estrictamente necesario para proteger los intereses de la persona que no pueda ejercer su capacidad jurídica mediante otro tipo de apoyos, la autoridad judicial establecerá en interés de aquella, un apoyo intenso que determinará su representación. La persona física o jurídica designada por el

juez para prestar este apoyo representará los intereses de la persona asistida en los supuestos concretos que determine la resolución judicial que lo establezca. La resolución judicial deberá precisar los términos en los que se llevará a cabo la representación, adoptando las salvaguardas que estime precisas para garantizar que tal desempeño no suponga la suplantación de la voluntad de la persona, le cause perjuicio, o sea condicionado mediante influencia indebida.

Este apoyo intenso deberá ser excepcional y preferiblemente respecto de actos o negocios jurídicos concretos y puntuales.

Para los actos y derechos personalísimos será necesaria resolución independiente y específica».

A través de esta propuesta de redacción del artículo 225 del Código civil, entendemos que el REAL PATRONATO SOBRE DISCAPACIDAD, pese a su firme propósito declarado, ofrece un ponderable ejercicio de realismo.

En definitiva, si volvemos la mirada de nuevo hacia el texto de la Convención de Nueva York, hemos de defender categóricamente que toda norma debe ser interpretada con una especial atención al criterio de la razón y la lógica. El sentido común ha de constituir la línea maestra en la exégesis de cualquier sistema jurídico. Tienen perfecto encaje aquí, a nuestro juicio, las advertencias de ATIENZA[133], cuando asevera que lo que no es razonable no puede ser «de Derecho».

No obstante, genera una enorme consternación comprobar que es el propio contexto el que se ha tornado irrazonable[134].

VIII. CONCLUSIONES

I. Aunque la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, forma parte de nuestro ordenamiento jurídico desde hace más de una década, el debate doctrinal y jurisprudencial desenvuelto en torno a ella ha alcanzado sus mayores cotas en los últimos años. Se trata de una discusión teñida de un acusado extremismo sustentado en lo políticamente correcto, donde un determinado sector, guiado por el Comité de la Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, pretende erradicar por completo la representación, y no admite soluciones eclécticas.

II. Nuestra jurisprudencia, tradicionalmente, ha incumplido flagrantemente el mandato legal de la gradación y personalización de la incapacitación en sus resoluciones, y se ha limitado a ofrecer respuestas estandarizadas. Sin embargo, se advierte un evidente cambio de rumbo en nuestro Tribunal Supremo en los últimos años; especialmente, a raíz de la célebre STS de 29 de abril de 2009.

III. En septiembre de 2018 se ha presentado el *Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*. En el texto propuesto se confiere un carácter prioritario a los poderes y mandatos preventivos, y se fortalece la guarda de hecho. No obstante, la medida de apoyo más relevante y desarrollada es la curatela. Se erradica la tutela para los mayores de edad, si bien se contempla la posibilidad excepcional de otorgar al curador facultades representativas, en frontal colisión con la interpretación de la Convención que el Comité pretende imponer.

IV. Según el Comité, hay un «malentendido general» por los Estados en relación con los compromisos adquiridos al firmar la Convención. Entiende que mantener la representación, incluso en los casos de discapacidades incapacitantes más severas, es discriminatorio. Su solución radica en proveer a estas personas de un sistema de apoyos.

V. A nuestro juicio, no debería ofrecerse un trato igualitario a todas las personas, sin tomar en cuenta las concretas circunstancias que rodean a cada individuo con discapacidad. La igualdad de derechos no equivale a considerar que todos los sujetos gozan de la misma capacidad. Precisamente, en los casos más graves, las medidas de representación ayudan a alcanzar la igualdad de condiciones con el resto de personas.

VI. La propia Convención admite que algunas personas con discapacidad no se hallan en una situación plenamente equiparable a la de los demás sujetos, ya que ordena a los Estados el establecimiento de medias de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica. Así pues, la Convención asume que existe una diferencia entre la titularidad de derechos y la capacidad de ejercitarlos. Incluso el Comité, que tan vehementemente proclama la axiomática absoluta igualdad de condiciones de las personas, desmiente su propio planteamiento al conminar a los Estados al establecimiento del sistema de apoyos. A nuestro modo de ver, la representación no vulnera la igualdad ni la dignidad.

VII. La discapacidad, por sí misma, no justifica la modificación judicial de la capacidad de la persona. Será la limitación o la ausencia de la capacidad natural de autogobierno las que lo determinen. En cualquier caso, la previsión de medidas representativas en los casos más severos no significa la «muerte civil» de las personas.

VIII. La actuación del sujeto que actúe como apoyo de la persona con discapacidad debe respetar la voluntad y preferencias de aquella; incluso, cuando deba actuar en sustitución de ella. No obstante, si no es posible determinar tal voluntad, habría de acudirse a la noción del interés superior objetivo del sujeto con discapacidad, pese a que el Comité repudie explícitamente este último criterio. Así lo ha hecho, en alguna ocasión, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

IX. Mantener las medidas representativas en el caso de los menores de edad y suprimirlas en las hipótesis más graves e incapacitantes de discapacidad, adolece, a nuestro juicio, de incongruencia, pues puede haber evidentes similitudes entre ambas situaciones: limitación o plena carencia de la capacidad natural de autogobierno. En cambio, no parece razonable equiparar —como hace el Comité— la discapacidad y el género de las personas, ya que son realidades disímiles, pues el género nunca puede afectar a la capacidad natural de querer y de entender.

X. La interpretación de la Convención que pretende imponer el Comité se encuentra inspirada en los más radicales postulados del neoliberalismo. Entendemos que otra exégesis más moderada de la Convención es posible, y no parece razonable que los Estados hayan elaborado un texto que responda a una ideología extrema que carece no solo de tradición jurídica y social, sino también de una gran aceptación en la mayor parte de ellos.

XI. Tan inadecuado resulta incapacitar a personas que conservan su capacidad de autogobierno como, en sentido contrario, fingir que dicha capacidad está presente en quienes realmente carecen de ella completamente. Una ruptura tan extrema con los sistemas anteriores extendidos por todo el planeta, como es la erradicación de la representación, aparecería como evidente en el texto de la Convención, y no resultaría interpretable. De hecho, la discusión de su artículo 12 puso en serio riesgo la propia aprobación de dicho texto supranacional.

XII. El Comité se ha arrogado unilateralmente la interpretación auténtica de la Convención, pese a que tal cometido no le ha sido conferido en la misma ni en su Protocolo Facultativo.

XIII. Las personas con discapacidades incapacitantes más graves han sido olvidadas por el Comité, que centra su atención, únicamente, sobre los sujetos con discapacidad que conservan ciertos umbrales de capacidad natural de autogobierno. Como resultado de lo anterior, se cercena la dignidad e igualdad de quienes sufren las formas más incapacitantes de discapacidad.

XIV. Un buen sistema de apoyos en la toma de decisiones de las personas con discapacidades intelectuales que imposibilitan absolutamente la toma de conciencia y la voluntad en torno a un acto jurídico, a nuestro juicio, ha de incluir las figuras representativas estables.

XV. Nombrar a un asistente que guíe y ayude en la toma de decisiones es el expediente adecuado para quienes gocen de un cierto nivel de capacidad natural. Sin embargo, suprimir las instituciones tutelares en las hipótesis más graves, propiciará que el afectado resulte excluido del tráfico jurídico, así como la paralización de todos sus asuntos. En estos casos, la representación satisface los criterios de «pertinencia» y «proporcionalidad» exigidos por la Convención, y coadyuvará al logro de los objetivos de dicho texto supranacional.

XVI. Proponemos una interpretación teleológica de la Convención, donde no identificamos ningún precepto que conmine a la erradicación absoluta de las medidas representativas: la renuencia de los Estados Partes —que negociaron y aprobaron el texto— a su completa abolición nos lleva a pensar que esta solución no se halla en la *ratio* de dicho texto normativo. Debe, por lo tanto, mantenerse como última medida posible, aplicable en los casos de discapacidades más incapacitantes.

ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS:

- STEDH (Secc. 2.ª) de 29 de octubre de 2013
- STEDH (Sección 1.ª) de 23 de marzo de 2017
- STC de 18 de diciembre de 2000
- STC de 3 de abril de 2002
- STC de 9 de octubre de 2002
- STC de 21 de noviembre de 2005
- STS (Sala de lo Civil) de 5 de marzo de 1947
- STS (Sala de lo Civil) de 22 de junio de 1950
- STS (Sala de lo Penal) de 11 de febrero de 2005
- STS (Sala de lo Civil) de 29 de abril de 2009
- STS (Sala de lo Civil) de 21 de septiembre de 2011
- STS (Sala de lo Civil) de 11 de octubre de 2012
- STS (Sala de lo Civil) de 1 de julio de 2014
- STS (Sala de lo Civil) de 27 de noviembre de 2014
- STS (Sala de lo Civil) de 13 de mayo de 2015
- STS (Sala de lo Civil) de 15 de julio de 2015
- STS (Sala de lo Civil) de 16 de mayo de 2017
- STS (Sala de lo Civil) de 27 de septiembre de 2017
- STS (Sala de lo Civil) de 11 de octubre de 2017
- STS (Sala de lo Civil) de 8 de noviembre de 2017
- SAP de Málaga (Secc. 5.ª) de 15 de septiembre de 2005
- SAP de Madrid (Secc. 10.ª), de 30 de enero de 2012
- SAP de Madrid (Secc. 10.ª) de 21 de marzo de 2012
- SAP de Madrid (Secc. 10.ª) de 15 de junio de 2012

BIBLIOGRAFÍA

ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, M. (2018). La eficacia de los contratos celebrados por las personas protegidas. En: M. Pereña Vicente (dir.), *La voluntad de la persona protegida. Oportunidades, riesgos y salvaguardias*. Madrid: Ed. Dykinson, 379-395.

ALEMANY GARCÍA, M. (2018). Igualdad y diferencia en relación con las personas con discapacidad. [Una crítica a la Observación General núm. 1 (2014) del Comité (UN) de los derechos de las personas con discapacidad]. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, vol. 52, 201-222.

ÁLVAREZ LATA, N., y SEOANE, J.A. (2010). El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad. Una revisión de los modelos de representación y guarda a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. *Derecho Privado y Constitución*, núm. 24, enero-diciembre de 2010, 11-66.

ALVENTOSA DEL RÍO, J. (2019). Modificación judicial de la capacidad de obrar como sistema de protección de las personas más vulnerables. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 10, febrero de 2019, 224-281.

ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL (2018). *Propuesta de Código civil*. Madrid: Ed. Tecnos.

ATIENZA RODRÍGUEZ, M. (2016). Dignidad Humana y Derechos de las Personas con Discapacidad. *Revista IUS ET VERITAS*, núm. 53, diciembre de 2016, 262-266.

BERROCAL LANZAROT, A.I. (2014). La autonomía de la voluntad y los instrumentos de protección de las personas discapacitadas. *La Ley Derecho de Familia. Revista jurídica sobre familia y menores*, abril de 2014, núm. 2, 23-40.

BLANCK, P. (2018). «The right to make choices»: supported decision-making activities in the United States. En: M. Pereña Vicente (dir.), *La voluntad de la persona protegida. Oportunidades, riesgos y salvaguardias*. Madrid: Ed. Dykinson, 27-37.

BOENTE, W. (2018). ¿Por qué resiste el Derecho? Pensamientos sobre el artículo 12 CRPD. En: M. Pereña Vicente (dir.), *La voluntad de la persona protegida. Oportunidades, riesgos y salvaguardias*. Madrid: Ed. Dykinson, 39-46.

BOTELLO HERMOSA, P. (2015). El refuerzo de la curatela como medio idóneo de adaptación del artículo 12 de la Convención ONU sobre derechos de personas con discapacidad al Ordenamiento jurídico español. *RCDI*, núm. 749, mayo de 2015, 1345-1380.

BRETÓN DÍEZ, N., GONZÁLEZ LÓPEZ, A.I., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M. y GUERRA MORA, P. (2017). Medidas de modificación judicial de la capacidad en personas con trastorno mental grave: ¿Protección o iatrogenia? *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 39, 73-86.

BUEYO DÍEZ JALÓN, M. El impacto de la Convención Internacional de las personas con discapacidad (recurso electrónico en el que no figura la fecha de publicación, disponible en https://www.discapnet.es/areas-tematicas/nuestros-derechos/tus-derechos-fondo/otros-temas/el-impacto-de-la-convencion, consulta: 14 de julio de 2019).

CAMPO IZQUIERDO, Á.L. (2014). Los procesos judiciales de capacidad a la luz de la Convención de Nueva York sobre derechos de las personas con discapacidad. *La Ley Derecho de Familia. Revista jurídica sobre familia y menores*, abril de 2014, núm. 2, 2-7.

CANIMAS BRUGUÉ, J. (2016). Decidir por el otro a veces es necesario. En: La incapacitación, reflexiones sobre la posición de Naciones Unidas. *Cuadernos de la Fundació Víctor Grífols i Lucas*, núm. 39, 13-31.

CARRASCO PERERA, Á. (2018). Discapacidad personal y estabilidad contractual. A propósito del Anteproyecto de Ley presentado por el Ministerio de Justicia para la reforma de la legislación civil en materia de discapacidad. *Centro de Estudios de Consumo, Publicaciones Jurídicas*, 1-5 (disponible en línea en http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Discapacidad_personal_y_estabilidad_contractual.pdf, consulta: 7 de mayo de 2019).

CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, M.ªC. (2014). La figura de la incapacitación a la luz de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las personas con Discapacidad. Comentario a la sentencia núm. 282/2009 del TS, Sala Primera, de 29 de abril. *La Ley Derecho de Familia. Revista jurídica sobre familia y menores*, abril de 2014, núm. 2, 115-122.

CHIMENO CANO, M. (2013). Problemas que suscita la designación y el seguimiento del guardador legal. En: S. de Salas Murillo (coord.), *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas*. Madrid: Ed. Dykinson, 117-137.

CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL (2018). Dictamen 5/2018 Sobre el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad. Sesión Ordinaria del Pleno 24 de octubre de 2018, 1-29 (disponible en http://www.ces.es/documents/10180/5598063/Dic052018.pdf, consulta: 13 de junio de 2019).

CUENCA GÓMEZ, P. (2012). El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española. *REDUR*, núm. 10, diciembre de 2012, 61-94.

— (2012). La incidencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho interno: la interpretación del artículo 10.2 de la Constitución Española. *Revista de Estudios Jurídicos*, núm. 12/2012, Universidad de Jaén, 1-24.

— (2018). Reflexiones sobre el Anteproyecto de reforma de la legislación civil española en materia de capacidad jurídica de las personas con discapacidad. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 38, 2018, 82-101.

DE ASÍS ROIG, R., BARRANCO AVILÉS, M.ª C., CUENCA GÓMEZ, P. y PALACIOS RIZZO, A. (2010). Algunas reflexiones generales sobre el impacto de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad en el Derecho español. En: P. Cuenca Gómez (ed.), *Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el Ordenamiento Jurídico español*. Madrid: Ed. Dykinson, 11-34.

DE LA IGLESIA MONJE, M.ª I. (2018). El curador del mayor: Un apoyo a la persona con modificación parcial de la capacidad. *RCDI*, núm. 765, enero de 2018, 445-460.

DE PABLO CONTRERAS, P. (2010). La incapacitación en el marco de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009). En: M. Yzquierdo Tolsada (dir.), *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil)*, vol. 3.º (2009). Madrid: Ed. Dykinson, 555-590.

FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C. (2009). La ejecución de sentencias y decisiones de Tribunales y Comités, 1-21 (recurso electrónico en

https://eciencia.urjc.es/bitstream/handle/10115/12685/Conferencia%20Escuela%20Diplom%C3%A1tica.doc?sequence=1&isAllowed=y, consulta: 15 de julio de 2019).

GARCÍA CANTERO, G. (2013). Reflexiones sobre la mejor regulación jurídico-privada de la discapacidad. En: S. de Salas Murillo (coord.), *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas*. Madrid: Ed. Dykinson, 41-56.

GARCÍA PONS, A. (2013). El artículo 12 de la Convención de Nueva York de 2006 sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su impacto en el Derecho Civil de los Estados signatarios: el caso de España. *ADC*, fasc. I, 59-147.

GOETHE, J. W. (1842). Goethe's Nachgelassene Werke. Vol. 16. En: Goethe's Werke. Vollständige Ausgabe letzter Hand, vol, 56. Stuttgart y Tübingen: J. G. Cotta'schen Verlag.

GONZÁLEZ GARCÍA, J.M.ª (2008). ¿Son vinculantes los dictámenes del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas? Posición de los Tribunales españoles a propósito de un controvertido caso (sobre el derecho a la revisión de la condena penal por una instancia superior). En: E. Ferrer Mac-Gregor y A. Zaldívar Lelo de Larrea (coord.), *Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, T. IX. México: Ed. Marcial Pons, 105-135.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (2018). Algunas consideraciones sobre el consentimiento de las personas con discapacidad mental e intelectual. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 11, 2018, parte Legislación, Comentarios (recurso electrónico accesible en Aranzadi Instituciones, BIB 2018\13987).

IMAZ ZUBIAUR, L. (2018). Reformulando la protección de las personas con diversidad funcional a la luz de la distante Convención de Nueva York de 2006. *RVAP*, núm. 112, septiembre-diciembre de 2018, 165-208.

LACRUZ BERDEJO, J.L. (1998). *Elementos de Derecho Civil.* T. I. Parte General. Vol. 1. Madrid: Ed. Dykinson.

MAGARIÑOS BLANCO, V. (2018). Comentarios al Anteproyecto de Ley para la reforma del Código civil sobre discapacidad. *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, julio-septiembre de 2018, Estudios, 199-225.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. (2013). El tratamiento jurídico de la discapacidad mental o intelectual tras la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. En: S. de Salas Murillo (coord.), *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas*. Madrid: Ed. Dykinson, 15-40.

MAYOR DEL HOYO, M.ª V. (2014). La interrelación de los aspectos jurídico-civiles de la discapacidad y la minoridad: clave en la reforma de la discapacidad. *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2173, diciembre de 2014, 2-26.

MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, J.A. (2018). La ineficacia de los actos jurídicos patrimoniales realizados por una persona con discapacidad a la luz de la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad. En: M. Pereña Vicente (dir.), *La voluntad de la persona protegida. Oportunidades, riesgos y salvaguardias*. Madrid: Ed. Dykinson, 495-510.

MINISTERIO DE JUSTICIA (2010). Documento de trabajo elaborado por el Ministerio de Justicia sobre la posible reforma del Código civil, del Estatuto

Orgánico del Ministerio Fiscal y de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil en materia de modificación judicial de la capacidad y de las medidas de protección y apoyo de menores y de personas con capacidad modificada judicialmente, 1-19 (recurso electrónico disponible en http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Foro-Justicia-y-Discapacidad/Actividades/Actividades-destacables/Documento-de-trabajo-sobre-la-posible-reforma-del-Codigo-civil--del-Estatuto-Organico-del-Ministerio-Fiscal-y-de-la-Ley-1-2000-de-Enjuiciamiento-Civil-en-materia-de-modificacion-judicial-de-la-capacidad-y-de-las-medidas-de-proteccion-y-apoyo-de-menores-y-de-personas-con-capacidad-modificada-judicialmente--2010-, consulta: 4 de julio de 2019).

MOISDON-CHATAIGNER, S. (2018). De la volonté de la personne bénéficiant d'une mesure de protection: du paradoxe à la mise sous tension. En: M. Pereña Vicente (dir.), *La voluntad de la persona protegida. Oportunidades, riesgos y salvaguardias*. Madrid: Ed. Dykinson, 111-118.

MONDÉJAR PEÑA, M.ª I. (2015). La guarda de las personas con discapacidad intelectual a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. *RJUAM*, núm. 31, 2015-I, 369-398.

MUNAR BERNAT, P.A. (2018). La curatela: principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad. *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, julio-septiembre de 2018, Estudios, 121-152.

NÚÑEZ ZORRILLA, M.ªC. (2014). *La asistencia. La medida de protección de la persona con discapacidad psíquica alternativa al procedimiento judicial de incapacitación*. Madrid: Ed. Dykinson.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (2019). Demencia. Publicado el 14 de mayo de 2019 (disponible en https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/dementia, consulta: 18 de junio de 2019).

PALLARÉS NEILA, J. (2017). *La protección de la vivienda habitual como exigencia del derecho a vivir de forma independiente de las personas con discapacidad. Análisis teórico y realidad empírica*. Barcelona: JM Bosch Editor.

— (2018). La revisión de las sentencias dictadas en el nuevo procedimiento de provisión de apoyos. *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, julio-septiembre de 2018, Estudios, 153-171.

PARRA LUCÁN, M.ª Á. (2019). La jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo en materia de protección de las personas con discapacidad (Conferencia dictada en el Colegio Notarial de Madrid, el 21 de febrero de 2019). *El Notario del siglo XXI*, núm. 85, mayo/junio de 2019, 158 y 159.

PAU PEDRÓN, A. (2018). De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código civil. *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, julio-septiembre de 2018, Estudios, 5-28.

PEREÑA VICENTE, M. (2011). La Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. ¿El inicio del fin de la incapacitación? *Diario La Ley*, núm. 7691, 9 de septiembre de 2011 (recurso electrónico disponible en línea en «laleydigital»; LA LEY 13496/2011).

— (2016). La Convención de Nueva York y su incidencia en el ejercicio de la medida de protección. En: *Código de buenas prácticas en el ejercicio de las medidas de protección jurídica*, 141-173 (disponible en línea en https://www.

fundacionmanantial.org/cbpempj_tutela/pdf/pdf_split/CB.1.pdf, consulta: 15 de julio de 2018).

— (2018). La protección jurídica de adultos: el estándar de intervención y el estándar de actuación: entre el interés y la voluntad. En: M. Pereña Vicente (dir.), *La voluntad de la persona protegida. Oportunidades, riesgos y salvaguardias*. Madrid: Ed. Dykinson, 119-141.

PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C. (2009). La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y el sistema español de modificación de la capacidad de obrar. *Derecho Privado y Constitución*, enero-diciembre 2009, núm. 23, 335-368.

RAMS ALBESA, J. (2011). Hombre y persona. Personalidad. Capacidad e incapacidad. Discapacidad y vejez (Reflexión sobre estos conceptos jurídicos esenciales, de ordinario tratados como lugares comunes) (1). *RCDI*, enero-febrero de 2011, núm. 723, 211-296.

REAL PATRONATO SOBRE DISCAPACIDAD (2012). Propuesta articulada de reforma del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil para su adecuación al artículo 12 de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad, 1-113 (recurso electrónico disponible en https://www.notariosyregistradores.com/AULASOCIAL/2013-PropuestaModificacionCCLEC.pdf, consulta: 4 de julio de 2019).

RECOVER BALBOA, T. (2014). Hacia la reforma del Código civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de discapacidad. En: M.ª C. García Garnica (dir.) y R. Rojo Álvarez-Manzaneda (coord.), *Nuevas perspectivas del tratamiento jurídico de la discapacidad y la dependencia*. Madrid: Ed. Dykinson, 19-29.

SALAS MURILLO, S. (2018). Significado jurídico del «apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica» de las personas con discapacidad: presente tras diez años de convención. *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 5/2018, parte Doctrina (recurso electrónico accesible en Aranzadi Instituciones, http://aranzadi.aranzadidigital.es; BIB 2018\8655).

SANCHO GARGALLO, I. (2018). Sentido de la intervención judicial y del proceso civil en la determinación de la capacidad y de los apoyos necesarios para su ejercicio. En: M. Pereña Vicente (dir.), *La voluntad de la persona protegida. Oportunidades, riesgos y salvaguardias*. Madrid: Ed. Dykinson, 17-25.

SANTOS URBANEJA, F. (2004). Causa y motivo de la incapacitación civil. Una reflexión sobre el artículo 200 del Código civil. En: *Jornadas sobre la «Revisión de los procedimientos relativos a la incapacidad»*, Madrid, 8 y 9 de marzo de 2004. Madrid: Fundación Aequitas, Colección La Llave, 1-17, (recurso electrónico accesible en http://asaenec.org/wp-content/uploads/2014/02/Causa-y-motivo-de-la-incapacitación-civil.-Una-reflexión-sobre-el-art.-200-del-código-civil.pdf, consulta: 24 de julio de 2019).

— (2009). Realidad actual de los procesos de incapacitación. Alternativas a su regulación. Hacia una protección efectiva. En: *Jornadas Fundación Aequitas-Centro de Estudios Jurídicos*, Madrid, 9 y 10 de marzo de 2009. Madrid: Fundación Aequitas, 1-32, (recurso electrónico accesible en http://aequitas.notariado.org/liferay/c/document_library/get_file?uuid=f977a214-e8a7-4dca-9a9f-b4c65f445e42&groupId=10228, consulta: 24 de julio de 2019).

SERRANO GARCÍA, I. (2015). ¿Tutela? ¿Apoyo para la toma de decisiones? Bettencourt, Sordi, di Stéfano. *RCDI*, núm. 751, septiembre de 2015, 2587-2606.

SILLERO CROVETTO, B. (2015). ¿Constituye la curatela un mecanismo de apoyo adecuado tras la Convención de Nueva York? Posicionamiento jurisprudencial. *RCDI*, núm. 747, enero de 2015, 383-414.

TORRES GARCÍA, T.F. (2018). Presentación. *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, julio-septiembre de 2018, Estudios, 1-3.

VARELA AUTRÁN, B. (2009). La tutela, ante la Convención. *Revista Escritura Pública*, núm. 60, noviembre-diciembre de 2009, 69.

— (2013). Incapacidad. Curatela reinterpretada a la luz de la Convención sobre derechos de las personas con discapacidad firmada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. Comentario a la STS (Sala Primera) 617/2012, de 11 de octubre, Rec. 262/2012. *Diario La Ley*, núm. 8006, 22 de enero de 2013 (recurso electrónico accesible en «laleydigital»; LA LEY 19518/2012).

VILLANUEVA PRIETO, D. (1992). *Teorías del realismo literario*. Madrid: Instituto de España, Espasa Calpe.

— (2006). Retórica e invención de la realidad. En: J.A. Hernández Guerrero, M.ª C. García Tejera, I. Morales Sánchez, F. Coca Ramírez (eds.), *Retórica, Literatura y Periodismo*, Actas del V Seminario Emilio Castelar (noviembre-diciembre de 2004). Cádiz: Universidad de Cádiz, Servicio de Publicaciones, 239-248.

— (2018). Discurso de inauguración del Máster de Periodismo Multimedia de la UPV. Pronunciado el 6 de noviembre de 2018 (referencia en http://www.rae.es/noticias/dario-villanueva-la-correccion-politica-ha-llegado-para-quedarse, consulta: 10 de julio de 2019).

VIVAS TESÓN, I. (2012). *Más allá de la capacidad de entender y querer…Un análisis de la figura italiana de la administración de apoyo y una propuesta de reforma del sistema tuitivo español*. Badajoz: FUTUEX-Fundación para la promoción y apoyo a las personas con discapacidad, Observatorio estatal de la Discapacidad.

WARD, A.D. (2014). Abolition of all guardianship and mental health laws? *The Journal of the Law Society of Scotland*, 14 de abril de 2014 (http://www.journalonline.co.uk/Magazine/59-4/1013832.aspx, consulta: 21 de junio de 2019).

— (2018). Enabling Citizens to Plan for Incapacity. En: 5th World Congress on Adult Guardianship, General Session II on Wednesday 24 th October 2018. Seúl, 1-14, (http://www.mentalcapacitylawandpolicy.org.uk/wp-content/uploads/2018/11/Enabling-Citizens-to-Plan-for-Incapacity.pdf, consulta: 2 de julio de 2019).

— (2018). Rights, empowerment and medical consent. The impact of article 12 of the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities. En: M. Pereña Vicente (dir.), *La voluntad de la persona protegida. Oportunidades, riesgos y salvaguardias*. Madrid: Ed. Dykinson, 367-375.

NOTAS

[1] CARRASCO PERERA, Á. (2018). Discapacidad personal y estabilidad contractual. A propósito del Anteproyecto de Ley presentado por el Ministerio de Justicia para la reforma de la legislación civil en materia de discapacidad. *Centro de Estudios de Consumo, Publicaciones Jurídicas*, 1 (disponible en línea en http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Discapacidad_personal_y_estabilidad_contractual.pdf, consulta: 7 de mayo de 2019).

[2] Permítasenos la licencia de emplear este neologismo de raigambre anglosajona *(post-truth)*, ya que perfila con precisión la idea que tratamos de transmitir, y fue admitida en el Diccionario de la Lengua Española de la RAE a finales del año 2017: «Distorsión deliberada de una realidad, que manipula creencias y emociones con el fin de influir en la opinión pública y en actitudes sociales».

[3] VILLANUEVA PRIETO, D. (2006). Retórica e invención de la realidad. En: J.A. Hernández Guerrero, M.ªC. García Tejera, I. Morales Sánchez, F. Coca Ramírez (eds.), *Retórica, Literatura y Periodismo*, Actas del V Seminario Emilio Castelar (noviembre-diciembre de 2004). Cádiz: Universidad de Cádiz, Servicio de Publicaciones, 240.

[4] VILLANUEVA PRIETO (1992). *Teorías del realismo literario*. Madrid: Instituto de España, Espasa Calpe, 52.

[5] ATIENZA RODRÍGUEZ, M. (2016). Dignidad Humana y Derechos de las Personas con Discapacidad. *Revista IUS ET VERITAS*, núm. 53, diciembre 2016, 265.

[6] ALEMANY GARCÍA, M. (2018). Igualdad y diferencia en relación con las personas con discapacidad. (Una crítica a la Observación General núm. 1 (2014) del Comité (UN) de los derechos de las personas con discapacidad). *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, vol. 52, 221.

[7] VILLANUEVA (2018). Discurso de inauguración del Máster de Periodismo Multimedia de la UPV. Pronunciado el 6 de noviembre de 2018 (referencia en http://www.rae.es/noticias/dario-villanueva-la-correccion-politica-ha-llegado-para-quedarse, consulta: 10 de julio de 2019). A su modo de ver, «expurgar el *Diccionario* para hacerlo seráfico y biempensante no dejaría tampoco de ser una reiterada expresión de una nueva forma de censura difusa».

[8] PEREÑA VICENTE, M. (2016). La Convención de Nueva York y su incidencia en el ejercicio de la medida de protección. En: *Código de buenas prácticas en el ejercicio de las medidas de protección jurídica*, 152 y 153 (disponible en línea en https://www.fundacionmanantial.org/cbpempj_tutela/pdf/pdf_split/CB.1.pdf, consulta: 15 de julio de 2018).

[9] Un exhaustivo e interesante recorrido por la evolución experimentada por nuestra legislación en esta materia lo podemos encontrar en IMAZ ZUBIAUR, L. (2018). Reformulando la protección de las personas con diversidad funcional a la luz de la distante Convención de Nueva York de 2006. *RVAP*, núm. 112, septiembre-diciembre de 2018, 183-190. Sobre la necesidad de la gradación de la incapacitación, *Vid.* NÚÑEZ ZORRILLA, M.ª C. (2014). *La asistencia. La medida de protección de la persona con discapacidad psíquica alternativa al procedimiento judicial de incapacitación*. Madrid: Ed. Dykinson, 57-59.

[10] *Vid.* PALLARÉS NEILA, J. (2017). *La protección de la vivienda habitual como exigencia del derecho a vivir de forma independiente de las personas con discapacidad. Análisis teórico y realidad empírica*. Barcelona: JM Bosch Editor, 50.

[11] SANTOS URBANEJA, F. (2009). Realidad actual de los procesos de incapacitación. Alternativas a su regulación. Hacia una protección efectiva. En: *Jornadas Fundación Aequitas-Centro de Estudios Jurídicos*, Madrid, 9 y 10 de marzo de 2009. Madrid: Fundación Aequitas, 2 (recurso electrónico accesible en http://aequitas.notariado.org/liferay/c/document_library/get_file?uuid=f977a214-e8a7-4dca-9a9f-b4c65f445e42&groupId=10228, consulta: 24 de julio de 2019). Según este Fiscal, en el momento de pronunciar su ponencia, alrededor del 95% de las demandas de incapacitación finalizaban con una «sentencia

de incapacitación plena, para todo y para siempre», y el 95% de los sujetos declarados plenamente incapaces no lo eran; ello se debe, en su opinión, a que los Tribunales continuaban operando de igual modo que cien años antes. Esta parece ser, aún hoy en día, la tendencia en los Estados Unidos de América, según expone BLANCK, P. (2018). «The right to make choices»: supported decision-making activities in the United States. En: M. Pereña Vicente (dir.), *La voluntad de la persona protegida. Oportunidades, riesgos y salvaguardias*. Madrid: Ed. Dykinson, 28 y 29.

[12] PALLARÉS (2017, 90).

[13] Esta percepción parece refrendada, si bien con una muestra menor (26 sujetos, también con trastorno mental grave), por el análisis ofrecido por BRETÓN DIEZ, N., GONZÁLEZ LÓPEZ, A.I., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M. y GUERRA MORA, P. (2017). Medidas de modificación judicial de la capacidad en personas con trastorno mental grave: ¿Protección o iatrogenia? *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 39, 73-86. Según el estudio presentado por estas autoras, en las hipótesis analizadas el establecimiento de tutela asciende al 88,5% de las ocasiones, mientras que en el 11,5% de los casos el juzgador se decantó por la curatela. A su juicio (2017, 83), en muchos de los supuestos, quizás se opte por las medidas más restrictivas como directa consecuencia del «desconocimiento que tanto profesionales como usuarios y sus familias tienen», ya que entienden que se opta por ellas debido a que aquellos ignoran que a través de otras actuaciones cabría alcanzar los mismos fines perseguidos.

[14] PEREÑA (2011). La Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. ¿El inicio del fin de la incapacitación? *Diario La Ley*, núm. 7691, 9 de septiembre de 2011 (recurso electrónico disponible en línea en «laleydigital»; LA LEY 13496/2011).

[15] STS de 29 de abril de 2009: «Otra cosa distinta es si el sistema de protección debe ser o no rígido, en el sentido de que no debe ser estándar, sino que se debe adaptar a las conveniencias y necesidades de protección de la persona afectada y además, constituir una situación revisable, según la evolución de la causa que ha dado lugar a tomar la medida de protección. […] La reforma del Código de acuerdo con la Ley 13/1983, de 24 octubre introdujo un sistema proteccionista, pasando del concepto tradicional capacidad/incapacidad a una situación adaptable a las necesidades de protección del destinatario de la medida».

[16] STC de 9 de octubre de 2002: «En este sentido debe destacarse que en los procesos de incapacitación, al margen de la defensa prestada al presunto incapaz por el Ministerio Fiscal, por el defensor judicial nombrado al efecto o, en su caso, por el Letrado designado por el mismo incapaz (arts. 206 y 207 CC, y 758 LECiv), la audiencia de los parientes más próximos […] constituye «per se» una garantía objetiva de los derechos del presunto incapaz, en la medida en que facilita la aportación de alegaciones y hechos que permiten obtener una mejor convicción sobre la situación de la persona que se pretende incapacitar y sobre las circunstancias que la rodean, lo que resulta decisivo, tanto para la propia declaración de incapacitación, su extensión y límites, como para el establecimiento del régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado (arts. 210 CC y 760 LECiv)».

[17] *Vid.,* entre otros, MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. (2013). El tratamiento jurídico de la discapacidad mental o intelectual tras la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. En: S. de Salas Murillo (coord.), *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas*. Madrid: Ed. Dykinson, 16 y 17. Según expone, el vigente sistema se encuentra configurado «en torno a la capacidad natural de autogobierno», con un propósito protector hacia las personas que carecen de ella. Asimismo, pone de relieve que la sentencia que restrinja la capacidad legal de obrar lo hará con una «intensidad variable» y con «el sometimiento a un régimen de guarda revisable de contenido flexible». Sobre cómo determinar la «zona de falta de autogobierno», *Vid.* SANTOS URBANEJA (2004). Causa y motivo de la

incapacitación civil. Una reflexión sobre el artículo 200 del Código civil. En: *Jornadas sobre la «Revisión de los procedimientos relativos a la incapacidad»*, Madrid, 8 y 9 de marzo de 2004. Madrid: Fundación Aequitas, Colección La Llave (pp. 3 a 6) (recurso electrónico accesible en http://asaenec.org/wp-content/uploads/2014/02/Causa-y-motivo-de-la-incapacitación-civil.-Una-reflexión-sobre-el-art.-200-del-código-civil.pdf, consulta: 24 de julio de 2019).

[18] PEREÑA (2016, 146). En relación con la práctica judicial advertida en nuestro país, como muestra de la degradación en la aplicación del sistema, PALLARÉS (2017, 111 a 129) muestra que, en ocasiones, a una persona parcialmente incapacitada se le impone la figura del tutor; de este modo, parece evidente que ya no hay correspondencia entre la incapacitación total y la tutela, ni entre la incapacitación parcial y la curatela. A juicio de este autor, lo realmente importante es que el juzgador concrete los ámbitos en los que la persona mantiene su gobierno, con el propósito de perfilar la institución de protección más adecuada para atender sus necesidades (aunque aprecia favorablemente que en estas resoluciones no se aluda a la «incapacitación total»); por consiguiente, exige la consabida gradación, que se incumple en un gran número de los ejemplos judiciales manejados en su estudio empírico. En nuestra opinión (al margen del recurrente empleo de inadmisibles expresiones genéricas), si bien en algunas de las resoluciones escrutadas por PALLARÉS se hace referencia a la «incapacitación parcial», más parece un eufemismo que una locución respetuosa con la realidad, pues se nombra a un tutor que sustituye en todos los campos al sujeto con discapacidad, quien solamente mantiene derechos políticos. A pesar de la realidad judicial que emerge en el estudio de PALLARÉS, hemos de hacer mención a la STS de 1 de julio de 2014, donde se contraponen la tutela y la curatela: la primera resulta circunscrita a los totalmente incapacitados (quienes, no obstante, conservan los derechos que solo puedan ejercitar por sí mismos, al haberlo establecido así el legislador o la propia resolución de incapacitación —los derechos personalísimos y el derecho de sufragio activo, respectivamente—); el ámbito de la curatela, en cambio, se ubica en la incapacitación parcial.

[19] En relación con este tema, *Vid.* GARCÍA PONS, A. (2013). El artículo 12 de la Convención de Nueva York de 2006 sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su impacto en el Derecho Civil de los Estados signatarios: el caso de España. *ADC*, fasc. I, 97. Este autor señala que la actuación y el esfuerzo tanto de la Fiscalía como de los jueces y tribunales ha propiciado que, en los últimos años, las resoluciones de modificación de la capacidad resulten más «humanas» y que se aplique la Convención. *Vid.,* también ALVENTOSA DEL RÍO, J. (2019). Modificación judicial de la capacidad de obrar como sistema de protección de las personas más vulnerables. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 10, febrero de 2019, 251 y 252.

[20] En el segundo párrafo de este artículo 1 se define a los destinatarios de la misma: *«Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás»*.

[21] *Vid.* CUENCA GÓMEZ, P. (2012). El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española. *REDUR*, núm. 10, diciembre 2012, 90. Sobre el valor jurídico de los Tratados y las Convenciones internacionales, *Vid.* GARCÍA PONS (2013, 63 a 65, y 98-103).

[22] *Vid.* el interesante relato sobre la elaboración de este Anteproyecto ofrecido por TORRES GARCÍA, T.F. (2018). Presentación. *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, julio-septiembre de 2018, Estudios, 1-3.

[23] *Vid.* CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL (2018). Dictamen 5/2018 Sobre el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad. Sesión Ordinaria del Pleno 24 de octubre de 2018 (disponible en http://www.

ces.es/documents/10180/5598063/Dic052018.pdf, consulta: 13 de junio de 2019). Según se resume en este Dictamen (pp. 21 y 22), el designio del Anteproyecto radica en el «reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, la provisión de acceso para dichas personas al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica, y la garantía de que las medidas relativas al ejercicio de dicha capacidad respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial».

[24] Sobre la utilidad de los poderes preventivos, *Vid.* PARRA LUCÁN, M.ª Á. (2019). La jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo en materia de protección de las personas con discapacidad (Conferencia dictada en el Colegio Notarial de Madrid, el 21 de febrero de 2019). *El Notario del siglo XXI*, núm. 85, mayo-junio de 2019, 159. En opinión de esta magistrada de la Sala Primera del Tribunal Supremo (y catedrática de Derecho Civil), estos poderes resultan muy provechosos, especialmente, si el sujeto goza de un entorno personal y familiar positivo, que le atienda en su ámbito personal a través de una guarda de hecho. Sin embargo, en la práctica, los Tribunales abordan escenarios patológicos, donde se evidencian supuestos de ejercicio abusivo de un poder tras la aparición de la discapacidad, pues el interesado carece desde ese momento de las condiciones adecuadas para controlar el ejercicio de dicho poder y reclamar la rendición de cuentas. En tales hipótesis, se pone de relieve «que un control *a posteriori* puede ser insuficiente y llegar demasiado tarde, dejando a la persona con discapacidad sin la debida protección que precisa». En el estado actual de nuestro ordenamiento, PARRA hace recaer en los notarios la valiosa tarea de asesorar en relación con el contenido de dichos poderes. A su modo de ver, nuestro legislador debería seguir la senda trazada por algunos ordenamientos de nuestro entorno, donde se requiere que se comunique al juez la situación de la discapacidad, con el propósito de que este aprecie si las medidas anticipadamente prevenidas por el interesado resultan suficientes, o, por el contrario, acuerde el sistema de apoyos más oportuno. Una perspectiva similar la hallamos en SANCHO GARGALLO, I. (2018). Sentido de la intervención judicial y del proceso civil en la determinación de la capacidad y de los apoyos necesarios para su ejercicio. En: M. Pereña Vicente (dir.), *La voluntad de la persona protegida. Oportunidades, riesgos y salvaguardias*. Madrid: Ed. Dykinson, 18, 24 y 25. Es interesante la opinión de MAGARIÑOS BLANCO, V. (2018). Comentarios al Anteproyecto de Ley para la reforma del Código civil sobre discapacidad. *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, julio-septiembre de 2018, Estudios, 200. Entiende este autor que la preferencia por las medidas preventivas es excesiva, y probablemente se deba al temor o poca confianza en la efectividad de la actuación de los Tribunales de manera compatible con las máximas de la Convención de Nueva York. Especialmente crítico con los poderes preventivos —que califica como un «falso santo» y un retroceso en la Historia— se muestra BOENTE, W. (2018). ¿Por qué resiste el Derecho? Pensamientos sobre el artículo 12 CRPD. En: M. Pereña Vicente (dir.), *La voluntad de la persona protegida. Oportunidades, riesgos y salvaguardias*. Madrid: Ed. Dykinson, 44 y 45.

[25] Los partidarios de los postulados del Comité entienden que el legislador español debería optar por nuevas figuras, de tal manera que quedara más patente la ruptura con el modelo anterior. En este sentido, CUENCA (2018). Reflexiones sobre el Anteproyecto de reforma de la legislación civil española en materia de capacidad jurídica de las personas con discapacidad. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 38, 2018, 92.

[26] MAGARIÑOS (2018, 201). Según este autor (2018, 203), la curatela siempre se verá afectada por la rigidez de los procedimientos judiciales, así como por problemas interpretativos en torno a su contenido, al no haberse previsto en el Anteproyecto las

distintas modalidades posibles de la misma. Por este motivo, propone la regulación de la figura de la «asistencia», a imagen de lo acontecido en Cataluña o en el *Codice* italiano. Ello evitaría verse forzado a acudir al instituto del defensor judicial, cuyo ámbito se amplía de modo excesivo y poco riguroso en el proyectado artículo 293 del Código civil (2018, 204 y 205).

[27] Sobre esta materia, *Vid.* PALLARÉS (2018). La revisión de las sentencias dictadas en el nuevo procedimiento de provisión de apoyos. *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, julio-septiembre de 2018, Estudios, 153-171. A su juicio (2018, 169), el plazo de tres años resulta excesivamente corto.

[28] Es la solución intermedia que manifestaba CHIMENO CANO, M. (2013). Problemas que suscita la designación y el seguimiento del guardador legal. En: S. de Salas Murillo (coord.), *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas*. Madrid: Ed. Dykinson, 118. También la contempla CAMPO IZQUIERDO, Á.L. (2014). Los procesos judiciales de capacidad a la luz de la Convención de Nueva York sobre derechos de las personas con discapacidad. *La Ley Derecho de Familia. Revista jurídica sobre familia y menores*, abril de 2014, núm. 2, 5.

[29] Denuncia el CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL (2018, 28) que en la modificación prevista en el Anteproyecto en relación con los artículos 46 a 51 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, se siguen empleando locuciones como *«suficiente madurez»*, *«suficiente juicio»* y otros similares. A su modo de ver, habrían de eliminarse tales expresiones, y adoptarse como criterio general el que exige la búsqueda de la voluntad de la persona con discapacidad; únicamente cuando «esto resultase imposible», debería tomarse la decisión procedente de manera razonada, y en ella se habrá de procurar alcanzar siempre «la mejor interpretación posible de la voluntad de la persona con discapacidad en los términos del artículo 12 de la Convención».

[30] Por ejemplo, en el artículo 283 del Código civil, según la modificación propuesta en el Anteproyecto, se establece el deber del curador de hacer inventario del patrimonio de la persona en cuyo favor se ha establecido el apoyo, cuando aquel ostenta *«facultades representativas»*. Por otra parte, se insiste en la posibilidad de conferir *«funciones de representación»* al curador en el artículo 285 del Código civil según el mismo texto, en el que se indica que, en tales hipótesis, el curador precisaría autorización judicial para llevar a cabo los actos que señale la propia resolución judicial, además de ofrecer un listado de actuaciones para las que, *«en todo caso»*, requerirá tal autorización; en contraposición, en el artículo 287 del Código civil se excluiría la necesidad de recabar la autorización judicial cuando la partición hereditaria o la división de la cosa común la efectúe *«el curador representativo»* (aunque una vez practicadas, sí se necesitará la aprobación judicial); en el mismo sentido se expresa el proyectado artículo 1060 del Código civil, aunque circunscrito a la partición hereditaria, donde se alude explícitamente al *«curador con facultades de representación»*. En el ámbito sucesorio, en el propuesto artículo 753 del Código civil se contempla la falta de efecto de la disposición testamentaria que se haya hecho a favor del tutor o *«curador representativo»* del testador, si dicha disposición no se ha hecho tras la extinción de la tutela o curatela (por consiguiente, parece que cuando el curador carece de facultades representativas no se halla afectado por esta causa de incapacidad relativa para suceder, ya que estas restricciones son de interpretación estricta). En el ámbito contractual, en la rescisión por lesión, nuevamente se hace mención a los *«curadores con facultades de representación»* en el proyectado artículo 1291.1.º del Código civil (también, en relación con el cómputo del plazo de caducidad de la acción rescisoria, se hablaría de *«personas con discapacidad provistas de medidas de apoyo que establezcan facultades de representación»* en el art. 1299 CC). En el marco del régimen de gananciales, se hace referencia al eventual nombramiento del cónyuge de la persona con discapacidad como curador con *«facultades de representación plena»* en el propuesto artículo 1387 del Código civil; en el artículo 1393 del Código civil, entre las causas que facultan a un cónyuge para solicitar al juez la extinción de la sociedad de gananciales, se encontraría que se hayan dispuesto

judicialmente *«medidas de apoyo que impliquen facultades de representación plena»* en relación con el otro consorte. También en las prohibiciones de adquirir del artículo 1459 del Código civil, en su número 1.º se haría mención a los curadores *«que representen»* a otras personas. En relación con los arrendamientos, en el proyectado artículo 1548 del Código civil se menciona al *«curador de la persona con discapacidad con facultades de representación»*. Entre los modos de extinguirse la sociedad, en el artículo 1700.4.º del Código civil se contemplaría el hecho de que en relación con alguno de los socios se hayan establecido medidas de apoyo *«que impliquen facultades de representación plena en la esfera patrimonial»*; en este mismo sentido, en el artículo 1732.2.º del Código civil se incluiría, como causa de extinción del mandato, el hecho de haberse establecido judicialmente sobre el mandatario *«medidas de apoyo que impliquen representación plena»*. En el artículo 1811 del Código civil, por su parte, se exigiría autorización judicial al *«curador con facultades de representación»*, para que pueda transigir sobre cuestiones referidas a los intereses de la persona *«cuya representación ostentan»*. Por cuanto se refiere a la responsabilidad civil, en el proyectado artículo 1903 del Código civil se indica que los *«curadores con facultades de representación plena»* responderán de los daños y perjuicios generados por la persona a quien presten apoyo, cuando convivan con ella.

[31] PAU PEDRÓN, A. (2018). De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código civil. *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, julio-septiembre de 2018, Estudios, 22.

[32] Aunque CUENCA (2018, 92 y 93) entiende que la regulación prevista en el Anteproyecto español resulta acorde, en principio, con la Convención, señala que el mantenimiento de la curatela con facultades representativas de «alcance general», para los «casos más graves de discapacidad», vulnera el artículo 12 de la Convención, que fuerza a prescindir de las medidas de sustitución en todos los casos. Por este motivo, dicha autora considera indispensable despejar ciertas dudas, añadir determinadas previsiones y alterar algunos aspectos del Anteproyecto, con el propósito de alcanzar su plena adecuación al modelo de apoyo y de impedir contradicciones internas. En su opinión (2018, 96), sí se adaptaría a la Convención la configuración de la curatela como un apoyo permanente judicialmente establecido, en consideración a las circunstancias del sujeto, personalizado, siempre que se concreten con precisión los actos que exigen la intervención del curador. Sin embargo, se muestra crítica y preocupada (2018, 97) por la alusión explícita al «curador representativo» en el artículo 287 del Código civil propuesto en el Anteproyecto, donde se le confiere a aquel un poder de representación de alcance general, más propio del modelo de sustitución. Aunque este sistema ha sido acogido en otros países, el Comité ha manifestado que no se ajusta a la Convención. En conclusión, CUENCA (2018, 99) juzga insuficiente el texto del Anteproyecto, al entender que no satisface todas las exigencias del modelo de apoyo previsto en la Convención.

[33] Cfr. https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/CRPD/Pages/CRPDIndex.aspx, consulta: 14 de junio de 2019.

[34] Según el artículo 35.1 y 2 de la Convención de Nueva York, el primer informe debe presentarse en el plazo de dos años desde la entrada en vigor dicha Convención en el Estado Parte, y, posteriormente, los Estados deben presentar nuevos informes —al menos, cada cuatro años—, así como cuando el Comité se lo requiera.

[35] *Vid.* SILLERO CROVETTO, B. (2015). ¿Constituye la curatela un mecanismo de apoyo adecuado tras la Convención de Nueva York? Posicionamiento jurisprudencial. *RCDI*, núm. 747, enero 2015, 389. En su opinión, no obstante haber sido ratificada hace varios años la Convención por nuestro país, la jurisprudencia española puede ser calificada como «tradicional y nada evolutiva». Esta misma locución es utilizada por VARELA AUTRÁN, B. (2013). Incapacidad. Curatela reinterpretada a la luz de la Convención sobre derechos de las personas con discapacidad firmada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. Comentario a la STS (Sala Primera) 617/2012, de 11 de octubre, Rec.

262/2012. *Diario La Ley*, núm. 8006, 22 de enero de 2013 (recurso electrónico accesible en «laleydigital»; LA LEY 19518/2012).

[36] Especialmente atinada nos parece la opinión vertida por ATIENZA (2016, 264), al denunciar que esta sentencia contenida en el punto 16 de la *Observación* de 2013 constituiría un «oxímoron», pues supondría que en algunos sujetos se darían unas circunstancias contradictorias: tendrían y no tendrían, al mismo tiempo, capacidad. Este autor recurre a la máxima lógica *ex falsu quasitur* (de lo falso deriva cualquier cosa), y señala que la aseveración del Comité conduce a entender que la incapacitación y la tutela resultan esencialmente ilegítimas, y que violentan la dignidad humana.

[37] Punto 25.b) *Observación* de 2013: «Todas las formas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica (incluidas las formas de apoyo más intenso) deben estar basadas en la voluntad y las preferencias de la persona, no en lo que se suponga que es su interés superior objetivo».

[38] *Vid.* SERRANO GARCÍA, I. (2015). ¿Tutela? ¿Apoyo para la toma de decisiones? Bettencourt, Sordi, di Stéfano. *RCDI*, núm. 751, septiembre 2015, 2589 y 2590. En opinión de este autor, la cuestión no radica en excluir el derecho a ser diferente, sino en ayudar y apoyar a quienes se hallan afectados por una «discapacidad *incapacitante*»; este apoyo, según su criterio, ha de englobar el eventual sometimiento a tutela. En esta misma línea, *Vid.* MAYOR DEL HOYO, M.ª V. (2014). La interrelación de los aspectos jurídico-civiles de la discapacidad y la minoridad: clave en la reforma de la discapacidad. *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2173, diciembre de 2014, 17 y 18. Según esta autora, aunque la modificación judicial de la capacidad propicie que el sujeto con discapacidad reciba un trato distinto al que se otorga a las demás personas mayores de edad, se le confiere el mismo trato que a aquellas personas que presentan su misma capacidad. Como explica esta autora, dado que en la capacidad natural de los sujetos influyen tanto la edad como determinadas discapacidades, se estaría tratando de igual modo a las personas que presentan las mismas condiciones, de tal forma que no cabría aducir desigualdad o discriminación. Parecidas reflexiones desarrolla MARTÍNEZ DE AGUIRRE (2013, 29 y 30).

[39] *Vid.* PEREÑA (2016, 150 y 151).

[40] *Vid.* ATIENZA (2016, 265 y 266).

[41] *Vid.* PARRA (2019, 158).

[42] *Vid.* MARTÍNEZ DE AGUIRRE (2013, 22 a 24).

[43] En este mismo sentido, *Vid.* DE PABLO CONTRERAS, P. (2010). La incapacitación en el marco de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad En: M. Yzquierdo Tolsada (dir.), *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil)*, vol. 3.º (2009). Madrid: Ed. Dykinson, 562. MUNAR BERNAT, P.A. (2018). La curatela: principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad. *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, julio-septiembre de 2018, Estudios, 123. Incluso PAU (2018, 6) admite que el ejercicio de la capacidad jurídica coincide con «lo que tradicionalmente se ha llamado capacidad de obrar». Sobre la necesidad de interpretación y adaptación del artículo 12 de la Convención a las categorías europeas de la dogmática civil, *Vid.* GARCÍA CANTERO, G. (2013). Reflexiones sobre la mejor regulación jurídico-privada de la discapacidad. En: S. de Salas Murillo (coord.), *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas*. Madrid: Ed. Dykinson (48 y 49). Defiende el mantenimiento de la distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, asimismo, CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, M.ª C. (2014). La figura de la incapacitación a la luz de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las personas con Discapacidad. Comentario a la sentencia núm. 282/2009 del TS, Sala Primera, de 29 de abril. *La Ley Derecho de Familia. Revista jurídica sobre familia y menores*, abril de 2014, núm. 2, 118.

[44] *Vid.* PEREÑA (2016, 152).

[45] Tal y como indica PEREÑA (2016, 165 y 166), no puede admitirse el presupuesto del que parte el Comité, en cuya virtud la autonomía de todos los sujetos con discapa-

cidad carece de límites, y, al mismo tiempo, asumir la compatibilidad de tal aseveración con lo preceptuado en el artículo 12 de la Convención, dado que en este se establece que dichas personas requieren «medidas pertinentes» y «salvaguardias» que eviten abusos, y que han de eliminarse las privaciones arbitrarias de sus bienes.

[46] *Vid.* MARTÍNEZ DE AGUIRRE (2013, 29).

[47] *Vid.* también ALVENTOSA (2019, 237); NÚÑEZ ZORRILLA (2014, 51).

[48] En su versión original: «Take a word of advice, even from three foot nothing. Try not to associate bodily defects with mental, my good friend, except for a solid reason»; «Trust me no more, but trust me no less, than you would trust a full-sized woman».

[49] En este punto 15, el Comité ofrece una visión descriptiva de estos eventuales apoyos: «Por ejemplo, las personas con discapacidad pueden escoger a una o más personas de apoyo en las que confíen que les ayuden a ejercer su capacidad jurídica para determinados tipos de decisiones, o pueden recurrir a otras formas de apoyo, como la ayuda mutua, la promoción (incluido el apoyo a la autopromoción) o la asistencia para comunicarse. El apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica puede incluir medidas relacionadas con el diseño y la accesibilidad universales (por ejemplo, una medida que exija a entidades privadas y públicas como los bancos y las instituciones financieras que ofrezcan información comprensible), a fin de que las personas con discapacidad puedan realizar los actos jurídicos necesarios para abrir una cuenta bancaria, celebrar contratos o llevar a cabo otras transacciones sociales. (El apoyo también puede constituir en la elaboración y el reconocimiento de métodos de comunicación distintos y no convencionales, especialmente para quienes utilizan formas de comunicación no verbales para expresar su voluntad y sus preferencias.)».

[50] ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (2019). Demencia. Publicado el 14 de mayo de 2019 (disponible en https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/dementia, consulta: 18 de junio de 2019). Según expone la OMS, los síntomas en esta fase tardía de la demencia incluyen: a) una creciente desubicación en el tiempo y en el espacio; b) dificultades para reconocer a familiares y amigos; c) una necesidad cada vez mayor de ayuda para el cuidado personal; d) dificultades para caminar; y e) alteraciones del comportamiento que pueden exacerbarse y desembocar en agresiones.

[51] Sobre este particular, *Vid.* MARTÍNEZ DE AGUIRRE (2013, 25).

[52] Como explica SERRANO GARCÍA (2015, 2603), el apoyo que requieren quienes carecen de la posibilidad de entender y de querer consiste, justamente, en su sustitución o representación. *Vid.* también MONDÉJAR PEÑA, M.ª I. (2015). La guarda de las personas con discapacidad intelectual a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. *RJUAM*, núm. 31, 2015-I, 396. A su modo de ver, la modificación de la capacidad no puede ser calificada como alienante o discriminatoria, y conviene insistir en que su relevancia radica en constituir el apoyo adecuado a las personas con discapacidad, para impedir perjuicios en su patrimonio y en su persona.

[53] En relación con esta sentencia, *Vid.,* v.gr., DE LA IGLESIA MONJE, M.ª I. (2018). El curador del mayor: Un apoyo a la persona con modificación parcial de la capacidad. *RCDI*, núm. 765, enero 2018, 450. Esta resolución ha sido posteriormente respaldada, por ejemplo, por las SSTS de 11 de octubre de 2012, de 15 de julio de 2015, de 16 de mayo de 2017, de 27 de septiembre de 2017 y de 8 de noviembre de 2017.

[54] Cfr., en este mismo sentido, GARCÍA CANTERO (2013, 50).

[55] Según se expresa en esta sentencia, nuestro Código civil —en referencia a la posibilidad de establecer una sustitución o representación— no transgrede los valores de la Convención de Nueva York, ya que la realidad que rodea a las personas que carecen de toda capacidad natural de entender y de querer justifica la adopción de tales medidas, como consecuencia de la necesidad de salvaguardia de sus intereses personales y patrimoniales.

[56] *Vid.* SERRANO GARCÍA (2015, 2593).

[57] MARTÍNEZ DE AGUIRRE (2013, 35 y 36) considera que el sistema todavía vigente en nuestro ordenamiento resulta compatible con la Convención de Nueva York,

pese a que su aplicación práctica ha evidenciado que no se trata del mejor régimen que cabría configurar, dada la inadmisible reiteración de «soluciones estereotipadas». A nuestro modo de ver, como expusimos con anterioridad, si bien nuestra regulación ha sido tradicionalmente aplicada con una inaceptable desidia e incorrección por parte de nuestros jueces y tribunales, se ha observado una brusca corrección en la jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal en los últimos años, que no ha hecho sino aplicar con acierto los preceptos ya presentes en el seno de nuestro ordenamiento interno, ubicar la tutela en un lugar realmente residual, y conferir un papel preponderante a la curatela.

[58] En esta misma senda, SALAS MURILLO, S. (2018). Significado jurídico del «apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica» de las personas con discapacidad: presente tras diez años de convención. *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 5/2018, parte Doctrina (recurso electrónico accesible en Aranzadi Instituciones, http://aranzadi.aranzadidigital.es; BIB 2018\8655). Esta autora entiende que, en estas circunstancias, no es viable aludir a una «voluntad presunta».

[59] *Vid.* SERRANO GARCÍA (2015, 2602).

[60] Señala GARCÍA CANTERO (2013, 55) que no cabe impedir que el juez declare la plena incapacidad de obrar del sujeto, en atención a las circunstancias reales inherentes a su discapacidad, ya que en nuestra sociedad se presentan hipótesis de discapacidades incapacitantes en grado severo. No obstante, aclara que la máxima que debe guiar siempre la decisión del juzgador no es otra que el beneficio de la persona con discapacidad (*Vid.* vigente art. 216 CC), «lo que está de acuerdo con el *respeto a los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona* (art. 12.4 Convención)». Tal previsión, en la práctica, conmina al juez a tomar en consideración la voluntad del sujeto afectado por la discapacidad tanto al declarar judicialmente el grado de modificación de su capacidad, como anteriormente (a través de la denominada autotutela y los mandatos preventivos) e, incluso, con posterioridad a la constitución de la tutela o curatela, «en cualquiera de sus fases». *Vid.* también la STS de 13 de mayo de 2015.

[61] Indica SERRANO GARCÍA (2015, 2601) que los *«convencionalistas»* anhelan erradicar de nuestro ordenamiento la representación legal del pupilo, ya que hay «*sustitución* de la personalidad» de este por su tutor, «como si el tutor en su deber representativo prescindiera en absoluto de la voluntad y deseos del tutelado, para imponer los suyos propios frente a los del sometido a tutela».

[62] Pese a que PAU (2018, 9) insiste en la preeminencia de la voluntad sobre el interés, reconoce que si dicha voluntad no puede expresarse ni reconstruirse, habrá de decidirse conforme al interés. Aunque este autor parece asumir fielmente los postulados del Comité, hemos de observar que, en este punto, sostiene una opinión incompatible con la de dicho organismo.

[63] PEREÑA (2018). La protección jurídica de adultos: el estándar de intervención y el estándar de actuación: entre el interés y la voluntad. En: M. Pereña Vicente (dir.), *La voluntad de la persona protegida. Oportunidades, riesgos y salvaguardias*. Madrid: Ed. Dykinson, 121-123.

[64] *Vid.* PEREÑA (2018, 127).

[65] *Vid.* PEREÑA (2018, 130 y 131).

[66] *Vid.* PEREÑA (2018, 138 a 140).

[67] Sobre la nulidad o anulabilidad de los actos celebrados por la persona con discapacidad, y la exclusión de su posible rescisión, *Vid.* ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, M. (2018). La eficacia de los contratos celebrados por las personas protegidas. En: M. Pereña Vicente (dir.), *La voluntad de la persona protegida. Oportunidades, riesgos y salvaguardias*. Madrid: Ed. Dykinson, 384.

[68] MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, J.A. (2018). La ineficacia de los actos jurídicos patrimoniales realizados por una persona con discapacidad a la luz de la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad. En: M. Pereña Vicente (dir.), *La voluntad de la persona protegida. Oportunidades, riesgos y salvaguardias*.

Madrid: Ed. Dykinson, 502 y 503. Aunque excede del objeto de este trabajo, entendemos que resulta interesante hacer una mera remisión al análisis crítico y a la propuesta que efectúa MESSÍA DE LA CERDA (2018, 505 a 509), en relación con las soluciones ofrecidas por dichas asociaciones en torno a la facultad de rescindir los actos llevados a cabo por los sujetos con discapacidad, cuando no hayan actuado con los apoyos que se hayan establecido como obligatorios, y se haya verificado un perjuicio superior a la cuarta parte del valor de los bienes entregados a cambio y el perjuicio provenga de la discapacidad.

[69] PEREÑA (2018, 139 y 140) confiere otra función al criterio del interés superior, al configurarlo como «moderador o límite de la voluntad claramente manifestada». En este sentido, dicho interés superior permitirá matizar o neutralizar tal voluntad en los casos en los que esta irrogue un grave daño a la persona. A modo de ejemplo, esta autora considera que cabría localizar el límite de la atención a la voluntad del sujeto en una decisión que le podría generar un perjuicio que le impediría, en lo sucesivo, «vivir conforme a lo que es su estilo de vida y preferencias y que no habría tomado, de acuerdo con sus parámetros, si hubiese tenido plenas facultades mentales». Asimismo, entiende que el «derecho a equivocarse» proclamado por el Comité —no por la Convención de Nueva York— podría dar lugar a una situación en la que se verían comprometidos dos principios que sí son consagrados en el texto supranacional: la autonomía y la dignidad. Por este motivo, en un magnífico ejercicio de interpretación sistemática, entiende que tales principios podrían operar como un palmario límite de la voluntad del sujeto con discapacidad: «por ejemplo, si una persona arriesga perder su única vivienda y con ello compromete sus posibilidades de tener una vivienda digna, que le permita vivir de forma autónoma e independiente». *Vid.* también la interesante exposición de WARD, A.D. (2018). Rights, empowerment and medical consent. The impact of article 12 of the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities. En: M. Pereña Vicente (dir.), *La voluntad de la persona protegida. Oportunidades, riesgos y salvaguardias*. Madrid: Ed. Dykinson, 372 y 373.

[70] STEDH (Sección 1.ª) de 23 de marzo de 2017: «In the light of the above mentioned findings, the Court is satisfied that the impugned decision was taken in the context of a mentor arrangement that had been based on, and tailored to, the specific individual circumstances of the applicant, and that the impugned decision was reached on the basis of a concrete and careful consideration of all the relevant aspects of the particular situation. In essence, the decision was not based on a qualification of the applicant as a person with a disability. Instead, the decision was based on the finding that, in this particular case, the disability was of a kind that, in terms of its effects on the applicant's cognitive skills, rendered the applicant unable to adequately understand the significance and the implications of the specific decision he wished to take, and that therefore, the applicant's well-being and interests required that the mentor arrangement be maintained».

[71] MONDÉJAR (2015, 378 y 380) llega a la siguiente conclusión (2015, 396): la guarda de hecho, realmente, ha de ser una «institución transitoria», aunque es posible que resulte suficiente para la protección de un anciano con discapacidad mental bajo ciertas condiciones personales. En relación con la guarda de hecho, PARRA (2019, 159) asevera que la insuficiencia de su regulación todavía vigente ha derivado en la «tramitación de procedimientos judiciales de modificación de la capacidad de obrar de personas que gozaban de suficiente apoyo familiar y que estaban atendidas en lo personal». El único propósito del planteamiento de estos procedimientos radica en alcanzar la posibilidad de llevar a cabo un acto de disposición patrimonial; se trata, con frecuencia, de obtener la facultad de enajenar un inmueble, para poder sufragar el coste inherente al cuidado de la persona con discapacidad. Una crítica similar se percibía en SANTOS URBANEJA (2004, 13 y 14). A esta realidad parece obedecer la redacción conferida a la segunda frase del artículo 303.1 del Código civil en virtud de la Ley de Jurisdicción Voluntaria del año 2015, que autoriza al juez a atribuir *«facultades tutelares a los guardadores»*, sin que resulte imprescindible abordar un procedimiento judicial referido a la capacidad de la

persona. Sin embargo, y pese a la escasa litigiosidad planteada en relación con la guarda de hecho, PARRA sostiene que no cabe prescindir de su control y supervisión, con el designio de erradicar los posibles abusos que puedan producirse (y que son rechazados por la Convención de Nueva York); en este sentido, la autora afirma que, pese a ser poco frecuentes, nuestro Alto Tribunal ha tenido ocasión de dictar resoluciones referidas a la invalidez de actos realizados por los guardadores de hecho. SANTOS URBANEJA (2004, 8) entendía que, en ocasiones, si bien habría «causa» para la incapacitación (v.gr., enfermo de Alzheimer en su última fase), podría no haber «motivo» para ella, al estar perfectamente atendido por su familia, de tal modo que la incapacitación se convertiría en un «mal innecesario». En su opinión, vertida antes de la elaboración de la Convención de Nueva York, para poder incapacitar a una persona, deberían concurrir tanto una causa como un motivo, de tal forma que dicha medida constituye un beneficio efectivo para ella que no quepa alcanzar a través de otros medios.

[72] *Vid.* CUENCA (2012, 72).

[73] *Vid.* ALEMANY (2018, 218 y 219).

[74] También ATIENZA (2016, 265 y 266). Indica SANCHO GARGALLO (2018, 17) que la protección jurídica de todo ser humano —que es titular de derechos fundamentales— se funda, precisamente, en el reconocimiento de su dignidad (*ex* art. 10 CE).

[75] *Vid.* MAYOR DEL HOYO (2014, 17).

[76] *Vid.* MARTÍNEZ DE AGUIRRE (2013, 24, 25 y 29).

[77] *Vid.* MAYOR DEL HOYO (2014, 9 y 10).

[78] En definitiva, según MAYOR DEL HOYO (2014, 12 a 14), las regulaciones que protegen a los menores y a las personas con discapacidad «comparten cimientos e instituciones», de tal modo que resulta inevitable que las alteraciones introducidas en las normas referidas a uno de estos colectivos repercutan en el otro. En este sentido, según señala esta autora, la abolición de las instituciones tutelares desestabilizaría e, incluso, destruiría el sistema tuitivo del menor, pues dicho régimen experimentaría una mutilación que vedaría la posibilidad de ofrecer a los menores una solución cuando no pueda haber patria potestad. Por consiguiente, la autora solicita una mayor calma y reflexión en el caso de decidir abordar, definitivamente, la reforma de la regulación de la discapacidad: la visión conjunta aportaría «luces ocultas tras una perspectiva parcial», impediría disfunciones e injusticias, y propiciaría el «trasvase bidireccional y la interrelación de medidas entre ambos sistemas, enriqueciéndolos y perfeccionándolos».

[79] SALAS MURILLO (2018) se hace eco de las dudas suscitadas en torno a la eventual admisibilidad de decisiones sustitutivas y su inclusión en el sistema de apoyos. En este sentido, la autora también indica que no resulta casual que todavía no se haya llevado a efecto la reforma de nuestro Código civil, a pesar de los apremiantes términos en los que se ha expresado el (en nuestra opinión, polémico y cuestionable) Comité. Según expone, la realidad ha colisionado con la complejidad jurídica y práctica de tal reforma, afectada por la falta de acuerdo de la comunidad científica y por considerables dificultades técnicas, «como la interrelación entre las regulaciones de la discapacidad y la minoridad». Como hemos señalado, no nos hallamos frente a una cuestión incontrovertible.

[80] ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL (2018). *Propuesta de Código civil*. Madrid: Ed. Tecnos, 106.

[81] *Vid.* BOTELLO HERMOSA, P. (2015). El refuerzo de la curatela como medio idóneo de adaptación del artículo 12 de la Convención ONU sobre derechos de personas con discapacidad al Ordenamiento jurídico español. *RCDI*, núm. 749, mayo 2015, 1364. Al hacer referencia al artículo 23.2, pone de relieve que la Convención no exige a los Estados la eliminación de la tutela, sino que la respeta y admite.

[82] *Vid.* MARTÍNEZ DE AGUIRRE (2013, 21 y 22).

[83] Según arguye SALAS MURILLO (2018), la realidad con la que nos topamos en la práctica dicta que las medidas de sustitución sean imprescindibles en ciertas hipótesis, aunque admite que no debe recurrirse a ellas con la acostumbrada frecuencia con la que

se venía haciendo en décadas anteriores. No obstante, la fuerza que ejerce la Convención de Nueva York deber forzar a desarrollar un control de las características que han de satisfacer tales medidas sustitutivas para estar completamente justificadas, así como a contemplar tanto supervisiones *a posteriori* que sancionen lo mal hecho como «toda una línea de formación previa y continuada para quienes están llamados a aplicar esas medidas».

[84] *Vid.* ALEMANY (2018, 218).

[85] En relación con esta cuestión, *Vid.* ATIENZA (2016, 263 y 264), quien se decanta por el concepto kantiano de la dignidad, opuesto a las concepciones totalitaria, religiosa y neoliberal de dicho término. La postura asumida por ATIENZA concibe a las personas como un fin en sí mismas, sin que quepa admitir su pertenencia a nadie; ni siquiera a «su portador».

[86] En contra de esta visión de las medidas sustitutivas, MONDÉJAR (2015, 396) señala que no son mecanismos discriminatorios ni atentatorios contra la libertad de los individuos, e invita a hacer un esfuerzo de difusión y publicidad sobre su verdadero significado, que no es otro que proporcionar a los afectados el pertinente apoyo que les evite perjuicios patrimoniales y personales.

[87] ALEMANY (2018, 218 y 219).

[88] En esta misma línea, *Vid.* WARD (2014). Abolition of all guardianship and mental health laws? *The Journal of the Law Society of Scotland*, 14 de abril de 2014 (http://www.journalonline.co.uk/Magazine/59-4/1013832.aspx, consulta: 21 de junio de 2019): «The UN Committee proposes to demand the abolition of all guardianship and mental health laws. That is not a requirement of the UN Convention. (…) That aspect is however likely to become prominent in due course with latest indications that the UN Committee remains disconnected from reality in its enthusiasm for what it sees as its own revolutionary ideas. One trusts that democratic accountability, including the requirements for open consultation and debate, will prevail. One fears that the aberrant conduct of this committee, pursuing its own line without obvious connection to the terms of the Convention under which it was established, and without any meaningful process of engagement and consultation such as would be normal at national level, will ultimately detract from the good which has been done, and the further potential to achieve more, of the human rights movement at international level (of which this author is a committed supporter)».

[89] *Vid.* CARRASCO (2018, 1).

[90] Afirma IMAZ (2018, 202 y 203) que el problema radica en el recurso abusivo a la institución de la tutela que se ha verificado durante décadas, no en la figura misma de la tutela. De hecho, entiende que las opciones ofrecidas por esta figura no son prescindibles.

[91] *Vid.* WARD (2014).

[92] En este mismo sentido, *Vid.* MUNAR (2018, 124), quien señala que «el apoyo» es la finalidad que se persigue, no la medida en sí misma.

[93] MOISDON-CHATAIGNER, S. (2018). De la volonté de la personne bénéficiant d'une mesure de protection: du paradoxe à la mise sous tension. En: M. Pereña Vicente (dir.), *La voluntad de la persona protegida. Oportunidades, riesgos y salvaguardias*. Madrid: Ed. Dykinson, 117. En opinión de esta autora, la revisión del sistema no debe conducir a la destrucción total de los modos de protección, porque la intervención de un tercero tiene un sentido real cuando las personas se hallan afectadas por una incapacidad total de comunicar su voluntad.

[94] *Vid.* PEREÑA (2016, 141).

[95] GARCÍA PONS (2013, 67 a 69).

[96] PEREÑA (2016, 151 y 152).

[97] V.gr., RECOVER BALBOA, T. (2014). Hacia la reforma del Código civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de discapacidad. En: M.ª C. García Garnica (dir.) y R. Rojo Álvarez-Manzaneda (coord.), *Nuevas perspectivas del tratamiento jurídico de la discapacidad y la dependencia*. Madrid: Ed. Dykinson, 27 a 29. Asimismo, en su condición de Abogada del Estado-Jefe en el Ministerio de Sanidad, BUEYO DÍEZ JALÓN, M.

El impacto de la Convención Internacional de las personas con discapacidad (recurso electrónico en el que no figura la fecha de publicación, disponible en https://www.discapnet.es/areas-tematicas/nuestros-derechos/tus-derechos-fondo/otros-temas/el-impacto-de-la-convencion, consulta: 14 de julio de 2019).

[98] V.gr., con carácter general —no ceñido al Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad—, FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C. (2009). La ejecución de sentencias y decisiones de Tribunales y Comités, 12 (recurso electrónico accesible en https://eciencia.urjc.es/bitstream/handle/10115/12685/Conferencia%20Escuela%20Diplom%C3%A1tica.doc?sequence=1&isAllowed=y, consulta: 15 de julio de 2019). *Vid.,* también, CUENCA (2012). La incidencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho interno: la interpretación del artículo 10.2 de la Constitución Española. *Revista de Estudios Jurídicos*, núm. 12/2012, Universidad de Jaén, 21-24.

[99] En relación con el valor jurídico y la relevancia de las recomendaciones contenidas en las *Observaciones* del Comité, *Vid.* GARCÍA PONS (2013, 119 y 120); GONZÁLEZ GARCÍA, J.M.ª (2008). ¿Son vinculantes los dictámenes del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas? Posición de los Tribunales españoles a propósito de un controvertido caso (sobre el derecho a la revisión de la condena penal por una instancia superior). En: E. Ferrer Mac-Gregor y A. Zaldívar Lelo de Larrea (coord.), *Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, T. IX. México: Ed. Marcial Pons, 113-119, y 130-133.

[100] *Vid.,* v.gr., RAMS ALBESA, J. (2011). Hombre y persona. Personalidad. Capacidad e incapacidad. Discapacidad y vejez (Reflexión sobre estos conceptos jurídicos esenciales, de ordinario tratados como lugares comunes) (1). *RCDI*, enero-febrero de 2011, núm. 723, 254.

[101] PEREÑA (2016, 145 y 146).

[102] CARRASCO (2018, 2 y 3) denuncia esta misma circunstancia en el Anteproyecto de Ley español. BLANCK (2018, 30 y 31) ofrece algún ejemplo interesante extraído de la experiencia jurisprudencial norteamericana, donde una mujer logra que se le reconozca su derecho a tomar sus propias decisiones a través del mecanismo del *supported decision-making*; sin embargo, entendemos que con la exposición de este caso no se desmiente la referida crítica, pues, pese a lo acertado de la resolución judicial, es obligado advertir que nos hallamos frente a una persona capaz de vivir independientemente, mantener relaciones de amistad e, incluso, trabajar. En estas circunstancias, evidentemente, la solución más atinada no reside en la incapacitación y la representación, sino en un sistema de medidas de apoyo. Otra respuesta merecen, en nuestra opinión, las hipótesis donde se presenta una ausencia plena de capacidad natural o de autogobierno.

[103] ALEMANY (2018, 219 a 221).

[104] Cfr., asimismo, ATIENZA (2016, 264 y 265). De hecho, RAMS (2011, 283) mantiene la tesis de que la Convención de Nueva York, en realidad, ciñe su ámbito objetivo exclusivamente a las discapacidades que requieren curatela como regla general, adaptada a la persona; en cambio, según este autor (2011, 251 a 256, 287 y 288), el citado texto supranacional no trataría de la «incapacidad», en la que sería pertinente mantener la incapacitación y la tutela (2011, 290): esta figura, «discernida con sumo cuidado y con respeto pleno a las leyes y a la dignidad debida a las personas y más para aquellas que no pueden defenderse por sí mismas, tiene y debe tener el valor propio de un acto de defensa del incapaz». En esta misma senda, SERRANO GARCÍA (2015, 2590 y 2591).

[105] En consonancia con este pensamiento, *Vid.* CANIMAS BRUGUÉ, J. (2016). Decidir por el otro a veces es necesario. En: La incapacitación, reflexiones sobre la posición de Naciones Unidas. *Cuadernos de la Fundació Víctor Grífols i Lucas*, núm. 39, 22. Explica este autor que las restricciones de la libertad de actuación de las personas «en aras a su propio bien», por fortuna, se han reducido de manera progresiva. No obstante —señala—, incluso «los liberales más radicales» consideran irresponsable la absoluta erradicación de dichas limitaciones a la libertad. Por su parte, SALAS MURILLO (2018), en colisión con

el ideario neoliberal extremo, rechaza que pueda reducirse la discapacidad a la imposición de barreras por la sociedad. En su opinión, vedar las figuras representativas supondría que un considerable segmento de los sujetos con discapacidad, que en la actualidad disfrutan de «una vida digna gracias a ellas», quedara desprotegido.

[106] WARD (2014).

[107] MAYOR DEL HOYO (2014, 19), pese a entender que el legislador debe respetar la autonomía del sujeto con discapacidad, estima que patrocinar ilimitadamente tal autonomía en determinados casos puede acarrear «un efecto distinto o contrario al legítimamente pretendido». Por su parte, MARTÍNEZ DE AGUIRRE (2013, 28), pone de relieve que la concesión de plena capacidad de obrar a quienes sufren una discapacidad psíquica severa, «como si no padecieran esa discapacidad», resultaría pernicioso para ellos, pues no adoptarían las decisiones necesarias, o sus determinaciones podrían ser claramente perjudiciales para sus propios intereses. Parecida postura sostiene WARD (2014). Es interesante la opinión de GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (2018). Algunas consideraciones sobre el consentimiento de las personas con discapacidad mental e intelectual. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 11, 2018, parte Legislación, Comentarios (recurso electrónico accesible en Aranzadi Instituciones, BIB 2018\13987). Esta autora distingue la respuesta legislativa que ha de darse a la actuación de las personas con discapacidad en el tráfico patrimonial y en el resto de ámbitos. Por cuanto al primero de ellos se refiere, considera que no cabe obviar que el «consentimiento» constituye un requisito básico para la perfección del contrato. Como consecuencia de ello, entiende que debe reformarse nuestro ordenamiento para incluir en el artículo 1263 del Código civil —tal y como se ha efectuado para los menores, al contemplar su capacidad gradual— el reconocimiento de la capacidad conservada, de tal modo que, como regla general, para expresar el consentimiento de la persona con discapacidad, se exija la determinada en la sentencia y, en lo no contemplado en ella, se reconozca su capacidad para consentir. Así pues, la presunción de capacidad inherente a los mayores de edad únicamente quebraría «respecto de lo determinado en la sentencia de modificación de la capacidad».

[108] En este mismo sentido, SANCHO GARGALLO (2018, 17).

[109] WARD (2018). Enabling Citizens to Plan for Incapacity. En: 5th World Congress on Adult Guardianship, General Session II on Wednesday 24 th October 2018. Seúl (pp. 1 a 14) (http://www.mentalcapacitylawandpolicy.org.uk/wp-content/uploads/2018/11/Enabling-Citizens-to-Plan-for-Incapacity.pdf, consulta: 2 de julio de 2019). Se muestra partidario —a lo largo de dicho trabajo— de las «voluntary measures» («continuing power of attorney» y «advance directive»), si bien admite su coexistencia con las «involuntary measures», aunque propone (2018, 14) que los Estados revisen si estas satisfacen los requisitos internacionales de los Derechos Humanos y si reprimen la adopción de medidas voluntarias.

[110] Como se afirma en la celebérrima STS de 29 de abril de 2009, «se le proporciona un sistema de protección, no de exclusión». A juicio de CANIMAS (2016, 26), las limitaciones de la capacidad de obrar suponen medidas tuitivas para sus derechos, y no instrumentos de pérdida de estos. Según este autor, legitiman «decisiones sustitutivas objetivas que resuelven correctamente conflictos entre derechos fundamentales (interés superior), no decisiones sustitutivas subjetivas que se sitúan en el ámbito de la moral de máximos, de las distintas concepciones del bien que conforman la pluralidad y diversidad cultural y moral que debe respetarse o tolerarse». No obstante lo anterior, dichas medidas deben resultar personalizadas, y llevar consigo, únicamente, la limitación mínima e imprescindible: «debe identificarse tan concretamente como sea posible y razonable».

[111] CANIMAS (2016, 24 y 25).

[112] En esta línea, *Vid.* MARTÍNEZ DE AGUIRRE (2013, 26). Este autor (2013, 30) señala que tratar de erradicar los mecanismos judiciales de limitación de la capacidad de obrar resulta excesivo, y en muchas ocasiones obedece, exclusivamente, a las connotaciones peyorativas que afectan al vocablo «incapacitación».

[113] En este mismo sentido, MARTÍNEZ DE AGUIRRE (2013, 32 a 34) pone de manifiesto que la modificación de la capacidad sería, en estos casos, la «proporcionada» con la carencia de capacidad natural de autogobierno del afectado: es el único mecanismo que posibilita, en estas hipótesis más graves, que se adopten las decisiones que han de ser tomadas. *Vid.,* entre otros, RAMS (2011, 254 y 290) y BOTELLO (2015, 1371). PEREÑA (2016, 144 y 145) rechaza una supuesta exégesis literal de la Convención donde, justamente, se obvia la letra de la norma, y que ha engendrado «un axioma simplista en el que se ha tomado la parte por el todo». La exclusión de las figuras de sustitución en las hipótesis de discapacidades incapacitantes más severas supondría una palmaria transgresión de los objetivos de la Convención, pues en estos supuestos la representación emerge como la única vía para hacer posible el ejercicio de su capacidad jurídica. PEREÑA plantea una incisiva y oportuna pregunta, como culminación de su argumentación: «¿De qué valdría tener capacidad jurídica si las circunstancias son tales que no es posible otro ejercicio de esa capacidad más que a través de una representación que resultaría prohibida si se sigue esa interpretación?».

[114] MARTÍNEZ DE AGUIRRE (2013, 32 a 34).

[115] *Vid.* también PEREÑA (2016, 146); MUNAR (2018, 124); BERROCAL LANZAROT, A.I. (2014). La autonomía de la voluntad y los instrumentos de protección de las personas discapacitadas. *La Ley Derecho de Familia. Revista jurídica sobre familia y menores*, abril de 2014, núm. 2, 27; CAZORLA (2014, 118) pone el acento sobre los sujetos que se hallen en estado de coma o en estado vegetativo; especialmente luminosa nos parece la explicación ofrecida por PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C. (2009). La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y el sistema español de modificación de la capacidad de obrar. *Derecho Privado y Constitución*, enero-diciembre de 2009, núm. 23, 349 y 350.

[116] DE PABLO CONTRERAS (2010, 569 y 575).

[117] Una actitud similar a la apreciada en el Ministerio Fiscal puede advertirse en VARELA (2009). La tutela, ante la Convención. *Revista Escritura Pública*, núm. 60, noviembre-diciembre de 2009, 69. Este autor considera que la Convención excluye, en principio, la incapacitación, si bien manifiesta su incertidumbre en torno a la forma en la que se solucionarán, en último término, las hipótesis en las que la severidad de la discapacidad impide al afectado manifestar su voluntad. Una opinión diferente —con la que coincidimos— es expresada por SERRANO GARCÍA (2015, 2603), cuando indica que el «papel lo resiste todo. […] cosa distinta es que lo escrito sea cierto». A su modo de ver, en estos supuestos extremos, el «apoyo» debe consistir, precisamente, en la representación.

[118] Sobre este particular, resulta interesante reproducir las palabras de WARD (2014): «The proposed shift towards a fiction that everyone is capable of acting and deciding validly, and so as to promote and safeguard their own rights, interests and welfare, when this simply does not accord with reality in many cases, is to revert to a world in which the disabilities of some people are disregarded, with the consequence that their rights, interests and welfare will not be adequately promoted and safeguarded. The proposals in the Draft Comment will inevitably result in breaches of human rights. They are regressive».

[119] PARRA (2019, 159).

[120] MARTÍNEZ DE AGUIRRE (2013, 37 y 38).

[121] Es interesante, en parecidos términos, la opinión de CARRASCO (2018, 4 y 5).

[122] CARRASCO (2018, 3 y 4).

[123] En parecidos términos, v.gr., MONDÉJAR (2015, 373, 375 y 376); PÉREZ DE ONTIVEROS (2009, 362).

[124] La STS de 22 de junio de 1950 se remite a la «doctrina de tradición multisecular, que admite que se puede ir incluso contra el sentido claro e inequívoco de las palabras cuando las circunstancias especiales del caso llevan a estimar que no está comprendido en la mente y la intención del legislador».

[125] LACRUZ BERDEJO, J.L. (1998). *Elementos de Derecho Civil.* T. I. Parte General. Vol. 1. Madrid: Ed. Dykinson, 235.

[126] Dentro de la jurisprudencia española, acude explícitamente a este brocardo latino, por ejemplo, la SAP de Madrid (Secc. 10.ª), de 30 de enero de 2012: «En todo caso, cuando se manejan estos conceptos [se refiere al caso fortuito y la fuerza mayor], hay que atender a lo que con ello quiere decirse, prescindiendo de los equívocos nominalistas de sus significantes (nomem) y atendiendo a su verdadero significado (caro), porque, *scire leges non hoc est, verba earum tenere, sed vim ac potestatem* (Celso, D. 1, 3, 17)». Se reitera esta alusión en las SSAP de Madrid (Secc. 10.ª) de 21 de marzo de 2012 y de 15 de junio de 2012.

[127] GOETHE, J. W. (1842). Goethe's Nachgelassene Werke. Vol. 16. En: Goethe's Werke. Vollständige Ausgabe letzter Hand, vol, 56. Stuttgart y Tübingen: J. G. Cotta'schen Verlag, 136.

[128] Entre otros, cfr. ÁLVAREZ LATA, N., y SEOANE, J.A. (2010). El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad. Una revisión de los modelos de representación y guarda a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. *Derecho Privado y Constitución*, núm. 24, enero-diciembre de 2010, 62. GARCÍA PONS (2013, 127, 130, 131, 142 y 143). SANTOS URBANEJA (2009, 7 y 10). VIVAS TESÓN, I. (2012). *Más allá de la capacidad de entender y querer… Un análisis de la figura italiana de la administración de apoyo y una propuesta de reforma del sistema tuitivo español*. Badajoz: FUTUEX-Fundación para la promoción y apoyo a las personas con discapacidad, Observatorio estatal de la Discapacidad, 85 y 86. Una opinión equiparable a la de estos autores, aunque con reservas más acusadas, la podemos encontrar en DE ASÍS ROIG, R., BARRANCO AVILÉS, M.ª C., CUENCA GÓMEZ, P. y PALACIOS RIZZO, A. (2010). Algunas reflexiones generales sobre el impacto de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad en el Derecho español. En: P. Cuenca Gómez (ed.), *Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el Ordenamiento Jurídico español*. Madrid: Ed. Dykinson, 31.

[129] CUENCA (2018, 89).

[130] IMAZ (2018, 202 y 166).

[131] Cfr., v.gr., MINISTERIO DE JUSTICIA (2010). Documento de trabajo elaborado por el Ministerio de Justicia sobre la posible reforma del Código civil, del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal y de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil en materia de modificación judicial de la capacidad y de las medidas de protección y apoyo de menores y de personas con capacidad modificada judicialmente (recurso electrónico disponible en http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Foro-Justicia-y-Discapacidad/Actividades/Actividades-destacables/Documento-de-trabajo-sobre-la-posible-reforma-del-Codigo-civil--del-Estatuto-Organico-del-Ministerio-Fiscal-y-de-la-Ley-1-2000-de-Enjuiciamiento-Civil-en-materia-de-modificacion-judicial-de-la-capacidad-y-de-las-medidas-de-proteccion-y-apoyo-de-menores-y-de-personas-con-capacidad-modificada-judicialmente--2010-, consulta: 4 de julio de 2019).

[132] REAL PATRONATO SOBRE DISCAPACIDAD (2012). Propuesta articulada de reforma del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil para su adecuación al artículo 12 de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad, 21 y 22 (recurso electrónico disponible en https://www.notariosyregistradores.com/AULASOCIAL/2013-PropuestaModificacionCCLEC.pdf, consulta: 4 de julio de 2019).

[133] ATIENZA (2016, 226).

[134] Tal y como denuncia ALEMANY (2018, 220).

(Trabajo recibido el 2-8-2019 y aceptado para su publicación el 7-11-2019)

Culpa e incumplimiento contractual: del Código civil al moderno Derecho de contratos. Especial referencia a los contratos de prestación de servicios*

Non-performance and fault: from the Spanish Civil Code to modern Contract Law. Special reference to contracts for the supply of services

por

M.ª ASUNCIÓN ESTEVE PARDO
Profesora Agregada. Universidad de Barcelona

RESUMEN: Este trabajo tiene como objeto analizar la relevancia de la culpa en nuestro sistema para determinar el incumplimiento de contratos y la responsabilidad del deudor de indemnizar, frente a la noción neutra de incumplimiento contractual del moderno Derecho de contratos. Se centra en el estudio de la doctrina del Tribunal Supremo sobre incumplimiento de contratos de prestaciones de servicios que han producido daños al acreedor. La finalidad de este análisis es identificar el papel de la culpa en la noción de incumplimiento contractual que subyace en estas sentencias. A lo largo del trabajo, se compara la noción «subjetiva» de incumplimiento de los

* Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación DER2017-84947-P del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad.

contratos de obligaciones de medios con la noción «objetiva» de incumplimiento de los contratos de obligaciones de resultado, en la doctrina del Tribunal Supremo, para concluir su posible conciliación o conflicto con la noción única y neutra de incumplimiento para todo tipo de contratos que incorporan la Convención de Viena, los Principios UNIDROIT y PECL y la Propuesta para la Modernización del Derecho de contratos.

ABSTRACT: This article aims to contrast the relevance of «fault» in our legal system regarding non-performance of contracts with the neutral notion of non-performance in modern contract law. In particular, the article analyzes the Spanish Supreme Court's doctrine on non-performance and the right to damages, in cases of contracts for the supply of services. The main focus of the article is to try and identify the different criteria the Supreme Court uses to determine non-performance of «the duty of best efforts» (based on debtor's fault), and contrasts this with the non-performance of «the duty to achieve a specific result» (based on failure to achieve the result). The final goal of the article is to show how these two different approaches to non-performance can be harmonized with the unitary and neutral concept of non-performance settled in the Vienna Convention of International Sales of Goods, the UNIDROIT Principles, the Principles of European Contract Law, and the Spanish Proposal for Modernization of the Spanish Civil Code.

PALABRAS CLAVE: Incumplimiento de contrato. Contratos de prestación de servicios. Diligencia. Modelo de conducta. Culpa. Daños. Responsabilidad contractual. Indemnización. Moderno Derecho de contratos.

KEY WORDS: Non-performance. Contracts for the supply of services. Diligence. Standard of conduct. Fault. Damages. Contractual liability. Compensation. Modern Contract Law.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: 1. Estado de la cuestión. 2. Metodología empleada.—II. INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO EN EL CÓDIGO CIVIL Y EN EL MODERNO DERECHO DE CONTRATOS: 1. Incumplimiento contractual en el Código civil. 2. Noción de incumplimiento contractual en el moderno Derecho de contratos.—III. DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL DE PRESTACIONES DE SERVICIOS: 1. La distinción entre incumplimiento contractual de obligaciones de medios y resultado: 2. Criterios del Tribunal Supremo para determinar el incumplimiento de contratos de prestaciones de servicios: *A. Falta de diligencia*

del deudor al ejecutar la prestación contractual: a) Contratos de prestación de servicios jurídicos. b) Contratos con empresas de tasación. c) Contratos de servicios médicos. *B. Falta de diligencia del deudor en cumplir los deberes de cuidado:* a) Deberes de cuidado en los contratos de transporte. b) Deberes de cuidado en los contratos de prestación de servicios médicos. c) Omisión por el deudor del deber de informar sobre los riesgos.—IV. COMPARACIÓN CON LA NOCIÓN DE INCUMPLIMIENTO EN EL MODERNO DERECHO DE CONTRATOS.—V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

El objeto de este trabajo es analizar los criterios que aplica el Tribunal Supremo (TS) para determinar la obligación del deudor contractual de indemnizar los daños derivados de un incumplimiento de contrato. Se centra en el estudio de sentencias del Tribunal Supremo sobre reclamación de indemnización por la prestación defectuosa de contratos de servicios, que han causado daños en la persona o bienes de sus clientes o usuarios. El análisis de esta jurisprudencia se hace con referencia a las disposiciones contenidas en los principales convenios y principios internacionales adoptados en materia de Derecho de contratos en los últimos años por necesidades del comercio transfronterizo. Se trata del denominado moderno Derecho de contratos que comprende, principalmente, la Convención de Viena[1], los principios UNIDROIT[2] y PECL[3] y la «Propuesta para la Modernización del Derecho de obligaciones y contratos»[4].

El propósito de este análisis es tratar de identificar la noción de incumplimiento contractual que subyace en estas sentencias y si los criterios de atribución del remedio indemnizatorio solo se basan en la culpa del deudor o atienden también a criterios objetivos. El fin último de este trabajo es concluir si la jurisprudencia del Tribunal Supremo es o no compatible con la noción neutra y única de incumplimiento contractual del moderno Derecho de contratos y con sus criterios objetivos de atribución de los remedios.

1. Estado de la cuestión

Como es sabido, el papel de la culpa en la responsabilidad contractual ha sido una de las cuestiones más debatidas en nuestra doctrina. La culpa del deudor ocupa un lugar destacado en la parte general de las obligaciones del Código civil. Cuenta con una definición legal y con unos criterios para su determinación en el artículo 1104 del Código civil. Es, junto al dolo, uno de los fundamentos de la obligación de indemnizar del artículo 1101

del Código civil. Puede ser moderada por los tribunales, de acuerdo con el artículo 1103 del Código civil. Otros artículos del Código civil omiten, en cambio, cualquier referencia a la culpa del deudor en materia de responsabilidad contractual, como ocurre con el artículo 1107 del Código civil, que determina la extensión de la obligación de indemnizar, o con el artículo 1124 del Código civil, que reconoce el derecho del acreedor a resolver el contrato y a exigir una indemnización, sin mencionar la culpa. Tampoco se menciona a la culpa en la acción de cumplimiento de los artículos 1096 y 1098 del Código civil.

Esta dispersa regulación de la culpa en el Código civil ha generado una notable dificultad para aclarar su función en materia de incumplimiento contractual y de responsabilidad del deudor. Los esfuerzos por parte de destacados civilistas de nuestro país por buscar la coherencia interna y la sistematización de la regulación de la responsabilidad contractual en el Código civil han contribuido a dar respuesta a cuestiones fundamentales, no aclaradas en el propio Código, como la incidencia de la diligencia sobre el contenido de la relación obligatoria o la función de la culpa del deudor en el incumplimiento de los contratos y en la responsabilidad contractual del deudor. Destacan, en esta materia, entre otras, las aportaciones de los profesores DÍEZ-PICAZO, MORALES, BADOSA y PANTALEÓN[5].

Como señaló DÍEZ-PICAZO (2003, 1571), nunca hemos tenido claro si el sistema de responsabilidad del deudor contractual del Código civil acoge un sistema subjetivista fundado en la imputabilidad o culpa, o bien se trata de un sistema con alguna caída hacia el objetivismo de manera que el deudor contractual responde del incumplimiento salvo que existan razones especiales para que quede exonerado. Al respecto, indica la Exposición de Motivos de la «Propuesta para la Modernización del Derecho de obligaciones y contratos» que el tratamiento de los incumplimientos contractuales en los códigos decimonónicos ha resultado insuficiente en la práctica jurídica a lo largo de muchos años y abrió un debate nunca resuelto en torno a la responsabilidad contractual sobre si esta es de índole culpabilística y se funda en la culpa del deudor o presenta algunos rasgos de objetivación[6].

Las deficiencias de la regulación del incumplimiento contractual y de sus remedios en nuestro sistema contrastan con el moderno Derecho de contratos, que incorpora una noción neutra de incumplimiento contractual, al margen de la conducta negligente o culpable del deudor, y un conjunto de remedios propios de la responsabilidad contractual. Se afirma, al respecto, que la Convención de Viena ha introducido un concepto único y articulado de incumplimiento contractual que genera un sistema de remedios sin tener en cuenta la culpa del deudor, lo que implica un sistema de responsabilidad objetiva (MORALES MORENO, 2006-B, 213-214). Los

Principios UNIDROIT y los PECL han incorporado esta misma noción neutra de incumplimiento, que engloba toda manifestación de inejecución de la obligación, sin interesar que el deudor se halle o no exonerado de responsabilidad (VIDAL OLIVARES, 2011, 261). También la «Propuesta para la Modernización del Derecho de obligaciones y contratos» ha incorporado esta concepción neutra del incumplimiento contractual desde el punto de vista de la imputación subjetiva al deudor. Basta constatar que ha habido una divergencia entre lo materialmente ejecutado y lo diseñado y exigible según el contrato, para que pueda decirse que el deudor ha incumplido (FENOY PICÓN, 2010, 70).

Las insuficiencias de nuestro Código civil en la regulación de los incumplimientos contractuales y sus remedios han quedado reflejadas en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. No obstante, se advierte en esta jurisprudencia un proceso de evolución en la concepción de los incumplimientos contractuales, en la línea del moderno Derecho de contratos. Se ha destacado que la doctrina del Tribunal Supremo se ha inclinado, recientemente, hacia un concepto objetivo del incumplimiento contractual, en virtud del cual su existencia no viene determinada por la concurrencia de culpa o negligencia en la omisión o defectuosa realización de sus prestaciones por parte del deudor, sino por lo que se ha denominado en nuestro país «la frustración del fin del contrato» (XIOL RÍOS, 2013, 208). Esta idea de «frustración del fin contrato» es equivalente a la noción de «insatisfacción del interés del acreedor», y es propia del nuevo modelo de responsabilidad contractual.

Sin embargo, y como se expondrá en este trabajo, abundante jurisprudencia del Tribunal Supremo sigue exigiendo la culpa del deudor para admitir el remedio indemnizatorio en los contratos de prestaciones de servicios. Esta línea jurisprudencial se aprecia en sentencias sobre demandas interpuestas por usuarios de servicios, que han sido prestados por el deudor contractual de forma defectuosa, y que han producido un efecto dañoso en el acreedor, ya sea en su persona o en sus bienes. Se trata de demandas de reclamación de cantidad: el demandante solicita que se declare la responsabilidad del deudor y que se le condene a indemnizarle el daño.

En estos casos, el Tribunal Supremo aplica los criterios de culpa y causalidad para determinar el remedio indemnizatorio. La lectura de estas sentencias pone de manifiesto algo que ocurre en nuestra jurisprudencia: el Tribunal Supremo se refiere, en muchos de estos casos, a la responsabilidad del deudor, sin calificar dicha responsabilidad como contractual o extracontractual. Ello es debido a que, como indica nuestra doctrina, la elaboración de la Teoría general de las obligaciones por parte de los juristas del *Civil law* ha generado la equivocada idea de que los principios que vertebran la responsabilidad del deudor son los mismos, con independencia de que la obligación incumplida haya nacido o no de contrato (PANTALEÓN PRIETO, 1991, 1019).

Profundizando en el análisis de estas sentencias, observamos, además, que las demandas que reclaman indemnización por incumplimiento de contratos de prestación de servicios, se apoyan, fundamentalmente, en el artículo 1101 del Código civil, según el cual, «quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquella», de modo que la obligación de indemnizar surge de la culpa, —entendida como la infracción imputable al deudor de la diligencia jurídicamente exigible en la obligación de que se trate—, y de la existencia de unos daños que sean efecto material de la infracción de la obligación (BADOSA COLL, 1987, 726-727), es decir, sin referencia al contrato. Ello explica que, en la doctrina del Tribunal Supremo sobre responsabilidad contractual de contratos de prestaciones de servicios, el remedio indemnizatorio por incumplimiento de contrato quede más vinculado a la idea de culpa, que al propio incumplimiento contractual.

Esta jurisprudencia, referida a los incumplimientos contractuales de contratos de prestaciones de servicios, plantea una serie de cuestiones que adquieren especial relevancia en el debate, actualmente planteado en nuestra doctrina, sobre la necesidad de actualizar la noción de incumplimiento contractual y sus remedios: ¿Qué noción de incumplimiento contractual maneja el Tribunal Supremo en estas sentencias? ¿Es contradictoria con la noción de incumplimiento de contrato de obligaciones de resultado? ¿Es compatible esta doctrina del Tribunal Supremo con la noción unitaria y neutra de incumplimiento contractual que incorpora el moderno Derecho de contratos para todo tipo de contratos?

2. Metodología empleada

Puesto que el principal objetivo de este trabajo es identificar el papel de la culpa en la doctrina del Tribunal Supremo para determinar el incumplimiento contractual de los contratos de prestación de servicios y la pretensión indemnizatoria, la mayor parte de este trabajo se centra en el análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre esta materia. En especial, he seleccionado y estudiado sentencias del Tribunal Supremo sobre reclamación de indemnización por cumplimiento defectuoso de contratos de servicios en diferentes ámbitos y he analizado supuestos de incumplimiento de contratos de servicios jurídicos y médicos, contratos de transporte, contratos de servicios de empresas de tasación, de seguridad, etc. Este análisis jurisprudencial se ha complementado con referencias a las principales obras de nuestra doctrina en materia de incumplimiento de contrato, culpa y responsabilidad contractual[7].

Para el estudio de la noción de incumplimiento contractual en el moderno Derecho de contratos he trabajado con los principales Comentarios,

tanto de nuestra doctrina como de la doctrina comparada, a la Convención de Viena[8], a los principios UNIDROIT[9] y a los PECL[10]. Asimismo, he consultado doctrina comparada sobre el papel de la culpa en el incumplimiento contractual en países de nuestro entorno, principalmente, en Reino Unido y Francia[11]. También añado referencias a la configuración de los deberes contractuales en el Derecho alemán de obligaciones.

II. INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO EN EL CÓDIGO CIVIL Y EN EL MODERNO DERECHO DE CONTRATOS

1. Incumplimiento contractual en el Código civil

Nuestro Código civil no define el incumplimiento de contrato, pero la noción de incumplimiento puede inferirse de su concepción del contrato y del contenido de la relación obligatoria. El Código civil español sigue el modelo de contrato propio de los denominados sistemas continentales (latinos o germánicos), que conciben el contrato como un vínculo jurídico que genera deberes; la *lex contractus,* en palabras de LARENZ, es «primariamente, una norma de conducta, según la cual tiene que dirigir su actuación el obligado» (MORALES MORENO, 2006-B, 208-209). Del contrato surgen relaciones obligatorias que imponen deberes de conducta: el deber de prestación (dar, hacer o no hacer alguna cosa, art. 1088 CC) y, junto con él, otros deberes accesorios (MORALES MORENO, 2006-A, 19).

En esta misma línea, el Código civil alemán recoge en su § 241 los deberes de la relación obligatoria, estableciendo en el § 241 (1) que, en virtud de la relación obligatoria, el acreedor está legitimado para «reclamar una prestación del deudor», pero el § 241 (2) señala que, además, la relación obligatoria, de acuerdo con su contenido, «puede obligar a cada parte a respetar los derechos, bienes jurídicos e intereses de la otra parte»[12]. Se trata de los deberes accesorios de contenido no prestacional (ALBIEZ DOHRMANN, 2018, 74), esto es, los deberes complementarios de información, protección o seguridad que impone la relación jurídica (VATTIER FUENZALIDA, 2005, 66). Por ejemplo, el deber del transportista de cuidar los bienes o personas que utilizan sus servicios, el deber de un médico de informar al paciente sobre los riesgos de un tratamiento, el cuidado con que el deudor debe reparar los bienes del acreedor, etcétera.

Ha indicado nuestra doctrina que, de acuerdo con el Código civil, pesan sobre el deudor, además de la prestación de dar, hacer o no hacer, otras actividades igualmente no discrecionales (aunque no en el mismo modo o sentido de la prestación), entre las que la diligencia es la más importante, ya que una obligación en la que no existiera la carga de la diligencia en

el cumplimiento (art. 1104 CC) o en la conservación de la cosa debida (art. 1094 CC) sería inconcebible (BADOSA COLL, 1987, 36-37).

La diligencia es un componente de la obligación que nos concreta, en cada caso, la conducta que debe desarrollar el deudor. Esta diligencia se manifiesta y es exigible al deudor en los diferentes deberes de conducta que resultan del contrato. Así, por ejemplo, hay una diligencia exigible al deudor en el modo de efectuar la prestación o en las medidas tendentes a evitar los obstáculos que imposibiliten o dificulten el cumplimiento. Como ha sido indicado por nuestra doctrina, el contrato ordena el riesgo del posible daño a otros bienes de los contratantes y marca los deberes de cuidado de cada uno de los obligados (MORALES MORENO, 2009, 205-206). Por ello, la diligencia exigible al deudor se proyecta, además, no solo sobre los deberes de cuidado de los bienes objeto del contrato (por ejemplo, en el uso de la cosa arrendada, art. 1555.2 CC), sino también sobre los deberes de seguridad de los bienes o la persona del acreedor, que pueden ponerse en riesgo en la ejecución del contrato.

La diligencia es, pues, el criterio determinante de los deberes de conducta del deudor: su carencia es la culpa. Consecuencia de todo ello es que nuestro sistema de responsabilidad contractual se funda en el incumplimiento de deberes contractuales (MORALES MORENO, 2006-B, 209).

Sobre el incumplimiento de los deberes contractuales se pronuncia la jurisprudencia del Tribunal Supremo que pasará a analizarse en la segunda parte de este trabajo. En particular, se comprobará cómo las sentencias que se examinan se pronuncian sobre incumplimiento de los deberes de conducta de contratos de prestaciones de servicios. Se centran en identificar qué deberes ha incumplido el deudor contractual y en qué ha consistido su falta de diligencia. Dicho de otra forma, esta jurisprudencia se centra en la culpa del deudor contractual. Pero de su lectura puede inferirse el concepto subyacente de incumplimiento contractual, propio del cumplimiento defectuoso de las obligaciones de medios, que comportan el deber de indemnizar del deudor contractual.

2. Noción de incumplimiento contractual en el moderno Derecho de contratos

Ya se ha indicado que el denominado moderno Derecho de contratos ha introducido un concepto único y neutro de incumplimiento contractual que prescinde de la idea de culpa del deudor. Únicamente expresa que el interés del acreedor no ha quedado satisfecho; expresa la falta de realización del contrato en sus propios términos (MORALES MORENO, 2009, 212).

La Convención de Viena no define el incumplimiento del contrato con carácter general. En su artículo 25 se refiere al *breach of contract* como un incumplimiento esencial del contrato (*fundamental breach*) en los siguientes términos: «El incumplimiento del contrato por una de las partes será esencial cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación».

El término *breach of contract* se utiliza en el sistema anglosajón para referirse a cualquier incumplimiento no excusable de las obligaciones contractuales que obliga al deudor a indemnizar y puede abrir la puerta al acreedor a solicitar otros remedios contractuales como la resolución (McKENDRICK, 2018, 745); se distingue de la *frustration*, que tiene lugar cuando la ejecución del contrato fracasa por acontecimientos imprevisibles (*unforeseen events*), y que, de forma excepcional, excluye al deudor de responsabilidad (McKENDRICK, 2018, 690-691). El artículo 25 de la Convención de Viena se refiere al *breach of contract* que, por su carácter fundamental, justifica la resolución del contrato, de forma que las partes no siguen obligadas a cumplir sus prestaciones, pero surge la obligación de indemnizar los daños derivados de dicho incumplimiento (HONNOLD, 2009, 273). Por tanto, la Convención de Viena define el incumplimiento esencial del contrato como un perjuicio sustancial que afecta a la raíz misma del contrato y que da derecho al perjudicado a solicitar los correspondientes remedios, a diferencia del cumplimiento no esencial, que da lugar a otras consecuencias de menor gravedad (CABANILLAS SÁNCHEZ, 1998, 213).

En relación con el papel que juega la culpa en la noción de incumplimiento esencial del artículo 25 de la Convención de Viena, ciertos comentaristas entienden que no exige culpa del deudor, aunque otros autores muestran sus cautelas al respecto (CABANILLAS SÁNCHEZ, 1998, 214-215). El problema reside en la interpretación del llamado test de previsibilidad que contiene la segunda parte del artículo 25, cuando declara que no habrá incumplimiento si «la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación». Para nuestra doctrina, el test de previsibilidad se anuda, ordinariamente, a la aseveración de culpa del que incumple (CABANILLAS SÁNCHEZ, 1998, 216).

Esta prueba de previsibilidad ha generado un importante debate doctrinal a nivel internacional (HONNOLD, 2009, 276). ¿A qué previsiones se refiere? ¿A las previsiones hechas por el deudor en el momento de la celebración del contrato? En la Conferencia del UNCITRAL de 1980 varios delegados de diferentes países propusieron que esta parte del artículo 25 de la Convención de Viena quedara restringida a las previsiones hechas por el

deudor en el momento de la celebración del contrato, pero dicha propuesta no tuvo éxito (HONNOLD, 2009, 276-277).

HONNOLD aclara que la prueba de previsibilidad del artículo 25 de la Convención de Viena tiene por objeto los *riesgos* conectados a la prestación del deudor; determina que no habrá incumplimiento si el deudor no podía prever que en el modo de prestar la ejecución iba a ocasionarle un perjuicio sustancial al interés del acreedor (HONNOLD, 2009, 276)[13]. De ahí que se subraye que la Convención de Viena atribuye de modo objetivo a cada contratante los riesgos conectados a su prestación y que ello favorece que las partes contratantes celebren los contratos ponderando adecuadamente, antes de concluirlos, los riesgos inherentes a cada prestación (MORALES MORENO, 2006-B, 208). Por lo tanto, la Convención de Viena introduce un concepto objetivo y neutro de incumplimiento de contrato porque prescinde de la culpa del deudor; se ciñe a la lesión o perjuicio ocasionado por el deudor al interés del acreedor, tal y como dicho interés ha sido integrado en el contrato (VIDAL OLIVARES, 2015, 749).

Esta noción de incumplimiento contractual de la Convención de Viena, limitada al incumplimiento esencial de contrato, se supera en los principios UNIDROIT y PECL, que definen el incumplimiento como la no ejecución de cualquier obligación derivada del contrato, lo cual incluye no solo el incumplimiento esencial, sino también el cumplimiento defectuoso y tardío, sea excusable o no[14]. Los Principios UNIDROIT establecen la definición de incumplimiento (*non-performance*) en el artículo 7.1.1 como la «falta de ejecución por una parte de alguna de sus obligaciones contractuales, incluyendo el cumplimiento defectuoso o el cumplimiento tardío». Se señala que Principios UNIDROIT no hacen depender la responsabilidad por incumplimiento de ninguna forma de culpa o negligencia del deudor y que la culpa tampoco es un requisito para el recurso a los remedios (SCHELHAAS, 2015, 830).

Por su parte, los PECL incluyen la definición de incumplimiento en el artículo 1:301 (4) como «cualquier incumplimiento de una obligación derivada del contrato, esté o no justificada, e incluye el cumplimiento tardío o defectuoso, así como la inobservancia del deber de colaborar para que el contrato surta plenos efectos». Se destaca que esta noción incluye cualquier supuesto de incumplimiento contractual por cualquier causa, ya sea falta total de cumplimiento, el cumplimiento tardío o defectuoso o el incumplimiento «excusable», producido por un impedimento ajeno a la voluntad del deudor, tal y como prevé el artículo 8:108 de los PECL (LANDO, BEALE, 2000, 123). Se ha destacado que el *no-cumplimiento* es, para los PECL, un término general que cubre cualquier desarmonía entre el cumplimiento que se debió llevar a cabo y lo sucedido en realidad; la idea de no-cumplimiento es una idea objetiva que se define solamente a través de esa objetiva desarmonía entre el programa de prestación y la realidad anterior (DÍEZ-PICAZO *et al.* 2002, 162).

Más próxima a nuestro sistema y centrada en los deberes de conducta del deudor, resulta la definición de incumplimiento que se ha incorporado en la «Propuesta para la Modernización del Derecho de obligaciones y contratos». De acuerdo con su artículo 1188 «hay incumplimiento cuando el deudor no realiza exactamente la prestación principal o cualquier otro de los deberes que de la relación obligatoria resulten». Esta definición condensa todas aquellas situaciones en que cualquiera de los contratantes no ajusta su conducta al programa o previsión contractual (GARCÍA PÉREZ, 2011, 351) y es un concepto neutro de incumplimiento, desde el punto de vista de la imputación subjetiva al deudor ya que constata, simplemente de modo objetivo, la falta de realización de las exigencias del contrato, en orden a la satisfacción del interés del acreedor (MORALES MORENO, 2010, 30).

¿Es compatible esta noción neutra y objetiva de incumplimiento contractual del moderno Derecho de contratos con la doctrina del Tribunal Supremo sobre incumplimiento de contrato de prestaciones de servicios? Como se ha indicado anteriormente, la jurisprudencia del Tribunal Supremo en esta materia no contiene excesivas referencias a qué es el incumplimiento de contrato. Pero pueden inferirse de sus sentencias los principios que delimitan la noción de incumplimiento contractual en estos casos.

III. DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL DE PRESTACIONES DE SERVICIOS

Antes de entrar en el análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre incumplimiento contractual de prestaciones de servicios, es preciso hacer referencia al distinto tratamiento que el Tribunal Supremo hace de los incumplimientos contractuales, según se trate de obligaciones de medios o resultados. De acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo, la calificación de la obligación del deudor, como de medios o resultado, determina el modo en que se produce el incumplimiento contractual. Por ello, resulta preciso explicar, con carácter previo, en qué consiste la distinción entre las obligaciones de medios y resultado y los efectos que tiene su clasificación para determinar el modo en que se produce el incumplimiento de una obligación.

1. La distinción entre incumplimiento contractual de obligaciones de medios y resultado

La distinción entre obligaciones de medios y resultado ha sido largamente tratada y debatida por nuestra doctrina y su análisis en profundidad desborda el objeto de este trabajo. Desde la versión inicial de René DE-

MOGUE, se ha entendido que, en la obligación de resultado, el deudor no solamente se obliga a desplegar una simple actividad diligente con vistas a la consecución de un determinado resultado, sino que, precisamente, el logro de ese resultado constituye el contenido de la prestación del deudor; en cambio, cuando se trata de prestaciones de medios, el contenido de la prestación del deudor se agota en el despliegue de la conducta diligente, sin que la consecución del resultado se integre en el contenido de la prestación del deudor (JORDANO FRAGA, 1991, 7).

A pesar de que esta diferenciación resulta clara desde el punto de vista conceptual, no siempre resulta fácil aplicarla en la práctica, entre los diversos tipos de obligaciones que se dan. Se admite, con carácter general, que las obligaciones de dar determinan una obligación de resultado. Más problemática resulta la clasificación de las obligaciones de hacer, ya que el objeto de la obligación de hacer puede ser el resultado pretendido por el acreedor o solo la actividad dirigente del deudor encaminada a lograrlo (CABANILLAS SÁNCHEZ, 1993, 47). No obstante, parece evidente que pueden calificarse como obligaciones de medios (actividad) las obligaciones que derivan de contratos de arrendamiento de servicios, del contrato de trabajo y del mandato (CABANILLAS SÁNCHEZ, 1993, 95-118). En particular, se ha destacado que los contratos de servicios no contemplan, como regla general, la obligación de obtener un resultado pues en numerosas prestaciones de servicios la obtención del resultado esperado por el cliente queda completamente fuera del control del proveedor (CRESPO MORA, 2017, 282).

La determinación de la naturaleza de la prestación principal comprometida por el deudor (medios/resultado) es relevante, puesto que provoca una distinta forma de configurar el cumplimiento y, por ende, el incumplimiento de la obligación (CRESPO MORA, 2013, 12). Así, y con carácter general, las obligaciones de resultado se cumplen por la obtención del mismo y las de medios, por la diligente actividad del deudor; correlativamente, en las obligaciones de resultado se produce el incumplimiento cuando tal resultado no se obtiene, siendo indiferente la diligencia empleada por el deudor, mientras que en las de medios el incumplimiento presupone la infracción de los deberes impuestos por la diligencia exigible según la naturaleza y circunstancias de la obligación (art. 1104), con independencia de que el resultado se produzca o no (VATTIER FUENZALIDA, 1997, 963).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha otorgado relevancia a la distinción entre obligaciones de medios y resultado en relación con los incumplimientos contractuales y el papel de la culpa del deudor. En recientes sentencias, el Tribunal Supremo admite el incumplimiento contractual en las obligaciones de resultado si se frustra el «fin del contrato», independientemente, de que el deudor haya incurrido o no en culpa en el cumplimiento de sus deberes contractuales. Al respecto y, a modo de ejemplo, puede

mencionarse la STS de 4 de noviembre de 2016 *(RJ* 2016, 5377), sobre resolución de un contrato de compraventa de fincas rústicas, que admite el incumplimiento de la vendedora sin atender a criterios de culpabilidad o negligencia, sino al hecho de haber quedado frustrada la finalidad o fin práctico del contrato (la urbanización de la finca). Subraya esta sentencia que «ha quedado frustrada la finalidad o fin práctico del contrato, sin posibilidad de que un cumplimiento posterior pueda ser útil e idóneo para la satisfacción de las expectativas urbanísticas que informaron la celebración del contrato y su correspondiente ejecución».

En la misma línea se pronuncia la STS de 27 de marzo de 2015 *(RJ* 2015, 2141), que confirma la resolución de la compraventa de una finca para la construcción de un inmueble por el retraso del vendedor en instar la declaración judicial de su dominio, puesto que produce «la frustración del fin del contrato como inexigibilidad de una espera intolerable por parte del comprador». De modo especial, destaca la STS de 17 de febrero de 2010 *(RJ* 2010, 1284) que aplica el concepto objetivo de incumplimiento contractual de los Principios UNIDROIT a un contrato de suministro de carbón, cuyo deudor entregó carbón de inferior calidad a la pactada en el contrato. Señala que «esta Sala, en la jurisprudencia más reciente, viene declarando que la voluntad de incumplimiento se demuestra por la frustración del fin del contrato (…); admitiendo el «incumplimiento relativo o parcial, siempre que impida la realización del fin del contrato, esto es, la completa y satisfactoria utilización [del bien objeto del mismo…] según los términos convenidos» (STS de 15 de octubre de 2002), cosa que ocurre, en los términos de los Principios de UNIDROIT (art. 7.3.1 [2.b]), cuando se «priva sustancialmente» al contratante «de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato».

Todas estas SSTS tienen un rasgo en común: en todos los casos se han producido daños derivados de incumplimiento de contratos que tiene por objeto obligaciones que garantizan un resultado y, en su mayoría, el demandante insta la resolución del contrato y el resarcimiento de daños y abono de intereses, con base en el artículo 1124 del Código civil. En estas sentencias, para razonar la resolución del contrato, el Tribunal Supremo subraya que se ha producido un incumplimiento contractual *esencial*. La gravedad de estos incumplimientos legitima al acreedor para el ejercicio de la acción resolutoria (art. 1124 CC) frente al incumplimiento que simplemente genera la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados (art. 1101 CC) (XIOL RÍOS, 2013, 208).

Cuando se trata de daños derivados de un incumplimiento contractual de obligaciones de medios, la jurisprudencia del Tribunal Supremo presenta un cambio de planteamiento. Nos encontramos ante incumplimientos de contratos de prestaciones de servicios por parte de profesionales (médicos,

abogados, notarios, etc.) y de empresas de servicios (transporte, tasación, seguridad, etc.). Todos los contratos presentan un rasgo en común: el prestador del servicio no puede garantizar a su cliente un resultado concreto. Las demandas han sido interpuestas por los clientes para reclamar una indemnización por los daños producidos por el cumplimiento defectuoso del contrato. La resolución del contrato no interesa al acreedor, puesto que el deudor ha cumplido, pero lo ha hecho de forma defectuosa y le ha ocasionado un daño. Otros remedios, como la acción de cumplimiento, no tienen sentido en estos supuestos. En estas sentencias, el Tribunal Supremo valora la culpa del deudor para determinar si debe o no indemnizar el daño que ha sufrido el cliente como resultado del contrato.

La razón de este cambio de planteamiento se debe a la distinción establecida por el Tribunal Supremo entre los incumplimientos de las obligaciones de resultado y los incumplimientos de las obligaciones de medios. La STS de 13 de diciembre de 1997 *(RJ* 1997, 8816) estableció esta distinción en un supuesto de responsabilidad contractual de un médico por una operación de otitis —la anestesia produjo falta de oxigenación cerebral del paciente—. El Tribunal Supremo señaló, entonces, que lo que determina el cumplimiento de las obligaciones de medios es «la ejecución adecuada y correcta, es decir, diligente, de la actividad encaminada a aquel resultado», mientras que el cumplimiento de la obligación de resultado «requiere la satisfacción del interés del acreedor consistente en la obtención del resultado». Añade esta sentencia que, en la obligación de resultado, la no obtención del resultado implica incumplimiento de obligación, «hace presumir la culpa»: mientras que, en la obligación de actividad, «es precisa la prueba de diligencia, para apreciar incumplimiento».

Por lo tanto, el Tribunal Supremo no excluye la culpa del deudor en el incumplimiento de obligaciones de resultado, sino que la presume, si el acreedor no obtuvo el resultado pactado. A efectos prácticos, ello equivale a liberar al acreedor de probar la culpa del deudor en el incumplimiento de contrato de obligaciones de resultado. En cambio, si se trata de obligaciones de medios, el Tribunal Supremo exige al acreedor la carga de acreditar la culpa del deudor.

A partir de esta premisa y en materia de responsabilidad médica, el Tribunal Supremo ha mantenido la doctrina de que la obligación contractual del médico es, normalmente, de medios y que el profesional será condenado a indemnizar si se prueba su culpa, esto es, la violación de los deberes de pericia y diligencia que se sintetizan en la conocida expresión *lex artis* (DE ÁNGEL YÁGÜEZ, 2006, 421). El mismo criterio lo aplica el Tribunal Supremo en los contratos de servicios prestados por otros profesionales, como los abogados, procuradores o asesores. Así, la STS de 22 de octubre de 2008 *(RJ* 2008, 5787) sobre responsabilidad contractual de un abogado por supuesta negligencia profesional, señala que la prestación de servicios por parte del abogado con respecto a sus clientes es una obligación de medios y no de resultado, «pues

nunca puede el profesional garantizar el éxito de cualquier decisión judicial y menos aún la evitación de los perjuicios irrogados por un procedimiento judicial». La relevancia de probar la culpa del deudor la constata, entre otras muchas, la STS de 28 de mayo de 2015 *(RJ* 2015, 2721) sobre un contrato de mediación y asesoramiento en la comercialización de locales que determina que «de la prueba practicada se constata una clara negligencia de la parte actora en la prestación del asesoramiento a la que venía obligada, pues su dictamen no estaba sustentado en la diligencia profesional que cabe esperar de su actuación, sino en meras impresiones u opiniones personales».

Es decir, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre responsabilidad por cumplimiento defectuoso de contratos de prestaciones de servicios, la culpa se percibe como el criterio determinante de la responsabilidad contractual para reconocer el remedio indemnizatorio. De ahí la importancia de delimitar qué significa la culpa del deudor contractual en estos casos o qué relación tiene la culpa con la conducta debida por el deudor, conforme al contrato,

El análisis de estas sentencias permite observar que, en ellas, no se debate si ha habido o no un incumplimiento de contrato. Aunque, desde un plano teórico, debería discutirse si ha habido o no incumplimiento, lo más frecuente es que el debate se centre en el daño. Ello es debido a que nuestro sistema de responsabilidad contractual requiere, primero, que el acreedor haya sufrido un daño objetivamente imputable a la falta de cumplimiento, y, segundo, que el incumplimiento sea subjetivamente imputable al deudor. Las demandas sobre las que se pronuncian estas sentencias, basándose en el artículo 1101 del Código civil y, en ocasiones, en el artículo 1107 del Código civil, reclaman que se declare la responsabilidad del demandado y se le condene a indemnizar los daños, sin solicitar, previamente, la declaración del incumplimiento de contrato por parte del tribunal.

A pesar de ello, es posible determinar la noción de incumplimiento contractual que subyace en todas estas sentencias. En cada una de ellas puede identificarse la obligación contractual que incumple el deudor y que desencadena su responsabilidad contractual. En todas las sentencias se advierte una falta de correspondencia entre la conducta obligada al deudor por el contrato y el resultado producido, que comporta una lesión al interés del acreedor.

2. Criterios del Tribunal Supremo para determinar el incumplimiento de contratos de prestaciones de servicios

Como se ha indicado anteriormente, las sentencias que a continuación se analizan, se refieren a supuestos en que la prestación se ha ejecutado, pero no con la diligencia debida. La prestación del servicio ha sido efectuada por

el deudor: el médico ha operado, el abogado ha defendido a su cliente, la empresa ha efectuado la tasación o asesoramiento acordado en el contrato. En estos casos, el incumplimiento no se refiere tanto al acto de la prestación como a la conducta que el deudor debería haber ejecutado al realizar la prestación.

En algunas sentencias, el Tribunal Supremo aprecia un incumplimiento de la *lex artis ad hoc* en el modo en que el deudor ejecuta la prestación contractual (el método empleado al efectuar una tasación, la técnica quirúrgica aplicada, la observancia de los plazos para interponer demandas o recursos, etc.). En otros casos, el incumplimiento se detecta en falta de diligencia del deudor respecto a *otros deberes accesorios del contrato*, como el deber de cuidado de los bienes y persona del acreedor para impedir daños que pueden producirse durante la ejecución del contrato, cuyos riesgos haya asumido el deudor.

Hay casos en los que deberes de cuidado se integran en la propia prestación contractual. Por ejemplo, la STS de 17 de marzo de 2011 *(RJ* 2011, 2883) sobre reclamación de daños y perjuicios por un incendio ocurrido por negligencia de una empresa de seguridad, señala que «el cumplimiento defectuoso —artículo 1101 del Código civil— del contrato de servicio —artículo 1544— es, por tanto, la causa por la que se le imputa el resultado que surge (…) pues era obligación suya determinar bajo su responsabilidad la adecuación del servicio que debía prestar respecto de los bienes protegidos teniendo en cuenta los riesgos a cubrir, en este caso una obra y no un edificio terminado».

Hay otras sentencias en las que el Tribunal Supremo identifica el incumplimiento del deudor contractual en la omisión del deber de información al acreedor de los riesgos inherentes a la ejecución del contrato.

En todas las sentencias, el Tribunal Supremo establece la diligencia exigible al deudor a partir de un modelo de conducta, que singulariza en cada caso. El artículo 1104.1 del Código civil se refiere a «aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar». Hay general acuerdo, apoyado en el tenor del artículo 1104 del Código civil, sobre que la culpa-negligencia, como criterio de imputación del incumplimiento al deudor, ha de apreciarse conforme a criterios objetivos (PANTALEÓN PRIETO, 1991, 1019). Ese modelo de conducta, en el caso de las prestaciones de servicios que desempeñan profesionales, lo concreta el Tribunal Supremo normalmente en la *lex artis ad hoc* o en la normativa específica del sector profesional de que se trate y también, en determinados casos, en el propio contrato.

A. Falta de diligencia del deudor al ejecutar la prestación contractual

La falta de diligencia del profesional en el «*modo de ejecutar la prestación contractual*» puede apreciarse en sentencias sobre responsabilidad contrac-

tual de abogados, notarios, procuradores, médicos y sociedades de tasación, que han sido demandados por sus clientes por la defectuosa prestación de sus servicios. Las demandas exigen que se declare su responsabilidad y su condena a indemnizar los daños sufridos por efecto del contrato.

a) Contratos de prestación de servicios jurídicos

Contratos con abogados

Los casos que se examinan se centran en supuestos de responsabilidad contractual de abogados y procuradores. Las demandas contra abogados y procuradores se interponen por clientes que han visto frustradas sus posibilidades de obtener una defensa «razonable», debido a la negligencia de estos profesionales, por descuidos en los plazos para presentar las demandas y los recursos o por supuestos fallos en la estrategia de su defensa.

Las demandas de las sentencias que aquí se exponen, solicitan que se declare la responsabilidad del profesional y que se le condene a indemnizar a su cliente, con base en los artículos 1101, 1106, 1107 del Código civil. En estos casos, el Tribunal Supremo se centra en analizar la conducta del deudor conforme a las reglas técnicas de la abogacía y al *usus fori* generalizado. En este sentido, cabe destacar, la STS de 30 de marzo de 2006 *(RJ* 2006, 2129) que, tras indicar que por el contrato de servicios el abogado se obliga a prestar la defensa judicial o extrajudicial de los intereses de sus clientes, debe también «desplegar sus actividades con la debida diligencia y acorde con su *"lex artis",* lo cual comporta una serie de deberes que no se reducen a la mera ejecución de la prestación y enumera, *"ad exemplum",* algunos comportamientos que integran la prestación del abogado como informar de "pros y contras", riesgo del asunto o conveniencia o no del acceso judicial, costos, gravedad de la situación, probabilidad de éxito o fracaso, lealtad y honestidad en el desempeño del encargo, respeto y observancia escrupulosa en Leyes Procesales, y cómo no, aplicación al problema de los indispensables conocimientos de la Ley y del Derecho».

La STS de 27 de julio de 2006 *(RJ* 2006, 6548) se pronuncia sobre una demanda de un cliente contra su abogado y procurador, por presentar un recurso fuera de plazo. En la demanda, el cliente solicitó que se declarara la negligencia profesional del abogado y del procurador y que se les condenara a ambos a indemnizarle el *quantum* indemnizatorio que hubiera podido obtener, en caso de haberse presentado el recurso. Señala esta sentencia que «el cumplimiento de las obligaciones nacidas de un contrato debe ajustarse a la diligencia media razonablemente exigible según su naturaleza y circunstancias. La responsabilidad por negligencia o morosidad concurre

cuando, producido objetivamente el incumplimiento, el obligado no acredita, si, como normalmente ocurre, está en su mano, haber actuado con el grado de cuidado exigible con arreglo a dichas circunstancias y haber concurrido circunstancias imprevisibles o inevitables que impidieron el cumplimiento en los términos convenidos».

En este caso, la falta de diligencia se le atribuye al procurador por no presentar al abogado la copia de la resolución notificada para que tuviera conocimiento del plazo para interponer el recurso. La sentencia condena al procurador a indemnizar al cliente el daño moral, derivado de la privación del derecho a tutela judicial efectiva (pérdida de oportunidades). Este daño consiste en negar al cliente un fallo judicial que podía haber sido favorable a sus intereses; no se trata de un daño futuro e incierto consistente en privar al cliente de una sentencia estimatoria de sus pretensiones, es un daño actual y real que consiste en la pérdida de unas expectativas procesales, es decir, la pérdida definitiva de que la pretensión del cliente fuera estimada por los órganos de la jurisdicción (CRESPO MORA, 2005, 365). El abogado no fue declarado responsable porque, según la sentencia y con cita en jurisprudencia, no tiene la obligación de vigilancia sobre el cumplimiento de las obligaciones que corresponden a los procuradores. Sin embargo, la STS de 1 de junio de 2018 (*RJ* 2018, 2329) admite la responsabilidad contractual de un abogado por negligencia profesional por presentar fuera de plazo una demanda por despido improcedente. Esta sentencia confirma la sentencia de la Audiencia Provincial que condena al abogado a indemnizar el daño moral, probada la pérdida de oportunidades por la frustración de la acción judicial.

Se trata, en ambas sentencias, de incumplimiento de las «*reglas del oficio*» por parte de abogados y procuradores. El incumplimiento del contrato, o, mejor dicho, la falta de cumplimiento adecuado del mismo, se basa, por tanto, en criterios objetivos; en la infracción de deberes de conducta.

Por contra, la STS de 15 de febrero de 2008 (*RJ* 2008, 2670) no considera falta de diligencia que los abogados elijan una determinada acción para defender los derechos de sus clientes, que luego resulte frustrada, si se guiaron por criterios sólidos en su defensa[15]. En la misma línea, la STS de 22 de octubre de 2008 (*RJ* 2008, 5787), que resuelve un supuesto en que el abogado optó por acudir a un procedimiento de menor cuantía en lugar de uno de mayor cuantía, no considera negligencia de un abogado la elección equivocada de una estrategia de defensa. Señala que el «mero error en la vía procesal elegida» no es suficiente para considerar existente la responsabilidad. De acuerdo con la sentencia, no hubo negligencia por parte del abogado puesto que, aunque su decisión no fue plenamente acertada, «los errores de diagnóstico en manos de profesionales no constituyen por si solos negligencia mientras el estudio previo haya sido realizado con el cuidado necesario».

Contratos con notarios

La STS de 18 de marzo de 2014 *(RJ* 2014, 1829) se pronuncia sobre la responsabilidad contractual de un notario por no comprobar con diligencia las cargas que pesaban sobre un inmueble, antes de autorizar su escritura pública de compraventa.

La compradora del inmueble ejercitó dos acciones: una, dirigida contra la vendedora, de responsabilidad civil contractual, en la que reclamaba como indemnización el precio pagado[16]; y otra, contra el notario, de responsabilidad civil contractual por negligencia, en la que reclamaba su condena solidaria a pagar dicha indemnización. Señala la sentencia que el notario incumplió la obligación que le impone el artículo 175.1 del Reglamento Notarial de comprobar las cargas del bien. Indica que «las partes que acuden a la notaría, especialmente, el comprador, confían en que el notario les informará adecuadamente de las cargas que pesan sobre el inmueble objeto de la compraventa, para evitar lo que ocurrió en este caso, que el comprador preste su consentimiento a la compra de un inmueble sin conocer que acaba de trabarse un embargo sobre este bien, que lógicamente lo devalúa». En este caso, no funcionó el sistema de comunicación entre la notaría y el Registro de la Propiedad, pero la sentencia considera «*inexcusable*» la ignorancia del notario sobre la existencia de la carga puesto que «corresponde al Notario tener los medios técnicos necesarios para prestar sus servicios, en este caso para cerciorarse de que informa al comprador de las cargas que pesan sobre la finca que compra».

De nuevo, puede inferirse, que el Tribunal Supremo determina el incumplimiento del contrato por criterios objetivos, en este caso, por la falta de observancia de las reglas del oficio, a saber, las obligaciones del notario, recogidas en el Reglamento Notarial.

b) Contratos con empresas de tasación

La STS de 14 de marzo de 2019 *(RJ* 2019, 91609) identifica claramente en qué consiste el incumplimiento de la *lex artis* en la ejecución de un contrato de arrendamiento de servicios de tasación. La sociedad tasadora fue condenada en primera y segunda instancia como responsable de los daños causados a la «Junta de Compensación» de un Plan de Ordenación Urbana del Ayuntamiento de Zaragoza por su defectuosa valoración de unas parcelas. Dicha Junta, como beneficiaria de la expropiación de cinco parcelas, encargó a la sociedad de tasación valorarlas para confeccionar su hoja de aprecio y pagar a los expropiados. La sociedad tasadora realizó una valoración de las parcelas conforme al criterio del «método residual dinámico»,

propio de los terrenos urbanizados; sin embargo, se trataba de suelo rural, que debía ser calificado por el método de «simple capitalización de rentas». El resultado fue una tasación por un valor muy superior al solicitado por los propios expropiados. El Jurado de Expropiación aceptó la valoración contenida en la hoja de aprecio y se pagó a los expropiados conforme a ella. La Junta demostró que la valoración de la sociedad tasadora fue errónea y solicitó su condena a indemnizarle la diferencia entre lo pagado y lo que hubiera debido pagar.

Aunque la sentencia del Tribunal Supremo se centra en la discusión sobre la relación de causalidad entre la negligente actuación de la sociedad tasadora y los daños —la sociedad tasadora alegó que la Junta debía haber intervenido para evitar el error en la valoración, interrumpiendo la causalidad—, confirma la negligencia de la sociedad tasadora y no admite «la negación de la propia culpa» ni una posible «compensación de culpas». Manifiesta que «el artículo 7 de la O.M. ECO 805/2003 sobre normas de valoración de bienes inmuebles corrobora la doctrina jurisprudencial de diligencia *ad hoc* del profesional». Dicho artículo obliga a las sociedades de tasación a realizar las comprobaciones necesarias para determinar el valor de tasación.

Se advierte, de nuevo, cómo la culpa del deudor determina el incumplimiento del contrato, pero esta se sustenta en normas objetivas de diligencia, recogidas, en este caso, en la normativa específica aplicable a la sociedad tasadora.

c) Contratos de servicios médicos

Son abundantes las sentencias del Tribunal Supremo que se pronuncian sobre responsabilidad contractual de los médicos por falta de diligencia en su correcta praxis médica al realizar la prestación para la que se les contrató (la operación, el tratamiento, una prueba médica, etc.).

La doctrina del Tribunal Supremo es unánime en afirmar que, en los contratos por prestación de servicios médicos, el deber de prestación del médico incluye los deberes de cuidado del paciente y el deber de informarle sobre los riesgos derivados de la prestación médica, puesto que, como indica la STS de 19 de julio de 2013 *(RJ* 2013, 5004), los médicos actúan sobre personas. Esta sentencia es muy clara respecto a las obligaciones del médico y señala que «la responsabilidad del profesional médico es de medios y como tal no puede garantizar un resultado concreto. Obligación suya es poner a disposición del paciente los medios adecuados comprometiéndose no solo a cumplimentar las técnicas previstas para la patología en cuestión, con arreglo a la ciencia médica adecuada a una buena praxis, sino a aplicar estas técnicas con el cuidado y precisión exigible de acuerdo con las cir-

cunstancias y los riesgos inherentes a cada intervención, y, en particular, a proporcionar al paciente la información necesaria que le permita consentir o rechazar una determinada intervención».

De ello se desprende que la prestación contractual de un médico contiene deberes de conducta en la ejecución de su prestación (el modo de practicar la operación, por ejemplo), así como los deberes de cuidado para no causar daños a sus pacientes, y deberes de información sobre los riesgos inherentes en una operación o un tratamiento. La doctrina del Tribunal Supremo impone al médico cumplir la prestación conforme a estos deberes, en función del modelo de conducta objetivo que impone la *lex artis*.

En el caso de falta de diligencia en el modo de ejecutar una determinada intervención, la STS de 19 de julio de 2013 *(RJ* 2013, 5004) se pronuncia sobre una demanda interpuesta contra una clínica por una paciente, que solicitó indemnización por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de una reconstrucción mamaria, a la que se sometió, tras serle extirpado un tumor y recibir radioterapia. La sentencia declara probado que hubo una «mala praxis médica en la intervención» y atribuye la responsabilidad al médico sin necesidad de probar la relación de causalidad entre la conducta del médico que practicó la intervención y el resultado dañoso, por aplicación de la doctrina del daño desproporcionado[17]. Cabe destacar la mención hecha al contrato en la sentencia de la Audiencia Provincial que subraya que «como consecuencia del incumplimiento contractual en que ha incurrido la demandada, viene obligada a indemnizar a la actora».

En la misma línea, la STS de 20 de febrero de 2017 *(RJ* 2017, 440) confirma la infracción de la *lex artis ad hoc* por parte del médico al haber aplicado una técnica quirúrgica incorrecta para la extracción de un pólipo. La demanda solicitó la declaración de responsabilidad civil del médico y de la aseguradora y la condena solidaria de ambos a indemnizar los daños ocasionados al paciente. La sentencia del Tribunal Supremo confirma que la condena se produce por una negligencia médica ya que la «utilización de la técnica inadecuada para la extracción» le produjo al paciente un hematoma que desencadenó una infección posterior, con gravísimas secuelas.

Al igual que en los anteriores casos expuestos, el Tribunal Supremo acude a criterios objetivos como la *lex artis ad hoc* para determinar la culpa del deudor. Por lo tanto, en todos estos casos, el incumplimiento del contrato ha consistido en no prestar el servicio de conformidad con la diligencia debida.

B. Falta de diligencia del deudor en cumplir los deberes de cuidado

Los deberes de cuidado se exigen al deudor contractual en todos los contratos cuya ejecución comporta un riesgo en los bienes o en la persona del

acreedor. El deber de seguridad está especialmente previsto en los contratos celebrados con consumidores por el artículo 11 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, que establece que los «bienes y servicios puestos en el mercado deben ser seguros»[18]. Pero el deber de cuidado se extiende a todos los contratos. No obstante, algunos contratos de servicios cuentan, con una regulación específica que lo impone de forma expresa, como ocurre con el contrato de transporte marítimo[19].

a) Deberes de cuidado en los contratos de transporte

La STS de 21 de noviembre de 1996 *(RJ* 1996, 9195) resuelve un supuesto de responsabilidad contractual por el daño que sufrió un esquiador en el momento de subir al telesilla en una estación de remonte. La estación del telesilla se encontraba cubierta de paja, como medida de precaución ante la ausencia de nieve. Al esquiador se le trabaron los esquís al tomar el telesilla, lo que ocasionó su caída. Considera la STS que el contrato de transporte entre el esquiador y la empresa demandada es un contrato de prestación de servicios, que comporta una obligación de medios; la obligación consiste en transportar a los pasajeros *e incluye el deber de hacerlo con las mayores medidas de seguridad*. Señala que la determinación del incumplimiento del contrato debe producirse conforme al artículo 1101 del Código civil y siguientes concordantes por tratarse de culpa contractual (art. 1104 CC).

Declara la sentencia que no es suficiente que medie un contrato entre las partes para que la responsabilidad contractual opere necesariamente con exclusión de la aquiliana —que no se ejercitó en este pleito—, sino que se precisa que la realización del hecho «acontezca dentro de la rigurosa órbita de lo pactado y como desarrollo del contenido negocial». La sentencia exonera a la empresa por no quedar probado el nexo causal entre el hecho de que la plataforma de la estación del telesilla se encontrara cubierta de paja y la caída del pasajero, alegando que el resto de los usuarios accedieron al telesilla por la misma plataforma sin caerse. Señala lo siguiente: «el incumplimiento denunciado se concreta a que la plataforma estaba cubierta de paja, pero no se demostró que esta circunstancia ni ninguna otra relacionada con el estado del piso, fuera directamente causante del accidente, pues la habían utilizado normalmente ese día otras personas (…) se da quiebra de la relación causal entre el estado de la plataforma y de la caída que sufrió la recurrente, a la que asistía el deber de mantener y conservar en todo momento el dominio de la situación, al apercibirse de que el suelo estaba sembrado de paja y adoptar medidas de precaución fácilmente a su alcance para evitar la traba de los esquís, no dándose intervención algu-

na ni elementos externos en la causación del accidente». Obsérvese que la sentencia impone el deber de cuidado al esquiador, no a la empresa. No valora si la medida adoptada por la empresa del telesilla se adecuó a los estándares de seguridad de las estaciones de transporte de esquiadores (*lex artis*). Y ello, a pesar de que la sentencia inicia su argumentación alegando que «en estos transportes especiales, por la intervención activa que corre a cargo del viajero, hay que referir la culpa o negligencia al supuesto de que el servicio no ha sido satisfecho en la forma correcta y debida».

Esta sentencia contrasta con la STS de 24 de noviembre de 2008 (*RJ* 2008, 6061) que declara a Metro de Madrid responsable de las agresiones sufridas por un pasajero en el metro, por la garantía de seguridad a que viene obligada en virtud del contrato de transporte. Esta sentencia se aleja del criterio de responsabilidad contractual por culpa de nuestro Código civil y se encuentra en sintonía con la concepción objetiva y neutra de responsabilidad contractual del moderno Derecho de contratos. Indica que, en virtud del contrato de transporte, Metro de Madrid viene obligada a prestar dicho servicio en las condiciones de seguridad exigidas en el Reglamento del servicio. No menciona en ningún momento a la culpa, sino que se basa en la garantía de la prestación contractual como criterio de imputación del incumplimiento de contrato. Señala que Metro de Madrid «no puede exonerarse por el simple hecho de la contratación de una empresa de seguridad, puesto que la responsable del incumplimiento frente al usuario es quien presta el servicio de transporte» y cita el artículo 8107 de los PECL (actual Libro III-2: 106 PECL) según el cual «la parte que confíe el cumplimiento del contrato a un tercero, sigue siendo responsable del cumplimiento». La sentencia concluye que Metro de Madrid es responsable porque «la garantía de la prestación contractual se tiene en cuenta, pues, como criterio de imputación objetiva, cuando aparece que la posición de la compañía no es la de mero intermediario, sino la de garante del servicio».

Esta sentencia evidencia cómo el sistema tradicional de imputación del incumplimiento contractual, conectado a la culpa, tiende a sustituirse, en nuestra jurisprudencia, por un sistema basado en la delimitación de un ámbito o esfera jurídica de imputación de riesgos (MORALES MORENO, 2006-A, 51-52). Pone de manifiesto lo expresado años antes por nuestra doctrina, de que en nuestro Derecho de la responsabilidad contractual, la culpa-negligencia no ocupa un lugar ni exclusivo ni de primacía entre los criterios de imputación subjetiva del incumplimiento al deudor, ya que comparte su puesto con los criterios, igualmente generales, de la «esfera de control del deudor» (que engloba los subcriterios del «hecho propio» y del «hecho de los auxiliares en el cumplimiento») y los del riesgo «implícitamente asumido al contratar» (PANTALEÓN PRIETO, 1991, 1069).

b) Deberes de cuidado en los contratos de prestación de servicios médicos

En el caso de los servicios médicos, ya se ha indicado que la doctrina del Tribunal Supremo incluye entre las obligaciones del médico un deber de cuidado al aplicar sus técnicas sobre los pacientes, según las circunstancias y los riesgos inherentes en cada caso. El deber de cuidado o seguridad del prestador de un servicio debe ajustarse también a un modelo de diligencia. La STS de 30 de diciembre de 2004 (*RJ* 2002, 516) se pronuncia sobre un caso en que el médico traumatólogo, tras operar correctamente al paciente, le inmovilizó en exceso la pierna y le prescribió una rehabilitación que le produjo graves secuelas. La falta de diligencia del médico no se produce respecto a la técnica empleada en la intervención quirúrgica, sino en relación con las medidas adoptadas para el cuidado y recuperación del enfermo tras la operación. Destaca la sentencia que el médico era un experto profesional que «quedó obligado, no ya a actuar con la diligencia de un buen padre de familia (art. 1104 CC), sino a aplicar las energías, medios y conocimientos que, según el estado de la ciencia, *lex artis* o conjunto de saberes y técnicas propias de su profesión, estaban objetivamente a su alcance para el logro de aquel fin».

La sentencia parte de la culpa como criterio para determinar la responsabilidad del médico de indemnizar los gastos médicos y de rehabilitación, solicitados por el paciente. Subraya que la impericia es una forma de negligencia, por lo que quien asume como experto una obligación de actividad y «no la cumple con el rigor técnico exigible» responde, como deudor negligente, del daño causado (art. 1101 CC). No obstante, establece criterios objetivos para determinar el incumplimiento contractual al señalar que «la responsabilidad contractual del médico por tal modalidad de incumplimiento (art. 1101 CC) depende de una previa valoración de la idoneidad de la conducta por él desplegada. Es, en efecto, necesario un juicio de diligencia, que implica la comparación entre la prestación ejecutada y la debida, la cual se identifica según el modelo ideal y objetivo de conducta exigible en atención a la cualificación profesional del deudor y a la naturaleza de la actividad por él prometida».

La sentencia valora la diligencia del deudor (que determina el incumplimiento contractual), no solo en relación al modelo de conducta exigible en atención a su «cualificación profesional» (*lex artis*) sino también en atención a «la naturaleza de la actividad por él prometida». Compara la «prestación ejecutada y la debida». Se trata de una argumentación solo aplicable a la responsabilidad contractual, mientras que el criterio de diligencia de la *lex artis* puede aplicarse indistintamente, en los supuestos de responsabilidad contractual o extracontractual del médico.

c) Omisión por el deudor del deber de informar sobre los riesgos

Varias sentencias del Tribunal Supremo sobre responsabilidad contractual médica consideran que el incumplimiento por parte del médico del deber de informar a su paciente de los riesgos de una operación o tratamiento constituye una vulneración de la *lex artis* que determina su responsabilidad y su deber de indemnizar al paciente, si se han producido daños.

Por ejemplo, la STS de 26 de septiembre de 2000 *(RJ* 2000, 8126) se pronuncia sobre la responsabilidad contractual de un médico por no informar al paciente de los riesgos que comportaba una operación de su oído izquierdo. Como resultado de la operación, el paciente perdió totalmente la audición de ese oído. La demanda se interpone por responsabilidad extracontractual y contractual del médico y solicita una elevada indemnización. La sentencia califica el incumplimiento por parte del médico del deber de informar al paciente como «omisiones culposas» por las que el médico debe responder y señala que «con este actuar profesional el demandado asumió por sí solo los riesgos de la intervención, en lugar del paciente». Aclara la sentencia que el daño probado por el paciente y el hecho de que «el riesgo de poder quedar sordo resultara descartado, actúan como incidencias directas y decisivas para decretar la responsabilidad del médico demandado, al resultar la información correcta como elemento esencial de la *«lex artis ad hoc»* o núcleo primordial del contrato de arrendamiento de servicios médicos». La sentencia condena al médico a indemnizar a la paciente, pero solo una séptima parte de lo que había solicitado.

En esta misma línea, la STS de 8 de abril de 2016 *(RJ* 2016, 1328) aborda un supuesto de operación paliativa —se trataba de un paciente que había quedado tetrapléjico a causa de un accidente— que en lugar de mejorar el estado del paciente le dejó secuelas importantes. El Tribunal Supremo señala que «la responsabilidad del facultativo no nace del acto médicoquirúrgico practicado, sino del hecho de no haber facilitado la adecuada información al paciente para que este pudiese valorar someterse o no a la intervención quirúrgica, y hacerlo de forma consciente y libre, conociendo las posibles consecuencias de ella».

Estas últimas sentencias atribuyen la responsabilidad del médico por el hecho objetivo de vulnerar el deber de información, que forma parte de la *lex artis ad hoc* y que se integra en las exigencias del contrato. Si la infracción de unos criterios objetivos de conducta por parte de un médico se asume como una falta de ejecución de las exigencias del contrato entre médico y paciente, ello implica una noción objetiva y neutra del incumplimiento contractual por parte del médico y de su responsabilidad.

IV. COMPARACIÓN CON LA NOCIÓN DE INCUMPLIMIENTO EN EL MODERNO DERECHO DE CONTRATOS

Del análisis de la jurisprudencia expuesta del Tribunal Supremo se extraen dos conclusiones. La primera es que todas las sentencias reconocen, implícitamente, el incumplimiento del contrato por la falta de diligencia del deudor en el modo de prestar el servicio. Por lo tanto, el incumplimiento del contrato se constata, en estos casos, por la culpa del deudor; o lo que es lo mismo, el incumplimiento del contrato *es la culpa*. De ahí la afirmación de que, en los casos de obligaciones de medios, la culpa no es en puridad un criterio de imputación de responsabilidad, sino un hecho determinante del incumplimiento en sí mismo (DÍEZ-PICAZO, 2008, 724).

La segunda conclusión es que esta doctrina del Tribunal Supremo juzga la culpa del deudor contractual en función de modelos de conducta objetivos. Las sentencias determinan la falta de diligencia del deudor contractual en atención al modelo de conducta establecido por las *reglas del oficio*, a la *lex artis ad hoc* o la normativa específica del sector. En algún caso, como ocurre con la STS de 30 de diciembre de 2004 *(RJ* 2002, 516), el juicio de diligencia del deudor contractual se hace en atención a *la naturaleza de la actividad por él prometida*, es decir, con referencia a las exigencias del propio contrato. Los criterios del Tribunal Supremo para determinar la culpa quedan objetivados.

Por lo tanto, si esta doctrina del Tribunal Supremo determina el incumplimiento de contratos de prestaciones de servicios conforme a las reglas, objetivas y neutras, del modelo de conducta exigible o de las exigencias del propio contrato, puede afirmarse que el incumplimiento del contrato consiste, también, en la no obtención de un resultado, garantizado al acreedor por medio del contrato.

Ello permite unificar la idea de incumplimiento para las obligaciones de medios y de resultado. Si en las obligaciones de resultado, el incumplimiento consiste en la no realización del resultado garantizado en el contrato, y en las obligaciones de medios llamamos «resultado» a la prestación correcta y diligente de un servicio de acuerdo con unos criterios objetivos, se puede alcanzar una noción unitaria de incumplimiento de obligaciones de medios y de resultado. ¿Por qué no hemos de llamar resultado a la prestación correcta del servicio? Esta idea la ha desarrollado MORALES, señalando que la utilización de la noción de culpa, de modo objetivado y normativizado, nos permite afirmar que, en el caso de las obligaciones de medios, el incumplimiento significa, objetivamente, que *no se ha producido el resultado buscado por el acreedor*; el resultado no alcanzado es la no obtención (inmaterial) de la prestación correcta del servicio esperado (MORALES MORENO, 2009, 219-220). De esta forma, se diluye la diferencia entre la noción de incumplimiento de obligaciones de medios y de resultados, y se

maneja un concepto unitario de incumplimiento en la línea de los Principios UNIDROIT y PECL.

Por otro lado, se advierte cómo la doctrina del Tribunal Supremo sobre incumplimiento de contratos de prestación de servicios, a pesar de estar fuertemente enraizada en la culpa del deudor y contener pocas referencias al contrato, maneja criterios objetivos para constatar la prestación defectuosa del servicio. De este modo, puede apreciarse que la jurisprudencia del Tribunal Supremo incorpora la culpa en la noción misma de incumplimiento contractual de las obligaciones de medios, pero de forma neutra; está reconociendo que el incumplimiento del contrato de servicios se produce porque el deudor no ha desarrollado su conducta conforme a la diligencia debida; el deudor se ha desviado del modelo objetivo de conducta establecido en el contrato.

La diferencia con las obligaciones de resultado está, únicamente, *en la forma de probar el incumplimiento*; en el caso de los contratos de obligaciones de resultado, al acreedor le basta constatar el hecho de la no obtención del resultado prometido (por ejemplo, la falta de entrega de un bien o la entrega de un bien distinto al pactado); en cambio, en el caso de las obligaciones de medios, el acreedor debe probar que el deudor, aunque ha prestado el servicio, se ha desviado del modelo de conducta exigible y esperado de conformidad con el contrato.

Se concluye, así, que la noción de incumplimiento contractual de contratos de prestación de servicios, que subyace en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, permite no solo unificar la noción de incumplimiento de contratos de medios y de resultado, sino que, además, es también acorde con la noción unitaria y neutra de incumplimiento contractual del moderno Derecho de contratos.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que los Principios UNIDROIT matizan el modo de producirse el incumplimiento contractual al distinguir en su artículo 5.1.4 entre «obligación de resultado» y «obligación de emplear los mejores esfuerzos». De acuerdo con el artículo 5.1.4 de los Principios UNIDROIT «(1) En la medida en que la obligación de una de las partes implique un deber de alcanzar un resultado específico, esa parte está obligada a alcanzar dicho resultado. (2) En la medida en que la obligación de una de las partes implique un deber de emplear los mejores esfuerzos en la ejecución de la prestación, esa parte está obligada a emplear la diligencia que pondría en circunstancias similares una persona razonable de la misma condición».

Y, además, en relación con el remedio indemnizatorio, el artículo 7.4.1 de los Principios UNIDROIT garantiza que cualquier incumplimiento otorga a la parte perjudicada el derecho al resarcimiento, salvo que el incumplimiento sea excusable. Sobre este artículo, señalan los Comentarios del Instituto UNIDROIT que «el grado de dificultad en probar el no cumplimiento dependerá del tipo de obligación, en particular, si se trata de una obligación de

servicios (*best efforts*) o una obligación de lograr un resultado específico» [20]. Obsérvese, por tanto, cómo se subraya aquí una diferencia entre las obligaciones de servicios y de resultado en la prueba del incumplimiento. Por ello, se afirma que los Principios UNIDROIT al distinguir entre las obligaciones de medios y de resultado determinan mejor que los PECL el sistema de responsabilidad estricta (*strict liability*) que ambos Principios presentan por influencia de la Convención de Viena (GRUNDMANN, 2010, 67).

La distinción entre obligaciones de resultado y obligaciones de medios no tiene en el Derecho inglés la relevancia que ha alcanzado en el Derecho francés, español e italiano (VATTIER FUENZALIDA, 1997, 961). En el caso de Francia, la distinción entre obligaciones de medios y resultado es habitual entre jueces y abogados, aunque no haya sido nunca consagrada legalmente, ni siquiera en la reciente reforma del Código civil francés en materia del Derecho común del Contrato por la Ordenanza del 10 de febrero de 2016 y la Ley de Ratificación del 20 de abril de 2018 (BOILLOT, 2018, 76).

Sin embargo, el Derecho inglés no establece estas dos tipologías de obligaciones. En Derecho inglés rige el principio de responsabilidad estricta en materia de responsabilidad contractual, por lo que, normalmente, no es necesario probar la culpa del deudor para constatar el incumplimiento (McKENDRICK, 2018, 745). La responsabilidad estricta se justifica porque el deudor contractual asume de forma voluntaria una obligación y, por tanto, está obligado a cumplirla (McKENDRICK, 2018, 747-748). Si el deudor quiere restringir o limitar su responsabilidad debe establecerlo en los términos del contrato, por ejemplo, indicando que asume la obligación de emplear sus mejores o razonables esfuerzos —*best endeavours* o *reasonable endeavours*— para lograr el resultado prometido o pactando una causa de exclusión de responsabilidad contractual en caso de fuerza mayor[21]. Por lo tanto, será preciso atender a la naturaleza de la obligación adquirida por el deudor en cada contrato, para determinar si se obligó frente al acreedor a conseguir un resultado o si quedó obligado a emplear el cuidado y habilidad razonables —*reasonable care and skill*—, para lograr el resultado garantizado al acreedor (BEALE *et al.*, 2019, 728, 772-773).

No obstante, la doctrina inglesa destaca que ciertos contratos, como los contratos de prestaciones médicas (BEALE *et al.*, 2019, 728) o los contratos de prestación de servicios a consumidores (McKENDRICK, 2018, 748), llevan implícita la obligación del deudor de actuar con razonable cuidado y habilidad. En tales casos, solo se constará el incumplimiento contractual, si se demuestra que el deudor no ha actuado con nivel de cuidado y destreza que se encontraba implícito en el contrato (McKENDRICK, 2018, 748). Por ello, se afirma que en los países del *common law*, si el deudor debe cumplir su obligación contractual conforme a unos determinados estándares

de conducta, la culpabilidad parece estar embebida en la propia noción de incumplimiento; el deudor queda sujeto a una *obligation of best efforts* y deberá actuar como lo haría una persona razonable en las mismas circunstancias; en cambio, si la obligación consiste en conseguir un resultado, la culpa es del todo irrelevante (SCHELHAAS, 2015, 830).

La doctrina francesa destaca que, aunque parezca que el Derecho inglés no atribuye a la culpa la relevancia que tiene en el Derecho francés, lo cierto es que ambas jurisdicciones, exigen al deudor unos determinados estándares de conducta al ejecutar su prestación, cuando se trata de contratos celebrados con profesionales para que presten sus servicios; la diferencia entre ambas legislaciones se encuentra en la técnica legal empleada para exigir el estándar de conducta y para determinar el incumplimiento y la responsabilidad del deudor (ROWAN, 2011, 18).

Por todo ello, puede concluirse que, aunque el moderno Derecho de contratos no mencione la culpa, sí que exige que la constatación del incumplimiento de un contrato de prestación de servicios deba hacerse probando que el deudor no llevó a cabo la prestación con todo el esfuerzo, cuidado y atención que le exige la conducta debida, o lo que es lo mismo, deberá probarse que no actuó con la diligencia debida. Por tanto, la noción unitaria y neutra de incumplimiento contractual del moderno Derecho de contratos comporta, también, la exigencia del acreedor de probar el incumplimiento del deudor en los contratos de prestaciones de servicios, y ello equivale a asumir (aunque no se diga expresamente) que el incumplimiento se manifiesta en la prueba de la culpa del deudor.

V. CONCLUSIONES

I. El objeto de este trabajo ha sido contrastar el papel de la culpa del deudor en la noción de incumplimiento contractual según el Código civil, frente a la noción neutra de incumplimiento contractual del moderno Derecho de contratos.

II. A lo largo del mismo, se ha puesto de manifiesto cómo la doctrina del Tribunal Supremo distingue entre una noción «subjetiva» de incumplimiento contractual, que exige la imputación de culpa al deudor en los casos de prestaciones de servicios que han generado daños al acreedor, y una noción «objetiva» de incumplimiento para los contratos de obligaciones de resultado, basada en la constatación de la no obtención del resultado. La cuestión que ha pretendido aclarar este trabajo es si esta doble noción de incumplimiento contractual que se aprecia en la doctrina del Tribunal Supremo es compatible con la noción única y neutra de incumplimiento contractual que incorpora el moderno Derecho de contratos.

III. De la jurisprudencia examinada se desprende que, a pesar de que el Tribunal Supremo se refiere de un modo distinto al incumplimiento de contratos (de forma «objetiva» para las obligaciones de resultado y de forma «subjetiva» o por culpa para las obligaciones de medios), el planteamiento del incumplimiento contractual no difiere en uno y otro caso; la diferencia solo estriba en el modo en que debe probarlo el acreedor. En ambos supuestos el incumplimiento consiste en la no obtención del resultado esperado por el acreedor, de acuerdo con lo establecido en el contrato. En el caso de las obligaciones de resultado el incumplimiento se manifiesta en la constatación de su no obtención, pero ello no excluye la culpa del deudor. En cambio, en las obligaciones de medios, el Tribunal Supremo exige al acreedor la carga de acreditar que el deudor no actuó de conformidad con la diligencia debida para determinar el incumplimiento.

IV. A su vez, la jurisprudencia analizada permite constatar que la culpa se ha objetivado en la doctrina del Tribunal Supremo, hasta tal punto que puede afirmarse que se ha equiparado a la noción neutra de incumplimiento del moderno Derecho de contratos. A pesar de que la jurisprudencia del Tribunal Supremo se basa en la culpabilidad del deudor para determinar el incumplimiento contractual de prestaciones de servicios de un modo que parece inconciliable con la noción neutra del moderno Derecho de contratos, puede afirmarse que nuestra jurisprudencia maneja una noción de culpa objetivada y normativizada, y que determina el incumplimiento contractual por la constatación de que el servicio no se ha prestado de conformidad con las reglas del modelo de conducta exigible. Además, aunque la culpa no se menciona en el moderno Derecho de contratos, está implícitamente reconocida en la constatación del no cumplimiento de la diligencia debida en las obligaciones de medios (*obligation of best efforts*).

V. Por todo ello, la doctrina del Tribunal Supremo sobre incumplimiento de contratos es acorde con el moderno Derecho de contratos. Aunque puede parecer que nuestro sistema sigue anclado en la culpa del deudor para determinar el incumplimiento de contratos de un modo opuesto a la noción neutra de incumplimiento del moderno Derecho de contratos, ambos sistemas asumen una misma noción de incumplimiento contractual. La diferencia entre la noción «subjetiva» y «objetiva» de incumplimiento contractual que establece el Tribunal Supremo es más aparente o nominal que real o sustantiva. El Tribunal Supremo determina la culpa del deudor en las obligaciones de medios en función de criterios objetivos que determinan cómo debe prestarse el servicio, por lo que el incumplimiento contractual consiste en la falta de la prestación correcta del servicio por parte del deudor. Ello permite unificar la noción de incumplimiento contractual para las obligaciones de medios y de resultado en la no obtención del resultado garantizado por el deudor contractual. Por lo tanto, puede afirmarse que al igual que en el moderno Derecho de contratos,

la doctrina el Tribunal Supremo asume una noción única y neutra de incumplimiento de contrato. La única diferencia, en la que también ambos sistemas coinciden, se encuentra, en realidad, en el modo de probar el incumplimiento de contrato, según se trate de obligaciones de medios o de resultado.

ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA CITADA

- STS de 21 de noviembre de 1996.
- STS de 13 de diciembre de 1997.
- STS de 26 de septiembre de 2000.
- STS de 30 de diciembre de 2004.
- STS de 30 de marzo de 2006.
- STS de 27 de julio de 2006.
- STS de 15 de febrero de 2008.
- STS de 22 de octubre de 2008.
- STS de 24 de noviembre de 2008.
- STS de 17 de febrero de 2010.
- STS de 17 de marzo de 2011.
- STS de 19 de julio de 2013.
- STS de 18 de marzo de 2014.
- STS de 27 de marzo de 2015.
- STS de 28 de mayo de 2015.
- STS de 8 de abril de 2016.
- STS de 4 de noviembre de 2016.
- STS de 20 de febrero de 2017.
- STS de 1 de junio de 2018.
- STS de 14 de marzo de 2019.

BIBLIOGRAFÍA

ALBIEZ DOHRMANN, K.J. (2018). *El moderno derecho alemán de obligaciones*. Santiago de Chile: Ediciones Olejnik.

BADOSA COLL, F. (1987). *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil.* Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España.

— (1990). *Dret d'Obligacions*. Barcelona: Publicacions de la Universitat de Barcelona.

BEALE, H., FAUVARQUE-COSSON B., RUTGERS, J. y VOGENAUER, S. (2019). *Cases, Materials and Text on Contract* Law. Oxford: Oxford Hart Publishing.

BOILLOT, C. (2018). La reforma del Derecho común del Contrato en el Código civil francés, Ordenanza del 10 de febrero de 2016 y Ley de Ratificación del 20 de abril de 2018. *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 47, 61-182.

CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (1993). *Las obligaciones de actividad y de resultado.* Barcelona: Bosch.

— (1998). Comentario al artículo 25. En L. Díez-Picazo y Ponce de León (dir.). *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena.* Madrid: Civitas, 211-222.

COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN (SECCIÓN CIVIL) (2009). *Propuesta de Modernización del Código civil en materia de Obligaciones y Contratos*. Madrid: Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica.

CRESPO MORA, M.ª C. (2005). *La responsabilidad del abogado en el Derecho civil.* Cizur Menor (Navarra): Thomson-Civitas.

— (2013). Las obligaciones de medios y de resultados de los prestadores de servicios en el DCRF, *InDret,* núm. 2, disponible en http://www.indret.com/pdf/971.pdf

— (2017). La modernización del contrato de servicios en el Derecho español: estudio de la Propuesta de la Comisión General de Codificación. En J.M. Embid Irujo, J.M. Miquel González, A.M. Morales Moreno (dirs.) C. Arija Soutullo, M.J. Santos Morón (coords). *Estudios Jurídicos. Liber Amicorum en honor a Jorge Caffarena.* Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 263-291.

DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R. (2006). El «resultado» en la obligación del médico. ¿Ideas sensatas o que pueden volverse locas? En E. Llamas Pombo (dir.). *Estudios de Derecho de obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez.* Tomo 1. Madrid: Wolters Kluwer, La Ley, 419-468.

DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L. (2008). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II. Las relaciones obligatorias.* Cizur Menor (Navarra): Thomson-Civitas.

— (2003). Reforma de los Códigos y derecho europeo. *Anuario de Derecho Civil*, Fascículo 4, 1565-1574.

DÍEZ-PICAZO, L., ROCA TRÍAS, E., y MORALES MORENO, A.M. (2002). *Los Principios del Derecho Europeo de* Contratos. Madrid: Civitas.

FENOY PICÓN, N. (2010). La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: Propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte Primera: Aspectos generales. El incumplimiento. *Anuario de Derecho Civil*, Fascículo 1, 47-136.

GARCÍA PÉREZ, R.M. (2011). Construcción del incumplimiento en la Propuesta de Modernización: la influencia del Derecho privado europeo. En K. Jochen Albiez Dohrmann (dir.), M. L. Palazón Garrido, y M.M. Méndez Serrano (coords). *Derecho privado europeo y modernización del derecho contractual en España*. Barcelona: Atelier, 330-368.

GRUNDMANN, S. (2010). The Fault Principle as the Chamaleon of Contract Law: A Market Function Approach. En B. Shahar, A. Porat (ed.). *Fault in American Contract Law*. New York: Cambridge University Press, pp. 35-509.

HONNOLD, J. (2009). *Uniform Law for International Sales Under the 1980 United Nations Convention.* The Hague/London/Boston: Kluwer Law International.

INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW*, Unidroit Principles of International Commercial Contracts*, Roma, 2016.

JORDANO FRAGA, F. (1991). Obligaciones de medios y de resultado (A propósito de alguna jurisprudencia reciente). *Anuario de Derecho Civil*, Fascículo 1, 5-96.

LAMARCA MARQUÉS, A. (dir.). (2008). *Bürgerliches Gesetzbuch,* Traducción del Código civil alemán. Madrid: Marcial Pons.

LANDO, O. y BEALE, H. (2000). *Principles of European Contract Law, Parts I and II*. The Hague/London/Boston; Kluwer Law International.

McKENDRICK, E. (2018). *Contract Law. Texts, cases and materials*. Oxford: Oxford University Press.

MORALES MORENO, A.M. (2006-A). Evolución del concepto de obligación en Derecho español. En A. M. MORALES MORENO *La Modernización del Derecho de Obligaciones.* Cizur Menor (Navarra): Thomson-Civitas, 17-54.

— (2006-B). Autonomía de la voluntad y responsabilidad en la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías. En A. M. MORALES MORENO *La Modernización del Derecho de Obligaciones.* Cizur Menor (Navarra): Thomson-Civitas, 203-221.

— (2009). Problemas que plantea la unificación del concepto de incumplimiento del contrato. En *Derecho de daños*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 193-221.

— (2010). *Incumplimiento del contrato y lucro cesante. Discurso leído el día 8 de febrero de 2010 en el acto de su recepción pública como Académico de Número por el Excmo. Sr. D. Antonio Manuel Morales Moreno y en contestación del Excmo. Sr. D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León*. Madrid: Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

PANTALEÓN PRIETO, F. (1991). El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate). *Anuario de Derecho Civil,* Fascículo 3, 1019-1091.

ROWAN, S. (2011). Fault and breach of contract in France and England: some comparisons. Legal Studies Research Paper Series, University of Cambridge, Paper No.19/2011, disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1837505

SCHELHAAS, H. (2015). Article 7.1.1. En S. Vogenauer (ed.). *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts.* Oxford: Oxford University Press, 829-832.

VATTIER FUENZALIDA, C. (1997). El interés de la clasificación de las obligaciones de medios y resultado. En A. José Bueres, A. Kemelmajer de Carlucci (dirs,). *Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al Profesor Doctor Atilio Aníbal Alterini.* Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 960-965.

— (2005). Notas sobre el incumplimiento y la responsabilidad contractual. *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja,* núm. 3, 58-68.

VIDAL OLIVARES, A. (2011). El incumplimiento y los remedios del acreedor en la Propuesta de Modernización del Derecho de las obligaciones y contratos español. *Revista Chilena de Derecho Privado,* núm. 16, 243-302.

— (2015). Incumplimiento contractual y pretensión de cumplimiento específico en los Principios Latinoamericanos de Derecho de contratos. En A. Vaquer Aloy, E. Bosch Capdevila y M.P. Sánchez González (dirs.). *El derecho común europeo de la compraventa y la modernización del derecho de* contratos. Barcelona: Atelier, 745-767.

XIOL RÍOS, J.A. (2013). La moderna doctrina jurisprudencial en torno a la culpa y responsabilidad en el ámbito de la responsabilidad contractual y extracontractual. En J. López y García de la Serrana y I. Sánchez Ruiz de Valdivia (dirs.), *Cuestiones actuales sobre responsabilidad civil*. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 205-286.

NOTAS

[1] Convención de Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, adoptada en Viena en 1980.

[2] Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del Instituto UNIDROIT, Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado. Su última versión data de 2016 y se encuentra disponible en https://www.unidroit.org/ instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016.

[3] Principios del Derecho Europeo de Contratos, elaborados a instancias de la Comisión Europea y presentados por los profesores Ole Lando y Hugh Beale en la publicación LANDO, O., BEALE, H, (2000) *Principles of European Contract Law - Parts I and II - Combined and Revised*. The Hague/London/Boston: Kluwer Law International. Su traducción al español puede consultarse en los comentarios a los PECL de DIEZ-PICAZO L., ROCA TRÍAS E. y MORALES MORENO A.M. (2002) *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos,* Madrid: Civitas.

[4] COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN (SECCIÓN CIVIL), (2009). Propuesta de Modernización del Código civil en materia de Obligaciones y Contratos. Madrid: Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica.

[5] Han sido utilizados como principal referencia para la elaboración de este trabajo las obras de DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L. (2008). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II. Las relaciones* obligatorias. Cizur Menor (Navarra): Thomson/Civitas, MORALES MORENO, A.M. (2006). *La Modernización del Derecho de Obligaciones.* Cizur Menor (Navarra): Thomson-Civitas, BADOSA COLL, F. (1987). *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*. Bolonia: Publicaciones de Real Colegio de España y PANTALEÓN PRIETO, F. (1991) El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate). *Anuario de Derecho Civil,* Fascículo 3, 1019-1091.

[6] *Vid.* Propuesta de Modernización del Código civil en materia de Obligaciones y Contratos, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, p. 22.

[7] *Vid. supra* nota al pie 5.

[8] Para el estudio de la Convención de Viena, he utilizado los comentarios de HONNOLD J. (2009). *Uniform Law for International Sales.* The Hague/London/Boston, Kluwer Law International, así como los Comentarios dirigidos por DÍEZ-PICAZO, L. (1998). *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de* Viena. Madrid: Civitas.

[9] He trabajado con última versión de los Principios UNIDROIT de 2016, redactados y comentados por el Grupo de Trabajo de expertos constituido en el año 2015, y que fueron publicados en 2016 por el International Institute for the Unification of Private Law. Se encuentran disponibles en https://www.unidroit.org/ instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016. Asimismo, he consultado los Comentarios a los principios UNIDROIT, redactados por especialistas de Derecho comparado, coordinados y dirigidos por VOGENAUER S. (2015). *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts*. Oxford. Oxford University Press.

[10] En el caso de los PECL, he trabajado con la versión publicada por LANDO, O., y BEALE, H, (2000) *Principles of European Contract Law - Parts I and II - Combined and Revised*. The Hague/London/Boston. Kluwer Law International y con los comentarios a los PECL de los profesores DÍEZ-PICAZO L., ROCA TRÍAS E., y MORALES MORENO A.M. (2002) *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos,* Madrid, Civitas.

[11] En relación con el Derecho inglés, he consultado la obra McKENDRICK, E. (2018) *Contract Law. Texts,* Oxford: Oxford University Press; para el Derecho francés me he basado en el trabajo de las profesoras ROWAN, S. Fault and breach of contract in France and England: some comparisons, Legal Studies Research Paper Series, University of Cambridge, Paper No.19/2011, disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1837505 y BOILLOT C. (2018). La reforma del Derecho común

del Contrato en el Código civil francés, Ordenanza del 10 de febrero de 2016 y Ley de Ratificación del 20 de abril de 2018. *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 47, septiembre-diciembre, 61-182. Para una versión contrastada del Derecho inglés, francés y alemán, he consultado la obra de Derecho comparado de BEALE, H. FAUVARQUE-COSSON B. RUTGERS, J. VOGENAUER, S. (2019) *Cases, Materials and Text on Contract Law,* Oxford, Oxford Hart Publishing.

[12] LAMARCA MARQUÉS (2008) *Bürgerliches Gesetzbuch*, Traducción del Código civil alemán.

[13] HONNOLD cita el siguiente ejemplo para ilustrarlo: A (vendedor) acordó con B (comprador) la venta de 100 sacos de arroz. En el contrato se pactó por escrito que A entregaría a B el arroz en sacos nuevos. Cuando A procedió a la entrega del arroz, tenía unos sacos de arroz ya utilizados que, a su entender, servían igual que unos nuevos, y pensó que B los aceptaría si le hacía un descuento en el precio. Antes de que A entregara a B el arroz, B le comunicó que había acordado un contrato de reventa del arroz en sacos nuevos y que, aunque a él le parecía bien que A le entregara el arroz en sacos usados, haciéndole un descuento, era fundamental para la persona que le iba a comprar a B el arroz que B se lo entregara en sacos nuevos. A entregó el arroz en los sacos utilizados puesto que eran de muy buena calidad. B rechazó la entrega y le notificó la resolución del contrato por el riesgo de que el nuevo comprador no le aceptase los sacos ya usados. Según HONNOLD, en este caso, A incurre en un incumplimiento esencial del contrato; podía haber previsto que si entregaba a B el arroz en sacos ya usados iba a ocasionarle un importante perjuicio a B (HONNOLD, 2009, 276).

[14] En el Derecho inglés, el término «*non-performance*» es más amplio que el término «*breach of contract*»; «*non-performance*» abarca todo incumplimiento de contrato, también el producido por un impedimento ajeno al control del deudor (LANDO, BEALE, 2000, 124).

[15] El abogado defendía a tres trabajadores de una empresa de seguridad —concesionaria del servicio de seguridad de Telefónica—, que perdieron su puesto de trabajo al producirse el cese de la contrata y adjudicarse esta a otra empresa. A pesar de que la nueva concesionaria estaba obligada por convenio colectivo a mantener la relación laboral de estos trabajadores, no lo hizo. Tres trabajadores demandaron a sus abogados por haber interpuesto una demanda de reclamación de derechos en lugar de una demanda por despido improcedente, que fue desestimada por el Juzgado de lo Social por inadecuación del procedimiento.

[16] El inmueble se vendió por 2.450.000 euros. Cuatro días antes de otorgarse la escritura tuvo entrada en el Registro de la Propiedad un embargo sobre dicho inmueble por un importe que ascendía a 2.550.000 euros.

[17] Como es sabido, en supuestos de daño desproporcionado, el Tribunal Supremo ha admitido que su sola producción ya demuestra, por sí misma, la culpabilidad del médico sin necesidad de probar la mala praxis médica y la relación de causalidad entre su actuación y el daño No obstante, desde el año 2005 se observa en la jurisprudencia del Tribunal Supremo una moderación en la doctrina del daño desproporcionado, ya que el Tribunal Supremo no admite directamente la culpa del médico, por desproporcionado que resulte el daño, si este prueba que el daño no fue debido a su negligencia, como ocurre en esta sentencia (XIOL RIOS, 2013, 205).

[18] Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la defensa de consumidores y usuarios y otras leyes complementarias. El artículo 11.2 señala, a continuación, que «*se consideran seguros los bienes o servicios que, en condiciones de uso normales o razonablemente previsibles, incluida su duración, no presenten riesgo alguno para la salud o seguridad de las personas o únicamente los riesgos mínimos compatibles con el uso del bien o servicio y considerados admisibles dentro de un elevado nivel de protección de la salud y seguridad de las personas».*

[19] El artículo 223 de la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima, impone al porteador el deber de custodia de las mercancías.

[20] UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, published by International Institute for the Unification of Private Law, Rome, 2016, 270.

[21] *Vid*, por ejemplo, la sentencia de la Corte de Apelación de Gales y Escocia, *Jet2.com Ltd v Blackpool Airport Ltd [2012] EWCA Civ 417, 2 April 2012,* disponible en http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2012/417.html

(Trabajo recibido el 16-9-2019 y aceptado para su publicación el 7-11-2019)

Los derechos reales de adquisición de constitución voluntaria: una propuesta de regulación sistemática en el Código civil[1]

The preferential rights in the acquisition of property voluntarily created: a proposal for a systematic regulation in the Civil Code

por

M.ª DOLORES MAS BADÍA
Profesora titular de Derecho civil
Universitat de València

RESUMEN: El presente estudio analiza la regulación correspondiente a los derechos reales de adquisición de constitución voluntaria, integrada en el título XI del libro III de la Propuesta de Código civil elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil. En la Propuesta se asume el reto de ofrecer una regulación sistemática, coherente y que dé respuesta a los problemas que plantea en la práctica una categoría de derechos que carece de ella en el Código civil y que es objeto de viva polémica doctrinal sobre no pocas cuestiones. Parte de la convicción, basada en circunstancias objetivamente constatables, de que los derechos de adquisición mantienen su vitalidad y desempeñan en la actualidad una función importante en el tráfico jurídico.

ABSTRACT: This paper studies the regulation of the preferential rights in the acquisition of property voluntarily created included in Book III, Title III, of the Proposal of Civil Code produced by the Association of Civil Law Professors. The Proposal accepts the challenge to provide a systematic, coherent and effective regulation for a category of rights where currently none exists in the Civil Code. That category of rights is highly polemic. The Proposal starts from the belief, based in objectively-identified circumstances, that these rights retain their vitality, having an important role for legal transactions today.

PALABRAS CLAVE: Derechos reales de adquisición. Propuesta de Código civil. Tanteo. Retracto. Opción.

KEY WORDS: Preferential rights in the acquisition of property. Proposal of Civil Code. First-refusal right. Purchase option.

SUMARIO: I. REFLEXIONES PRELIMINARES: 1. ORIGEN DE LA INICIATIVA Y PREMISAS SOBRE LAS QUE DEBÍA CONSTRUIRSE. 2. VITALIDAD DE LOS DERECHOS DE ADQUISICIÓN EN EL TRÁFICO JURÍDICO. 3. ESTRUCTURA DEL TÍTULO XI DEL LIBRO III Y PRECISIONES TERMINOLÓGICAS: *A) Estructura del título XI del libro III de la Propuesta de Código civil. B) Algunas precisiones terminológicas.*—II. REQUISITOS QUE HAN DE REUNIR LOS DERECHOS DE ADQUISICIÓN DE CONSTITUCIÓN VOLUNTARIA PARA GOZAR DE NATURALEZA REAL.—III. LOS DERECHOS DE ADQUISICIÓN PREFERENTE DE CONSTITUCIÓN VOLUNTARIA. ALGUNAS CUESTIONES PROBLEMÁTICAS: 1. LA ARTICULACIÓN DEL TANTEO Y EL RETRACTO. EL PUNTO DE INFLEXIÓN ENTRE AMBOS. 2. PLAZO DE DURACIÓN Y PLAZO DE EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE ADQUISICIÓN PREFERENTE DE CONSTITUCIÓN VOLUNTARIA: *A) Plazo de duración. B) Plazo de ejercicio y caducidad.* 3. REEMBOLSOS Y DEBER DE CONSIGNACIÓN: *A) Reembolsos a satisfacer por el retrayente. B) Deber de consignación.* 4. ACTOS O NEGOCIOS QUE FACULTAN PARA EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE ADQUISICIÓN PREFERENTE DE CONSTITUCIÓN VOLUNTARIA. 5. COLISIÓN ENTRE DERECHOS DE ADQUISICIÓN PREFERENTE DE DISTINTO TIPO.—IV. LOS DERECHOS DE ADQUISICIÓN DIRECTA. DERECHO DE OPCIÓN Y DERECHO DE READQUISICIÓN: 1. EL DERECHO DE OPCIÓN: *A) Concepto, naturaleza y constitución. B) Duración. C) Ejercicio. D) Transmisibilidad del bien y del derecho de opción. E) Preferencia sobre las cargas posteriores. F) Conservación del bien, gastos, frutos, mejoras y accesiones. G) Cancelación de la inscripción del derecho de opción caducado.* 2. EL DERECHO DE READQUISICIÓN: *A) Ideas introductorias. B) Duración. C) Oponibilidad. D) Frutos. E) Derecho de*

readquisición y comunidad de bienes.—V. CONCLUSIÓN GENERAL. —VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. REFLEXIONES PRELIMINARES

1. Origen de la iniciativa y premisas sobre las que debía construirse

La Asociación de Profesores de Derecho Civil (en adelante, APDC) puso en marcha, en septiembre de 2014, una ambiciosa iniciativa: la elaboración de una propuesta académica de Código civil que diera un impulso a la necesaria modernización de este Cuerpo legislativo en el siglo XXI. La labor se desarrolló por etapas. Tras varios años de trabajo, en 2018, se publicó la Propuesta de Código civil completa (en adelante, PCC)[2]. A partir de ahí se abrió un periodo de reflexión sobre algunas materias especialmente complejas o novedosas, orientada a partir de una serie de seminarios organizados de forma periódica en colaboración con la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario[3].

El presente estudio analiza, en profundidad, la regulación correspondiente a los derechos de adquisición de constitución voluntaria, integrada en el título XI («De los derechos de adquisición») del libro III («De los bienes»), de la que fui ponente[4].

La Propuesta de Código civil debía responder a unas características que en su momento estableció la Junta Directiva de la APDC. En concreto, «no tendría pretensiones de cambio en lo sustancial, limitándose a recoger y sistematizar el estado actual de la cuestión en la regulación de todas las instituciones, sin perjuicio de introducir modificaciones concretas sobre cuya necesidad existiera amplio consenso»[5]. La primera dificultad que surgió al diseñar el bloque referido a los derechos reales de adquisición, fue el punto de partida, que convertía en un reto imposible cumplir con esta directriz. Digo esto a la vista:

1.º En primer lugar, de la regulación parcial y selectiva de la categoría de los derechos de adquisición en el Código civil[6].

2.º De su cuestionable ubicación sistemática en sede de compraventa, (cap. VI «De la resolución de la compraventa», tit. IV, lib. IV)[7], —ubicación que ha sido criticada por su escaso valor racional y su nula utilidad práctica[8]—.

3.º De la inexistencia de unidad de criterio en la doctrina y la falta de claridad de la jurisprudencia en cuestiones básicas. Así: La propia naturaleza jurídico-real de estos derechos[9], que se cuestiona por no pocos autores con base, fundamentalmente, en la pretendida falta de poder inmediato y directo

sobre la cosa. Los efectos que produce su ejercicio (conocidos son los ríos de tinta que ha hecho correr el término «subrogarse» del art. 1521 CC, en especial al intentar conciliarlo con la «resolución» a que se refiere la regla del art. 1506 CC y la propia rúbrica del cap. VI, tit. IV, lib. IV CC)[10]. La discusión sobre los tipos a incluir en la categoría, con especial polémica sobre el derecho de opción o, en general, sobre los derechos reales de adquisición de constitución voluntaria, en los que se centra el presente estudio. O el debate sobre cuestiones concretas relativas a su estructura y función.

A partir de esta compleja realidad, el objetivo era ofrecer una regulación sistemática, coherente y que diera respuesta a los problemas que plantea en la práctica una categoría de derechos que carece de ella en el Código civil. Por lo que respecta a los derechos de adquisición de origen voluntario, se trataba de pasar, en gran medida, de la atipicidad a la tipicidad.

2. Vitalidad de los derechos de adquisición en el tráfico jurídico

Hubo una premisa básica que orientó la labor. La convicción, basada en circunstancias objetivamente constatables, de que los derechos de adquisición mantienen su vitalidad y desempeñan en la actualidad una función importante en el tráfico jurídico. Si esto no fuera así no tendría sentido regularlos por mucho que se teorizara acerca de la pretendida virtud de la categoría. El Derecho, como tantas veces se ha dicho, es para la vida. Las necesidades que la vida impone constituyen el fulcro sobre el que apoyar cualquier regulación que se pretenda viable.

Cuando digo que cumplen una función en el tráfico jurídico no me refiero solo a los retractos legales. Estos siguen utilizándose en la práctica y plantean problemas que llegan a los Tribunales.

Como muestra, algunas sentencias de las muchas que podrían citarse. Dos, extraídas del ámbito de los arrendamientos urbanos: la importante STS, Sala Civil, de 14 de enero de 2014 *(RJ* 2015, 353), que precisa cuándo se entiende adquirida la propiedad del bien por el retrayente; o la STS, Sala Civil, de 21 de noviembre de 2016 *(RJ* 2016, 5648), que establece la legitimación del arrendatario de un local de negocio para ejercer el retracto pese a que el inmueble se encontraba subarrendado. La tercera, es la STS, Sala de lo Civil, de 17 de octubre de 2018 *(RJ* 2018, 4622), relativa al retracto de colindantes regulado en el artículo 27 de la Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de Explotaciones Agrarias (en adelante, LMEA —por cierto, son numerosos los pronunciamientos relativos a este tipo de retracto—), en la que la cuestión litigiosa afectaba al cómputo del plazo para ejercitar el derecho de adquisición preferente. O, dentro de la jurisprudencia menor, la SAP de Burgos (Sección 2.ª) de 4 de diciembre de 2018 *(JUR* 2019, 36756),

sobre dación de pago encubierta bajo la apariencia de donación, en que se afirma el derecho del colindante a retraer con base en el artículo 27 LMEA, discutiéndose acerca del carácter rústico o urbano de la finca retraída y sobre el precio a pagar (se concluye que lo era el de mercado, muy superior al valor declarado en la escritura de donación, tal y como se acreditó por medio de informes periciales). La SAP de Burgos (Sección 2.ª) de 5 de julio de 2017 (*JUR* 2017, 226984), en que se cuestionaba si el propietario de finca colindante destinada a mera cobertura vegetal, con recogida de hierba para pasto, sin necesidad de cultivo, cumplía los requisitos del artículo 27 LMEA. La SAP de Cádiz (Sección 2.ª) de 29 de junio de 2017 *(JUR* 2017, 220704), en que se rechaza el retracto arrendaticio rústico por no haber acreditado la arrendataria su condición de agricultora profesional. La SAP de Badajoz (Sección 3.ª), de 12 de mayo de 2016 *(AC* 2016, 957) en que se debatía la preferencia entre distintos tipos de retractos legales —cuestión esta que no resuelve con carácter general el Código civil y a la que ha intentado atender la PCC—. O la SAP de Málaga (Sección 4.ª) de 21 de enero de 2019 *(JUR* 2019, 167056), sobre la determinación del *«dies a quo»* en el cómputo del plazo para ejercitar el retracto de comuneros sobre la cuota del 50% de una vivienda subastada, en procedimiento administrativo, por la AEAT, considerando que el plazo del artículo 1524 del Código civil debía computarse, en el caso de autos, desde la celebración de la subasta administrativa, y no a partir del momento en que la Agencia Tributaria comunicó la adjudicación y los datos esenciales. Y así podría componerse, sin demasiado esfuerzo, una larga lista de ejemplos.

Además, cobran nueva vida los derechos de adquisición en favor de la Administración Pública como instrumento, entre otras, de la política de vivienda. Hace cuatro años la STC, Pleno, 154/2015, de 9 de julio de 2015 (ECLI:ES:TC:2015:154) se pronunció acerca de los derechos de adquisición preferente sobre viviendas protegidas reconocidos en favor de la Junta de Andalucía por Ley 13/2005, de 11 de noviembre. Recientemente, la Ley 27/2018, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera y de organización de la Generalitat valenciana[11] ha dado una nueva redacción a los artículos 51, 52 y 53 de la Ley 8/2004, de 20 de octubre, de la vivienda de la Comunitat Valenciana, en virtud de la cual se amplían notablemente las posibilidades de ejercicio de los derechos de adquisición preferente que ostenta la Generalitat en relación con la transmisión de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública. La interpretación de esta nueva normativa está provocando verdaderos quebraderos de cabeza a los prácticos del Derecho. En esta y otras esferas, como la política de medio ambiente, los derechos de adquisición reconocidos a favor de la Administración Pública se configuran como un mecanismo de tutela de los intereses generales. Otra cosa es que su eficacia práctica dependa de la

necesaria disponibilidad presupuestaria, pues la Administración, como es lógico, no está exenta de pagar el precio del bien si desea adquirirlo.

Pero no solo los derechos de adquisición preferente de origen legal mantienen su vigor. También queda de manifiesto en la realidad la vitalidad de los derechos de adquisición de origen voluntario especialmente en determinados ámbitos (sucesión en la empresa familiar, inclusión en los estatutos sociales de cláusulas que limitan la libre transmisibilidad de las acciones concediendo derecho de adquisición preferente a los socios, etc.). De nuevo, son testimonio de ella y de la conflictividad de estos derechos el constante goteo, sobre todo, de resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante, DGRN).

Así, p.e., la RDGRN de 10 de abril de 2014 *(RJ* 2014, 2381), que valoró si procedía la inscripción de la estipulación de una escritura por la que se formalizó la transmisión de dos fincas en pago de deuda, en la que se constituían sendos derechos de tanteo y retracto (de origen, pues, convencional). O la RDGRN de 18 de febrero de 2016 *(RJ* 2016, 2981), sobre derechos de adquisición de constitución voluntaria en la que se niega que los del caso concreto tengan naturaleza real por no cumplirse los requisitos necesarios para ello, admitiendo, como sucede en numerosas resoluciones, que, de haberse satisfecho los mismos, la solución hubiera sido la contraria[12]. Y muchas otras, a algunas de las cuales me referiré a lo largo de este trabajo.

Es más, la propia DGRN ha puesto de relieve, de forma insistente, cómo el de los derechos de adquisición preferente de constitución voluntaria es uno de los campos abonados —junto con algunas situaciones que se dan en el ámbito de la propiedad horizontal y la variada gama de las servidumbres reales y personales— para la posible constitución, en la actualidad, de derechos reales limitados con base en la autonomía privada a partir del «numerus apertus» en la creación de derechos reales cumplidos ciertos requisitos. Así, entre otras, las RRDGRN de 4 de mayo de 2009 *(RJ* 2009, 2776), la ya citada de 10 abril 2014 *(RJ* 2014, 2381), o, entre las últimas, la de 8 de noviembre de 2018 *(RJ* 2018, 4858) y la de 26 de abril de 2019 *(RJ* 2019, 1989).

En otro orden de cosas, es innegable el uso frecuente del derecho de opción (derecho de adquisición directa) en el ámbito de la construcción inmobiliaria o vinculado a algunas relaciones jurídicas como la arrendaticia.

Ante este panorama, la Propuesta de Código civil opta por ofrecer una ordenación general y sistemática de los derechos reales de adquisición.

Respecto de los derechos de adquisición preferente de origen legal, se ha procedido a una actualización de la regulación, teniendo muy en cuenta los desarrollos jurisprudenciales. Han sido estos los que han dado la pista de los problemas reales y se han incorporado soluciones que se encontraban ya aquilatadas. Cuando es la ley la que atribuye derechos de adquisición,

el propio ordenamiento jurídico, al tipificarlos, reconoce la legitimidad de su función y la protege. Estos derechos han pasado un test de legitimidad certificado por la tipificación. Este test, desde luego, no es inamovible: la evolución de la realidad social, nuevos valores, nuevas convicciones o nuevas necesidades podrían hacer que ese resultado, con el tiempo, variara. O, dicho de otro modo, que evolucionaran las orientaciones de política legislativa a las que aquellos responden. Téngase en cuenta que los derechos de adquisición que establece de modo directo la ley, siempre yuxtaponen al interés del titular un determinado interés social o general y el paso del tiempo, como digo, puede influir en las convicciones acerca del interés común. Sin embargo, los cierto es que esta misma realidad muestra hoy la vigencia de muchos de los derechos legales de adquisición preferente tradicionales[13] y la aparición de otros nuevos, lo que avala la conveniencia de mantener su regulación, aunque actualizada, intentando, por otra parte, integrarlos en un conjunto normativo que permita hablar de una teoría general de la categoría.

Pero los derechos de adquisición de origen voluntario —que centran la atención en este estudio— son harina de otro costal. Estos no se actualizan en la Propuesta, sino que se tipifican, en gran medida, *«ex novo»*.

La primera pregunta que había que contestar, la que nos daba el primero de los mimbres con los que construir la Propuesta respecto de los derechos de adquisición de constitución voluntaria, era la siguiente: ¿Es conveniente tipificarlos como derechos reales? ¿Por qué no dejarlos a la fuerza creativa de la autonomía privada conjugada con las reglas de la publicidad registral inmobiliaria o de la posesión de buena fe de bienes muebles, que ya ofrece el sistema, para resolver el problema básico de su oponibilidad frente a terceros?

No puede decirse ciertamente que en defecto de esta tipificación no pudieran constituirse voluntariamente derechos de adquisición con transcendencia real. Partiendo de un sistema de «numerus apertus» en la creación de derechos reales hay que admitir la posibilidad, no solo en el plano lógico sino también efectivo, de que los particulares constituyan estos derechos limitativos del poder de libre disposición del propietario, y que lo puedan hacer bien ciñéndolos al campo de lo puramente obligacional bien dotándolos de naturaleza real, cumplidos ciertos requisitos.

Existe una nutrida doctrina de la DGRN que valora los negocios en que se crean este tipo de derechos a efectos de su inscribibilidad y declara su naturaleza real satisfechas determinadas exigencias. Así lo ha reconocido igualmente el Tribunal Supremo en diversas sentencias.

La doctrina de la DGRN sufrió un punto de inflexión en esta materia con la RDGRN de 20 de septiembre de 1966 *(RJ* 1966, 4020)[14]. En ella se admitió la inscripción de sendos y recíprocos derechos de adquisición preferente, constituidos por pacto, para el caso de transmisión de ciertas

parcelas por título oneroso en el que no medie dinero, o por donación, herencia o legado[15]. A partir de entonces, la Dirección ha avalado en numerosos pronunciamientos la constitución voluntaria de derechos de adquisición preferente con naturaleza real y no meramente personal insistiendo en que *«ninguna duda ofrece la admisión en nuestro ordenamiento jurídico de los derechos de adquisición preferente constituidos por la voluntad de las partes como verdaderos derechos reales innominados. Y ello siempre que se cumplan los requisitos y se respeten los límites institucionales o estructurales propios de los derechos reales»* (RRDGRN de 10 de abril de 2014, *RJ* 2014, 2381[16], o de 8 de noviembre de 2018, *RJ* 2018, 4858, entre muchas otras).

Al hacerlo, la DGRN recuerda *«las dificultades señaladas por nuestra doctrina en relación con la caracterización de los derechos reales, tanto por la falta de una enumeración cerrada de los mismos, como por las dudas que con cierta frecuencia se plantean a la hora de interpretar sus características propias, como la inmediatividad o su carácter absoluto o eficacia "erga omnes", lo que en la práctica ha derivado en dudas y debates en torno a ciertos derechos sobre su condición de verdaderos y propios derechos reales, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. En este ámbito o zona de derechos de naturaleza real discutida se sitúan los tanteos y retractos voluntarios»*. Tras recordar la fundamental misión de los registradores de la propiedad evitando que entren en el Registro derechos, cargas y gravámenes que carezcan de trascendencia real, pone de relieve las dificultades prácticas de esta tarea, que se incrementan en relación con la calificación de títulos relativos a la constitución de derechos reales atípicos *«en los que el Derecho dispositivo no puede integrar las lagunas del título constitutivo»* (RDGRN de 10 de abril de 2014, *RJ* 2014, 2381, representativa de esta doctrina, o la reciente RDGRN de 26 de abril de 2019, *RJ* 2019, 1989, que la reitera).

La misma evolución, desde posiciones inicialmente restrictivas hasta la admisión de derechos reales de adquisición de constitución voluntaria, puede observarse en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Asumieron el carácter real de derechos de este tipo constituidos con base en la autonomía privada, las SSTS, Sala Civil, de 29 de abril de 2005 *(RJ* 2005, 4548)[17]; 22 de abril de 2008 *(RJ* 2008, 1995)[18], aunque el retracto no prospera por caducidad del plazo de ejercicio; o de 13 de mayo de 2009 *(RJ* 2009, 4744)[19], entre otras[20].

En cuanto a la literatura científica, son muchos los autores que se han decantado por la posibilidad de que los derechos reales de adquisición tengan origen voluntario[21].

Finalmente, la categoría se encuentra tipificada en Derechos autonómicos como el catalán o el navarro, a los que aludiré cuando corresponda, con un enfoque comparativo, a lo largo del trabajo.

Se regula en el capítulo VIII, título VI, del libro Quinto del Código civil de Cataluña (en adelante, CCCataluña), —aprobado por Ley 5/2006, de 10 de mayo, del libro quinto del Código Civil de Cataluña relativo a los derechos reales—[22]. Se añade la ordenación del derecho a redimir por carta de gracia por Ley 3/2017, de 15 de febrero[23]. En el Derecho navarro, hay que atender al capítulo IV del libro III («De la opción, tanteo y retracto voluntarios») de la Compilación de Navarra (en adelante, CN), actualizada por la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo (en adelante, Ley Foral 21/2019)[24].

Volviendo al diagnóstico efectuado por la DGRN cuando destaca las dificultades de integrar el título constitutivo de los derechos de adquisición de origen voluntario ante la ausencia de un régimen dispositivo general en la Ley, no cuesta mucho concluir que tales dificultades se allanarían si se ofreciera a los particulares un modelo legal, lo que exige regular de forma coherente y sistemática este tipo de derechos.

Y esto nos lleva a la siguiente cuestión: ¿Qué aporta llevarlos al Código civil?

No es suficiente buscar la respuesta en una mera cuestión de estilo o incluso de diseño de un sistema, sino que ha de vincularse con su efectividad práctica, con su potencial para solucionar los problemas que se plantean en la realidad mejor que dejándolos al juego de la autonomía privada sin apoyo en un modelo legal. Y esta es la clave —encarnada en estas dos palabras, que deseo subrayar— que en última instancia justifica la propuesta de regulación que analizamos: «modelo legal» vinculado a la seguridad del tráfico jurídico. En definitiva esto es lo que intenta la Propuesta de Código civil sobre los derechos reales de adquisición de constitución voluntaria: ofrecer una regulación que sirva de pauta a quienes decidan usar estas figuras para atender intereses legítimos y genere seguridad en el tráfico. Contar con un conjunto sistemático de normas, muchas de ellas de carácter dispositivo, que definan tipificándolo un modelo o modelos legales —según categorías— para los derechos de adquisición de constitución voluntaria, permite integrar las posibles lagunas de que adolezca el título constitutivo (piénsese, p. e., en la falta de mención del plazo de duración o del plazo de ejercicio del derecho) y clarifica los requisitos que deben revestir estos derechos voluntariamente constituidos para que se les reconozca naturaleza real y gocen de eficacia «erga omnes»[25].

¿Era imprescindible llevar a cabo esta regulación? Posiblemente no. Se trata de una opción de «política jurídica», entre las varias factibles. Ya hemos visto como en la práctica, aun careciendo de ella el Código civil, estos

derechos funcionan y llegan al Registro de la Propiedad. ¿Es conveniente? Se ha juzgado que sí, con base en los argumentos antes expuestos, aunque es una cuestión discutible y he de reconocer que discutida.

En cualquier caso, deseo subrayar que la regulación de derechos reales de adquisición de constitución voluntaria no empece a que estos puedan modelarse, también, como derechos meramente personales, con eficacia obligacional, cuando así lo decidan las partes o el constituyente en negocio unilateral, o cuando no se cumplan los requisitos que establece la Propuesta para que puedan configurarse con carácter real.

La Compilación de Navarra, tanto en su versión original, como en la que resulta de su actualización por la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, contempla de modo expreso esta doble posibilidad en la Ley 460. La misma dualidad se admite, implícitamente, en el Código civil de Cataluña. Así lo refleja el artículo 568-2, que establece los requisitos constitutivos de los derechos reales de adquisición y se refiere a la extinción de los derechos incompatibles creados con posterioridad *«si el derecho se había constituido como real»*.

En el caso de que los derechos de adquisición se conformen con carácter personal, no tendrán acceso al Registro de la Propiedad —salvo que la legislación inmobiliaria registral admita, en alguna hipótesis, esta inscripción, como sucede, en la actualidad con el derecho de opción (art. 14 RH)—. Y la transmisión de la propiedad a un tercero se resolverá, en principio, con una indemnización de daños y perjuicios. Tal indemnización correrá a cargo del sujeto que convino el derecho o aceptó el constituido en negocio unilateral o, también a cargo del adquirente que conocía la existencia del derecho (respecto de él, por vía de responsabilidad extracontractual). Si el adquirente actuó en connivencia con el transmitente para defraudar el derecho, podría llegar a hablarse de un contrato en daño de tercero con causa ilícita y, por tanto nulo, con lo que al no haber título válido se vería afectada la transmisión. Pero tal efecto no derivará de la naturaleza real del derecho, sino del juego de la teoría general del contrato. Un fenómeno paralelo, p.e., al que puede acontecer con la ruptura de un pacto de exclusiva. El conocimiento del derecho personal por el tercero hace que le resulte oponible y deba respetarlo.

En caso de constituirse el derecho de adquisición con carácter real, será oponible *«erga omnes»*, gozando de reipersecutoriedad. Su titular, con respeto de los límites derivados de la ley y del título constitutivo, podrá hacerlo valer frente a los adquirentes o subadquirentes del bien gravado y tendrá derecho a adquirir el citado bien libre de las cargas impuestas con posterioridad al nacimiento del derecho real de adquisición conforme con el principio de prioridad —salvo terceros especialmente protegidos—. Además, podrá establecerse a favor de personas concretas o ser configurado como derecho subjetivamente real, en beneficio de quien en cada momento

—mientras esté vigente el derecho de adquisición— sea propietario de otra finca[26] (p.e., un colindante aunque no cumpla los requisitos del retracto de colindantes regulado en el Código civil o en la LMEA).

El título XI del libro III de la PCC se ciñe a los derechos reales de adquisición. No se detiene, en cambio, en la regulación de los derechos de carácter personal. No sería oportuno hacerlo en esta sede. Aquellos quedan sujetos a las normas de la Teoría general de las obligaciones y los contratos.

Tras las reflexiones anteriores, con el ánimo de que quede claramente delimitado el objeto del presente estudio, hay que insistir en que este se ciñe al análisis de la propuesta relativa a los derechos reales de adquisición de constitución voluntaria no a aquellos que tienen un origen directo en la ley. Sin embargo, la PCC contiene una serie de disposiciones comunes a los derechos reales de adquisición con independencia de que tengan origen legal o voluntario. Y ciertas normas ubicadas entre las que integran el capítulo II del título XI, dedicado a los derechos de adquisición preferente de origen legal, se aplican, por remisión, a los de constitución voluntaria. Se atenderá, como es lógico, a todas ellas, pero siempre enfocado su análisis al estudio de los derechos reales de adquisición con origen en la autonomía privada.

He señalado en páginas anteriores que la orientación seguida al dotar de contenido concreto a la PCC se centra en ofrecer soluciones a un elenco de problemas concretos que manifiesta la realidad. Una orientación práctica, apegada al problema. Esta ha sido también mi opción a la hora de estructurar este trabajo. En lugar de realizar un comentario exegético, he seleccionado una serie de cuestiones problemáticas. En relación con ellas, comentaré el enfoque adoptado, las razones del mismo y, en su caso, otras alternativas posibles que han sido descartadas. En el orden de la exposición, me atendré a la estructura del título XI, distinguiendo, dentro de los derechos reales de adquisición de constitución voluntaria, entre los derechos de adquisición preferente —tanteo y retracto— y los derechos de adquisición directa, en los que falta dicha preferencia: —derecho de opción y, como modalidad de esta, el derecho de readquisición (figura que el Código civil denomina «retracto convencional»)—. Con carácter previo ofreceré una visión general de la estructura del título XI del libro III y aclararé alguna cuestión terminológica.

3. Estructura del título XI del libro III y precisiones terminológicas

A) Estructura del título XI del libro III de la Propuesta de Código civil

El título XI del libro III contiene una regulación actualizada de carácter general de los derechos reales de adquisición, sin perjuicio de la

ordenación de supuestos concretos en la Ley. Tal y como anuncia la Exposición de Motivos de la PCC, uno de los objetivos prioritarios ha sido responder a las cuestiones más conflictivas en la práctica. Cuando existen soluciones consolidadas en la jurisprudencia, se incorporan. Cuando esta adolece de falta de homogeneidad o no ha resuelto el problema, se prefieren aquellas que contribuyen en mayor grado a la seguridad del tráfico. Asimismo, «se evita calificar dogmáticamente la naturaleza jurídica de los efectos del ejercicio de estos derechos dejando esta labor al intérprete».

Para comprender de forma cabal la Propuesta sobre los derechos de adquisición de constitución voluntaria, es conveniente contar con una visión global de la estructura del título XI, en el que se integra tal regulación. Bascula esta sobre un doble criterio distintivo:

1.º El primero parte de la diferencia entre derechos de adquisición preferente y derechos de adquisición directa. Todos los derechos incluidos son derechos de adquisición en cuanto facultan a su titular para adquirir determinada cosa o derecho, limitando, de algún modo, el poder de disposición del propietario. Pero, ni todos son de adquisición «preferente» ni limitan del mismo modo este poder[27]. Los derechos de adquisición preferente pueden ejercitarse cuando el dueño del bien va a transmitirlo (tanteo) o efectivamente lo transmite (retracto), a un tercero frente al que tiene preferencia adquisitiva el tanteante/retrayente. Suponen limitaciones al dominio en la medida en que restringen la libertad del propietario a la hora de elegir a quien transmite la cosa, pero el *dominus* conserva la iniciativa de la enajenación. En cambio, los derechos de opción adquisitiva y de readquisición (nombre bajo el que se regula el que el Código civil llama «retracto convencional») son derechos de adquisición directa. Su titular puede hacerlos valer con independencia de cualquier enajenación prevista o proyectada por el dueño, forzándola con independencia de la intención de este. Ello justifica que la rúbrica del título se refiera a «derechos de adquisición», omitiendo el apelativo «preferente», que no encaja con el derecho de opción ni con el derecho de readquisición.

2.º El segundo criterio distintivo atiende al origen, legal o voluntario, de los derechos.

La combinación de estos dos criterios es la que marca la estructura del título XI («De los derechos de adquisición») del libro III. Se divide aquel en tres capítulos, destinados a regular, respectivamente, las disposiciones generales (capítulo I); los derechos de adquisición preferente de origen legal (capítulo II); y los derechos de adquisición de constitución voluntaria (capítulo III). Este último capítulo se integra, a su vez, por cuatro secciones.

La sección 1.º («Disposiciones generales») se detiene en la constitución y la cotitularidad del derecho. La sección 2.º, relativa a los derechos de adquisición preferente de constitución voluntaria, trata de los actos o negocios jurídicos que facultan para su ejercicio, duración, ejercicio del derecho —con remisión a las normas que rigen el derecho legal de adquisición preferente, a salvo determinadas peculiaridades—, reembolsos, transmisibilidad y renunciabilidad. En la sección 3.ª se regula el derecho real de opción. Finalmente, en la sección 4.ª se ordena el derecho de readquisición, que se concibe como una modalidad del derecho de opción, pero con especialidades respecto del régimen general de este. De ahí que, en el artículo de cierre de la sección, se prevea la aplicación supletoria de las normas que regulan la opción en lo no previsto de forma específica en aquella.

B) Algunas precisiones terminológicas

Como ya destacó RIAZA en 1919 y ha sido subrayado después con insistencia, desde un punto de vista semántico, el término «retraer» significa «traer hacia atrás», «ir hacia atrás», o «volver a traer», lo que encaja con el supuesto que el Código civil denomina «retracto convencional» (que, en la propuesta, recibe el nombre de «derecho de readquisición»), pero no con aquellos casos en que el titular del derecho de adquisición, al ejercerlo, adquiere por primera vez la cosa, no la recupera o readquiere. Sea como sea, lo cierto es que el término «retracto» referido a los retractos legales se halla fuertemente arraigado en los textos normativos y en la práctica, por lo que se ha preferido mantenerlo, pese a su impropiedad semántica, para identificar el derecho de adquisición preferente que funciona una vez consumada la enajenación. Por las mismas razones se utiliza el término «tanteo» para nombrar al derecho de adquisición preferente en fase previa a la consumación de la enajenación.

Dentro de los derechos de adquisición directa, se distingue entre derecho de opción (se ha conservado la denominación tradicional) y derecho de readquisición. En relación con este último, se prefiere «derecho de readquisición» frente a otras fórmulas (como «pacto de retro» o «compraventa con pacto de retro» o de «retrovendendo») porque con la expresión elegida se hace hincapié en el derecho real más que en el negocio que puede darle origen. Además, tal y como se configura en la PCC, puede ir vinculado a negocios con finalidad traslativa del dominio o de otros derechos reales, diferentes a la compraventa. Adicionalmente, se evita el uso del término «retracto convencional» para marcar distancias con los derechos de adquisición preferente, para los que se ha reservado el término «retracto».

II. REQUISITOS QUE HAN DE REUNIR LOS DERECHOS DE ADQUISICIÓN DE CONSTITUCIÓN VOLUNTARIA PARA GOZAR DE NATURALEZA REAL

En la Propuesta de Código civil de la APDC, los derechos de adquisición de constitución voluntaria, se originan por un acto de autonomía privada, bien sea bilateral o unilateral, «inter vivos» o «mortis causa», a título gratuito u oneroso (art. 3113-1.1 PCC). Su configuración como derechos reales exige la concurrencia de unos requisitos estrictos, que vienen precisados en el artículo 3111-3 PCC, dentro del capítulo I («Disposiciones generales») del título XI. Tales requisitos afectan al contenido del título constitutivo, forma, publicidad, determinación del objeto y fin perseguido y se corresponden, salvo el relativo a la inscripción constitutiva, con los que la doctrina de la DGRN exige en la actualidad, de forma reiterada, para considerar que se ha creado un derecho real de adquisición y, por tanto, procede su inscripción[28]. Se pretende dar satisfacción a las exigencias de especialidad y determinación que deben cumplir los derechos que gocen de eficacia real y garantizar la seguridad del tráfico.

En esta línea, el artículo 3111-3 PCC reconoce que los derechos de adquisición de origen legal tienen siempre naturaleza real, mientras que los de origen voluntario solo tienen naturaleza real si satisfacen las siguientes exigencias:

a) Que en el título constitutivo se manifieste que el derecho se configura con tal carácter.
b) Que el título constitutivo se formalice en escritura pública y se inscriba en el Registro.
c) Que su constitución obedezca a la satisfacción de intereses legítimos[29].
d) Que el objeto sobre el que recae el derecho se encuentre claramente determinado.

En la versión de la PCC publicada en 2018, la inscripción se configuraba como requisito constitutivo cuando los derechos de adquisición de origen voluntario recaen sobre bienes inmuebles, pero no cuando lo hacen sobre bienes muebles. La redacción del artículo 3111-3.2.b) era la siguiente: *«Que el título constitutivo se formalice en escritura pública y, si el derecho recae sobre bienes inmuebles, se inscriba en el Registro de la Propiedad».* Sin embargo, reflexiones ulteriores han conducido a una propuesta de modificación sobre el texto inicial. Se plantea la conveniencia de extender la exigencia de inscripción constitutiva —inicialmente prevista para los bienes inmuebles— también a los derechos sobre bienes muebles (remitiendo, en este caso, a la inscripción en el Registro de Bienes Muebles). El apartado b) del número 2

del artículo 3113-3 PPC pasaría a tener la siguiente redacción: «*b) Que el título constitutivo se formalice en escritura pública y se inscriba en el Registro de la Propiedad o en el Registro de Bienes Muebles».* El cambio se justifica con base en la seguridad del tráfico y en la consideración de que la existencia de los derechos de adquisición, dadas sus características, no se exterioriza por medio de la posesión. La variación afecta a otro precepto de la propuesta: el artículo 3111-4 PCC («Objeto»), ubicado, como el anterior, en el capítulo I del título XI, entre las disposiciones generales. La referencia, en el número 1 del artículo, a *«bienes muebles identificables»*, como posible objeto de los derechos de referencia, se sustituye por la de *«bienes muebles registrables»*.

III. LOS DERECHOS DE ADQUISICIÓN PREFERENTE DE CONSTITUCIÓN VOLUNTARIA. ALGUNAS CUESTIONES PROBLEMÁTICAS

1. La articulación del tanteo y el retracto. el punto de inflexión entre ambos

Es esta una de las cuestiones a definir en cualquier ordenación general de los derechos de adquisición preferente. La Propuesta de Código civil de la APDC pivota sobre tres ejes básicos en relación con este punto: A) La articulación del tanteo y el retracto como dos fases del derecho de adquisición preferente, presentes ambas como regla general que admite algunas excepciones, o, si se prefiere, como derechos que operan, respectivamente, en fase pre y postadquisitiva, en relación con la adquisición por el tercero frente al que se ostenta la preferencia. B) La vinculación del retracto a la frustración del tanteo por causa ajena a la voluntad del titular del derecho de adquisición preferente. C) El establecimiento de una regla de responsabilidad a cargo del propietario que obstaculice o impida el ejercicio del derecho de adquisición en fase de tanteo.

El artículo 3111-1.1 PCC, tras incluirlos entre los derechos reales de adquisición[30], precisa que *«el derecho de tanteo y el de retracto son facultades de un mismo derecho de adquisición preferente que faculta a su titular para adquirir la propiedad u otro derecho real sobre un bien cuando su propietario o titular decide enajenarlo o efectivamente lo enajena, con preferencia al adquirente y en las mismas condiciones»*.

Conocida es la falta de homogeneidad actual a la hora de articular la posibilidad de tanteo previo en los distintos supuestos de retracto legal, no solo en el Código civil, sino en las leyes especiales. En ocasiones, se reconoce tanteo y retracto cumulativamente[31]; en otras, el retracto procede cuando se ha frustrado la posibilidad de tantear[32]; y hay supuestos, finalmente, en los

que solo existe retracto[33]. Esta disparidad no solo carece de justificación, sino que ha sido fuente de conflictos, incluidas conductas abusivas dirigidas a entorpecer el ejercicio del derecho de adquisición preferente. Por otra parte, si no se reconoce la posibilidad de hacer valer la preferencia en fase de tanteo y hay que esperar a que la enajenación esté ya consumada, la interferencia en el tráfico de los bienes es mayor. Además, el hecho de que el Código civil no contemple el ejercicio en fase de tanteo y de retracto obedece a razones históricas que ha explicado de forma convincente COCA PAYERAS (1985, 35 y sigs.). En el Proyecto de Código civil de 1836 (arts. 1152 y sigs.) se aludía, aunque no fuera con la claridad y técnica deseables, al tanteo y al retracto. La distinción desaparece, con toda lógica, en el Proyecto de 1851. Al adoptar este el sistema consensualista de transmisión de la propiedad y los derechos reales por el simple acuerdo, perfeccionado el contrato se produce automáticamente la transmisión de la propiedad o derecho real, con lo que no tiene sentido hablar de una fase de tanteo. El Código civil de 1889 adoptó, en cambio, el sistema del título y el modo (art. 609 CC), pero, por influencia del Proyecto de 1851 siguió omitiendo la referencia al tanteo, salvo en materia de censo enfitéutico, ya que la regulación del mismo proviene del Proyecto de 1877 sobre foros y del Código civil portugués y no del Proyecto de 1851.

En la Propuesta de Código civil se opta, como regla general, por la solución consistente en reconocer siempre tanteo y retracto[34], salvo que en norma especial, o, en el caso del derecho de adquisición preferente de origen voluntario, por disposición de los particulares, se excluya el derecho de tanteo. Así resulta de los artículos 3112-2 a 3112-5 PCC. Aunque se ubican en sede de derechos de adquisición preferente de origen legal, el artículo 3113-5 se remite a ellos respecto de los que se constituyen de forma voluntaria. Es pues, en lo esencial, una característica común a los derechos reales de adquisición preferente, con independencia de su origen, bien directamente en la ley bien en la voluntad de quienes los crean en ejercicio de su autonomía privada. Sin embargo, respecto de estos últimos, se establecen dos especialidades, en las que la regla definitiva depende de la voluntad manifestada en el título constitutivo: en primer lugar, salvo que este disponga otra cosa[35], el tanteo y el retracto solo pueden ejercerse respecto de la primera transmisión onerosa[36]; en segundo lugar, en el título constitutivo puede excluirse el derecho de tanteo, quedando configurado así el derecho de retracto como derecho autónomo[37]. No se contempla, en cambio, la posibilidad de tanteo sin retracto[38].

En otro orden de cosas, el retracto se vincula a la frustración del tanteo por causa ajena a la voluntad del titular del derecho de adquisición preferente.

El artículo 3112-3 PCC («*Ejercicio del derecho en fase de retracto*») dispone en su número 1 que *«(e)l retracto puede ejercerse una vez transmitida la propiedad o derecho real en los siguientes casos: a) Cuando no se practica o no se hace debidamente la notificación a que se refiere el artículo anterior. b) Cuando se efectúa la enajenación por un precio o en condiciones menos gravosas que aquellas que se notificaron. c) Cuando la enajenación se produce antes de finalizar el plazo para ejercer el derecho de tanteo»*.

Y en el número 2 añade: *«La enajenación ya efectuada debe ser notificada de forma fehaciente al retrayente con el fin de que pueda ejercer el derecho de retracto»*.

Por tanto, queda vedada la posibilidad de utilizar el retracto cuando practicada la correspondiente notificación con todos los requisitos legales[39], el titular del derecho de adquisición no ejerce el tanteo[40]. Así resulta del artículo 3112-3.3 PCC (*«El derecho de retracto queda excluido si, notificada debidamente la transmisión proyectada y sus condiciones, el titular del derecho de tanteo no lo ejerce»*) y del artículo 3112-3.1 PCC, *sensu contrario*. En la misma línea, si una vez conocidas las condiciones de una determinada transmisión proyectada, el titular del derecho de adquisición renuncia a ejercer el derecho de tanteo, ello implica la renuncia al retracto (art. 3112-7.3 PCC). Esta solución garantiza una mayor seguridad jurídica y contribuye a evitar conductas abusivas, que podrían entorpecer la eficacia de la preferencia adquisitiva, consiguiendo un mejor equilibrio de los intereses en juego del que resultaría del reconocimiento de retracto sin tanteo previo[41].

Por otra parte, para fomentar el interés del propietario en notificar las condiciones de la transmisión proyectada antes de que esta se produzca, y evitar al mismo tiempo maniobras fraudulentas que intenten entorpecer el ejercicio del derecho, se introduce una norma de responsabilidad que opera tanto a favor del titular del derecho de adquisición preferente, como del tercero retraído. Cuando por acción u omisión el transmitente frustre la posibilidad de ejercer el derecho de tanteo, queda obligado al resarcimiento de los daños ocasionados por esta causa de acuerdo con las reglas de la responsabilidad civil (art. 3112-4 PCC y art. 3113-5 PCC)[42].

Establecido lo anterior, hay una cuestión sobre la que tradicionalmente ha debatido la doctrina: la relativa al punto de inflexión entre el tanteo y el retracto. La Propuesta de Código civil lo sitúa en el momento en el que se entiende transmitida la propiedad o derecho real al adquirente[43]. Cuando la transmisión trae causa de un contrato con finalidad traslativa de dominio, como la compraventa, tienen que concurrir título y modo. En la venta judicial, la transmisión se producirá con el decreto (antes auto) de adjudicación. Una vez transmitida la propiedad o derecho real, cabe el retracto; antes, opera el tanteo.

Pero, fijado esto, queda en pie una segunda cuestión que afecta al tanteo: determinar si para que opere este es necesario que se haya perfeccionado el negocio, aunque no se haya consumado la adquisición del derecho real por el tercero[44], o cabe ejercer el tanteo cuando en virtud de las negociaciones o tratos preliminares o por existir una oferta en firme, se han determinado ya las condiciones de la transmisión aunque no se ha concluido todavía el negocio[45]. Esto si es que se admite, en un plano teórico —sobre lo que no existe acuerdo doctrinal—, que las condiciones puedan quedar fijadas antes de la perfección del negocio.

La Propuesta de Código civil indica que *«(e)l derecho de tanteo opera antes de que se produzca la transmisión de la propiedad o derecho real, una vez fijadas las condiciones de la transmisión proyectada, que el propietario o titular del derecho real está obligado a notificar de modo fehaciente al tanteante»* (art. 3112-2.1 PCC, al que se remite el art. 3113-5 PCC). Una interpretación estricta de tal precepto llevará a entender que no están fijadas las condiciones de la transmisión hasta que no se perfecciona el negocio traslativo de dominio. De modo que solo cabe el tanteo tras estipularse la venta y antes de la transmisión de la propiedad. Esta es la posición doctrinal mayoritaria en la actualidad, respecto de los supuestos que regulan tanteo y retracto (como sucede, p.e., en la legislación arrendaticia). Sin embargo, cabe en la letra del precepto una interpretación más amplia, en virtud de la cual tales condiciones pueden haber quedado concretadas incluso antes de la perfección del negocio. Piénsese p.e., en que exista una oferta todavía no aceptada. Las condiciones podrán ser comunicadas ya al tanteante para que pueda valorar con conocimiento de causa si le conviene o no adquirir. Soy consciente de que se trata de una cuestión muy controvertida. Pero es necesario subrayar que esta interpretación evita, al menos en algunos casos, tener que deshacer un negocio ya perfeccionado o desplazar de él al contratante, con los mayores costes que ello supone. Además, el riesgo de defraudar las expectativas del «comprador» puede resultar disuasorio para muchos potenciales compradores y entorpecedor, por tanto, del tráfico jurídico[46]. Si el titular del derecho de adquisición no está interesado en ejercerlo en esta fase, el propietario queda libre para enajenar el bien a favor del tercero sin que este corra el riesgo de sufrir los efectos del posterior ejercicio del derecho de adquisición. De esta forma se produce una menor interferencia en el tráfico jurídico, evitando operaciones inútiles, que tampoco parecen justificadas desde un punto de vista de análisis económico.

En cualquier caso, problemas de prueba aparte, es importante determinar cuándo han quedado fijados los términos de la transmisión porque esa circunstancia condiciona el momento a partir del cual hay obligación de notificar la transmisión proyectada al tanteante y, por tanto, la determina-

ción de cuándo se entiende incumplida esa obligación abriendo la puerta al ejercicio del retracto [art. 3112.3.1.a) PCC].

2. Plazo de duración y plazo de ejercicio de los derechos de adquisición preferente de constitución voluntaria

Entre los requisitos que la Dirección General de los Registros y del Notariado y el Tribunal Supremo consideran esenciales para que los derechos de adquisición de constitución voluntaria puedan configurarse con carácter real, destacan los relativos a la determinación del plazo tanto de duración como de ejercicio del derecho. Se trata de dos plazos diferentes.

A) Plazo de duración

El plazo de duración hace referencia al tiempo durante el cual estará vigente el derecho real de adquisición preferente. Marca el periodo vital o de existencia del mismo. La transmisión que activa la posibilidad de ejercicio del derecho debe producirse vivo este, es decir, dentro de su plazo de vigencia o duración. El plazo de duración viene conectado con la finalidad de evitar vinculaciones del dominio indefinidas o excesivamente prolongadas, hacia las que manifiesta enemistad el Código civil (como puede constatarse en los arts. 781 y 785.2.º CC)[47]. Se persigue no lastrar la libre circulación de los bienes más allá de unos límites temporales, lo que encuentra especial justificación en materia de derechos de adquisición de constitución voluntaria, que sirven a intereses particulares —considerados dignos de tutela—, a diferencia de los que tienen origen legal en los que se conjuga la satisfacción de intereses privados con su servicio a fines de interés general o social. La fijación de este plazo responde, asimismo, a las exigencias del principio de especialidad y dota de seguridad al tráfico jurídico.

En ocasiones se ha defendido que convendría distinguir entre los derechos reales de adquisición constituidos con independencia de toda otra relación jurídica entre el titular del derecho y el dueño del bien gravado, y aquellos otros en que tales derechos son meras facultades integrantes del contenido de un derecho subjetivo dentro de una relación jurídica duradera entre su titular y el dueño de la cosa, caso en el que dicha adherencia favorece la vigencia del derecho de preferente adquisición mientras dure la relación principal de la que forma parte (como sucede, p.e., en el artículo 14 RH en relación con la opción de compra inscribible). En el primer caso, la necesidad de concreción del plazo —se dice— es más intensa (RDGRN de 10 de abril de 2014).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina de la DGRN son contrarias a admitir la constitución voluntaria de derechos reales de adquisición con un plazo de duración indefinido o perpetuo, aunque el Derecho autonómico ofrece muestras de la solución opuesta[48].

En la Propuesta de Código civil se regula el plazo de duración en el artículo 3113-4 PCC, rubricado precisamente «Duración». En él

— Se establece un plazo máximo de treinta años desde la fecha de la constitución del derecho para la primera transmisión, y de diez años a computar desde la primera enajenación si se ha pactado su ejercicio en segundas o ulteriores transmisiones.

— Se admite la posibilidad de prórrogas sucesivas, cada una de las cuales no puede exceder del plazo de diez años. Debe entenderse que estas prórrogas requieren inscripción registral, en coherencia con el carácter constitutivo de la inscripción de estos derechos para gozar de naturaleza real. El derecho dura lo que el Registro publique. Las eventuales prórrogas no perjudicarán en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros, en virtud de una regla de prioridad.

— Se fija como plazo supletorio en defecto de pacto el de diez años.

El plazo de duración es una de las circunstancias que debe incluir el título constitutivo del derecho de adquisición [art. 3113-1.2.c)].

Con estas reglas no solo se evitan vinculaciones, aunque sean relativas, del dominio, sino que se combate la litigiosidad que en la actualidad presenta la cuestión del plazo de duración de los derechos reales de tanteo y retracto de constitución voluntaria al no estar tipificados en el Derecho común. La falta de regulación ha llevado, en ocasiones, a debatir si resultan o no aplicables por analogía los plazos de duración contemplados en el Código civil para el pacto de retro (art. 1508 CC) o el establecido en el artículo 14 RH para que el derecho de opción resulte inscribible (lo rechaza de modo expreso la STS de 8 de abril de 1981, por falta de identidad de razón, doctrina que sigue la RDGRN de 26 de abril de 2019, *RJ* 2019, 1989).

B) Plazo de ejercicio y caducidad

El artículo 3113-5 PCC[49] fija dos reglas especiales relativas al ejercicio de los derechos de adquisición preferente de constitución voluntaria y, en lo demás, remite al régimen de los derechos de adquisición preferente de origen legal (arts. 3112-2 a 3112-5 PCC). Las reglas especiales son las siguientes: 1.º En defecto de pacto, el derecho de adquisición preferente solo

puede ejercerse respecto de la primera transmisión onerosa. 2.º En el título constitutivo puede excluirse el derecho de tanteo.

En cuanto a la aplicación de las normas de los artículos 3112-2 a 3112-5 PCC, esta supone, en primer lugar, que el derecho se puede ejercer desde que su titular tiene conocimiento de las condiciones de la transmisión proyectada o efectuada por cualquier vía, sin que se exija, a tal efecto, que concurra ningún mecanismo singular de publicidad, como podrían ser la inscripción o la notificación[50].

La facultad de ejercicio caduca (en materia de derechos de origen legal, salvo que la ley disponga otra cosa; respecto de derechos de origen voluntario, hay que considerar que es una norma dispositiva, que opera en defecto de regla diferente en el título constitutivo) a los treinta días contados desde la notificación fehaciente de la enajenación proyectada (en el tanteo) o efectuada (en el retracto). Debe entenderse que la notificación se refiere tanto a la existencia como a las condiciones de la transmisión[51]. Al deber o carga de notificar aluden los artículos 3112-2 («Ejercicio del derecho de tanteo») y 3112-3 («Ejercicio del derecho de retracto») PCC, a los que se remite el artículo 3113-5 PCC. Aunque el primero de estos preceptos establece que es el propietario transmitente el que tiene la carga de notificar, no parece que haya obstáculo en admitir que pueda hacerlo cualquier interesado, en especial el tercero adquirente o que adquiriría si no ejerciera su derecho el tanteante.

En la Propuesta de Código civil se configura la acreditación de la notificación de la transmisión como requisito de inscribibilidad de esta en el Registro de la Propiedad. El artículo 3112-3.2.II PCC dispone: *«Para inscribir en el Registro de la Propiedad los títulos de adquisición entre vivos sobre fincas sujetas a un derecho de adquisición preferente debe justificarse la práctica de esta notificación»*. Sin embargo, como expondré a continuación, al establecer el «dies a quo» del plazo de caducidad para el ejercicio del retracto, el criterio de la notificación (se fija un plazo de caducidad de treinta días desde la misma), se combina con otro adicional de carácter objetivo: en todo caso el derecho de adquisición preferente caduca transcurrido un año desde la inscripción de la enajenación (art. 3112-5.3 PCC, al que remite el art. 3113-5 PCC). Hay que reconocer que este sistema solo encaja con la configuración de la acreditación de la notificación como requisito de inscribibilidad de la transmisión en aquellos casos en que, de forma anómala, se ha inscrito la transmisión sin que se hubiere acreditado la notificación o en que esta o su acreditación adolecieran de algún tipo de defecto. Fuera de esto, la notificación antecederá a la inscripción, de modo que el plazo del año a contar desde la inscripción no correrá porque, salvo en los supuestos patológicos indicados, se cumplirá antes el de los treinta días desde la notificación.

Como puede observarse, la Propuesta parte de la distinción entre el momento a partir del cual se puede ejercer el derecho y aquel en el que comienza a correr el plazo de caducidad para su ejercicio. En relación con este último, la determinación del «dies a quo» merece una especial atención. La litigiosidad que suscita esta materia en el Código civil en sede de retractos legales da idea de las indeseables consecuencias que puede tener en la práctica una determinación desafortunada del «dies a quo» por el legislador.

El derecho puede hacerse valer desde que el titular del mismo tiene conocimiento cabal, por cualquier medio, de la enajenación —proyectada o efectuada— y de sus condiciones, lo que le permite adoptar la decisión de tantear o retraer o la de no hacerlo con conocimiento de causa. En cuanto al plazo de caducidad, se fija como «dies a quo» el de la notificación fehaciente de las condiciones de la transmisión proyectada o efectuada (para el tanteo y el retracto, respectivamente)[52]. En consecuencia, el sistema prescinde, en un primer momento y salvo lo que luego se dirá, de la consideración, para determinar el inicio del cómputo del plazo de caducidad, del momento de la inscripción de la adquisición del tercero o del relativo al efectivo conocimiento de las condiciones esenciales de la transmisión por el titular del derecho de adquisición. Como razones en pro de este criterio ha aducido la doctrina que la inscripción, además de ser voluntaria, no refleja pactos de naturaleza obligacional que podrían influir en la decisión del titular del retrayente[53]. Por su parte, el efectivo conocimiento plantea dificultades adicionales de prueba relativa a la fecha en que se produjo y otras derivadas de la inseguridad del titular del derecho de adquisición acerca de su carácter exacto y completo.

Al fijarse el «dies a quo» en el momento de la notificación fehaciente y cabal de la transmisión y sus circunstancias, que se configura como una carga o deber del propietario transmitente, debe descartarse que conociendo el titular del derecho de adquisición el hecho de la venta pero no sus condiciones de modo completo o con exactitud, exista un deber de diligencia del retrayente que afecte a la caducidad del plazo para el ejercicio del retracto[54].

Ahora bien, el criterio de la notificación se combina, en el artículo 3112-5 PCC (al que se remite el art. 3113-5 PCC), con otro adicional de carácter objetivo: el momento final del plazo de caducidad nunca puede superar un año desde la inscripción de la transmisión en el Registro de la Propiedad (art. 3112-5.3 PCC)[55]. Al respecto, me remito a lo expuesto «supra» sobre los problemas que puede plantear esta regla en relación con la configuración de la acreditación de la notificación de la transmisión efectuada como requisito de inscribibilidad de esta.

El cómputo de los plazos se ordena por el artículo 12-6 PCC. El plazo empieza a contar el día siguiente al que constituye el «dies a quo», sin excluirse en el cómputo civil los días inhábiles. Debe entenderse que en

el supuesto de que el último día del plazo sustantivo coincida con un día inhábil a efectos procesales, resultará aplicable la jurisprudencia recaída hasta la fecha en materia de retractos legales según la cual la demanda de retracto (o de tanteo) pueda presentarse el primer día hábil siguiente (SSTS de 28 de julio de 2010 —*RJ* 2010, 6943— o de 29 de abril de 2009 —*RJ* 2009, 2903—). Se trata de una cuestión de índole procesal, no susceptible, por tanto, de recurso de casación, sino, en su caso, de recurso extraordinario por infracción procesal. El plazo de caducidad se rige por lo dispuesto en los artículos 620-1 a 620-4 PCC, que integran el Título II del Libro Sexto.

En conjunto, se favorece la seguridad jurídica, evitando incertidumbres relativas al inicio del plazo de caducidad. Y se sortea uno de los factores que tradicionalmente ha generado mayor litigiosidad en el ámbito de los derechos de adquisición preferente. La solución de la Propuesta concilia de modo equilibrado los intereses en juego. El titular del derecho de adquisición preferente dispone de tiempo suficiente para valorar si le interesa o no hacer valer su preferencia. Por otra parte, en fase de tanteo, el propietario que desea enajenar el bien no tiene que esperar demasiado tiempo para conocer esta decisión; y, en fase de retracto, no tiene que hacerlo el tercero que adquirió el bien para saber si es o no desplazado de su adquisición.

3. Reembolsos y deber de consignación

A) Reembolsos a satisfacer por el retrayente

Es conveniente distinguir entre los reembolsos a satisfacer por el retrayente (art. 3112-6.1 a 3 PCC) y el deber de consignar determinadas cantidades como requisito de admisibilidad de la demanda (art. 3112-6.4 PCC)[56]. La regulación de ambas cuestiones es común a los derechos de adquisición preferente de origen legal (art. 3112-6 PCC) y de constitución voluntaria (remisión del art. 3113-6 al 3112-6 PCC). El presente epígrafe analiza la primera de ellas.

El artículo 3112-6.1 PCC dispone que *«(e)l titular del derecho de adquisición preferente no puede ejercerlo una vez perfeccionado el contrato celebrado con el tercero sin reembolsar a este:*

a) El precio realmente pagado, coincida o no con el reflejado en el contrato. Se presume, salvo prueba en contrario, que el precio escriturado es el realmente satisfecho.

En el caso de dación en pago el importe del reembolso es el valor de mercado del bien dado en pago.

b) Los gastos del contrato y cualquier pago legítimo hecho para la transmisión del bien.

c) Los gastos necesarios y útiles hechos en la cosa transmitida. Se exceptúan los gastos útiles realizados con la intención de dificultar el ejercicio del derecho de retracto».

Los números 2 y 3 del mismo precepto añaden, respectivamente, que *«(n)o son reembolsables los gastos ordinarios hechos para la conservación de la cosa»*, ni *«los gastos suntuarios»*, aunque en este último caso, *«el adquirente retraído puede llevarse los objetos en que consistan si puede hacerlo sin menoscabo del bien»*. A las reglas anteriores debe sumarse lo dispuesto en el artículo 3112-1.3, según el cual, *«(e)n los negocios en que se ha pactado un pago aplazado, el titular del derecho de adquisición preferente que lo ejerce conserva el beneficio del plazo»*.

Sin el reembolso de las cantidades referidas en el artículo 3112-6.1 PCC, el retrayente no tiene derecho a entrar en posesión de los bienes retraídos ni a que se otorgue, en su favor, la correspondiente escritura pública. Con ello se tutelan los intereses del adquirente retraído.

Recogiendo doctrina jurisprudencial consolidada, en la Propuesta se establece que el retrayente habrá de reembolsar al tercero adquirente el precio realmente pagado, coincida o no con el reflejado en el contrato [art. 3112-6.1.a) PCC] [57]. Esta regla se acompaña de la presunción, salvo prueba en contrario, de que el precio escriturado es el realmente satisfecho. De prevalecer el precio manifestado sobre el real se produciría bien un enriquecimiento injustificado del retrayente cuando el precio real fuera superior al declarado (práctica habitual favorecida por la tentación de defraudar las normas fiscales), bien un entorpecimiento del derecho de retracto si el precio declarado fuese superior al realmente satisfecho. La frecuencia con que se da en la práctica la divergencia entre el precio real y el escriturado explica el gran número de casos que llegan a los Tribunales. Ahora bien, el precio escriturado tiene especial relevancia en relación con el juego de la carga de la prueba, pues es el interesado quien debe demostrar, en su caso, que fue otro el verdaderamente satisfecho, sin que baste, a estos efectos, que figure un precio distinto en un documento privado —SSTS de 7 de julio de 1948 (*JC* 1948, t. VI, núm. 200), 29 de mayo de 1957 (*JC* 1957, t. LIX, núm. 428), 10 de mayo de 1958 (*JC* 1958, t. LXIX, núm. 333), 14 de febrero de 1973 (*JC* 1973, 69), 12 de junio de 1984 (*RJ* 1984, 3232), 10 de junio de 1988 (*RJ* 1988, 4815) o 21 de septiembre de 1993 (*RJ* 1993, 6651), entre otras—. Problema distinto es que el precio escriturado sea muy diferente al valor de mercado del bien. Aunque no es este, sino el precio realmente satisfecho el que debe reembolsar el retrayente (STS de 1 de diciembre de 1953, *JC* 153, t. XXXII, núm. 416), una diferencia notable entre el precio

de mercado y el consignado documentalmente puede ser un indicio valioso, dentro de una prueba de presunciones, para considerar probado que el precio declarado no fue el realmente pagado.

En segundo lugar, el artículo 3112-6.1.a), párrafo segundo PCC dispone que *«(e)n el caso de dación en pago el importe del reembolso es el valor de mercado del bien dado en pago»*. Se da con ello solución a las dudas interpretativas surgidas ante la falta de regla expresa en el Código civil. En la actualidad, para algunos autores, si la transmisión se efectuó en virtud de dación en pago, la cantidad a satisfacer corresponde al valor de la deuda que quedó saldada a través de este expediente, mientras que para otros viene determinada por el valor del bien dado en pago y retraído. Pudiera pensarse que si se atiende a este último y el valor del bien es superior al de la deuda saldada, el acreedor retraído se enriquece sin causa; sin embargo entiendo que ello no es así, pues el acreedor aceptó el bien dado en pago por su valor y ahora recibe su equivalente. Si el bien vale menos que la prestación debida no se ve perjudicado el acreedor/adquirente/retraído, pues obtiene un valor equivalente al del bien que él aceptó en pago. En conclusión: es justo que el retrayente deba pagar el equivalente al valor del bien.

En relación con los gastos necesarios y útiles hechos en la cosa transmitida, tras afirmar —igual que el artículo 1518.2.º del Código civil— que deben reembolsarse estos [art. 3112-6.1.c) PCC][58], se ha considerado conveniente recoger una excepción que, por vía de interpretación, defienden algunos autores en relación con el artículo 1518.2.º del Código civil: no son reembolsables los gastos útiles realizados con la intención de dificultar el ejercicio del retracto[59]. Por otra parte, en cuanto a los gastos necesarios, se aclara, en el artículo 3112-6.2 PCC, que no son reembolsables los gastos ordinarios hechos para la conservación de la cosa. Es opinión generalizada, que los gastos ordinarios o de conservación son cargas del goce de la cosa, correspondiendo a la persona que ostentó este goce[60].

El artículo 3112-6.3 PCC establece que no son exigibles los gastos suntuarios, pero reconoce «ius tollendi» al adquirente retraído, que puede llevarse los objetos en que consistan aquellos si cabe hacerlo sin menoscabo del bien. Se acoge así la interpretación que de forma unánime mantiene la doctrina moderna sobre el artículo 1518 del Código civil, «sensu contrario».

En cuanto a la obligación de reembolsar los gastos del contrato y cualquier otro pago legítimo hecho para la transmisión del bien, el artículo 3112-6.1.b) PCC mantiene la fórmula del artículo 1518.1.º del Código civil, salvo que cambia «venta» por «transmisión». La finalidad de la regla es evitar que el primitivo adquirente sufra cualquier lesión en su patrimonio. El pago debe ser «legítimo», como contraposición a meramente voluntario, y efectivamente realizado[61]. La concreción doctrinal y jurisprudencial de los gastos

a reembolsar *ex* artículo 1518 del Código civil es eminentemente casuística y resulta aplicable a la PCC[62].

En otro orden de cosas, el artículo 3112-1.3 PCC dispone que *«(e)n los negocios en que se ha pactado un pago aplazado, el titular del derecho de adquisición preferente que lo ejerce conserva el beneficio del plazo»*. De ello se infiere que cuando parte del precio quedó aplazado, solo se reembolsará al adquirente retraído lo que este hubiese efectivamente satisfecho. En la actualidad, la regla puede deducirse, por interpretación, del Código civil pues, como recuerdan las SSTS de 11 de diciembre de 1944 *(JC* 1944, t. VIII, núm. 82), y de 20 de marzo de 1959 *(JC* 1959, t. LXXVII, núm. 192), hay que aplicar al retrayente las mismas condiciones de precio, plazo y garantías que al retraído. De lo contrario, no cabría predicar la «subrogación» a la que, aun en sentido atécnico, hace referencia el artículo 1521 del Código civil. A esta solución se ha opuesto que ello supone una verdadera novación del contrato que, al realizarse sin el consentimiento del transmitente, vulnera la norma del artículo 1205 del Código civil[63]. En cualquier caso, esta novación viene impuesta por ley. Con el texto de la propuesta se pretende zanjar las dudas.

Del artículo 3113-3 PCC resulta que en el título constitutivo puede pactarse el derecho de adquisición ante transmisiones gratuitas. En tal caso debería fijarse la cantidad a satisfacer, o entender que ha de abonarse el valor de mercado del bien. En sede de tanteo de origen legal, el artículo 3112-2.3 establece: *«Cuando la transmisión se produce mediante un negocio a título gratuito o a título oneroso en el que no existe precio propiamente dicho, el tanteante debe satisfacer el valor de mercado del bien»*.

B. Deber de consignación

El artículo 3112-6.4 PCC regula, como requisito de admisibilidad de la demanda de retracto, el deber de consignar el precio de la enajenación cuando sea conocido y ofrecer el pago de los gastos de legítimo abono. Si el precio no es conocido al interponer la acción, debe prestarse garantía suficiente de que será consignado cuando se conozca. Se tutelan así los intereses del demandado y se asegura la seriedad de la demanda (STC 12/1992, de 27 de enero —ECLI:ES:TC:1992:12—).

La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC), a diferencia de la de 1881 (arts. 1618 y sigs.), no regula un juicio especial de retracto, sino que ordena que se sustancien por los trámites del juicio ordinario las acciones de retracto de cualquier tipo, con independencia de su cuantía (art. 249.1. 7.º LEC). Existen, sin embargo, algunas especialidades relativas a ciertos requisitos de procedibilidad, en concreto, la necesidad

de acompañar determinados documentos para que se admita a trámite la demanda (arts. 266.2.º y 269.2.º LEC) [64], y, cuando así se exija por ley o por contrato, la consignación del precio si fuere conocido o garantía de que se consignará en cuanto lo fuere, todo lo cual debe acreditarse documentalmente (art. 266.2.º LEC) —originalmente se trataba del número 2.º del artículo 266; pasó a ser el 3.º tras la reforma por LO 7/2015, de 21 de julio—.

El artículo 266.2.º LEC manifiesta una significativa diferencia con el artículo 1618.2.º LEC/1881. Este último, al enumerar los requisitos que debían cumplirse para que fuera admitida la demanda de retracto, establecía: *«Que se consigne el precio si es conocido, o si no lo fuere, que se dé fianza de consignarlo luego que lo sea»* [65]. El precepto vigente, en cambio, obliga a presentar los documentos que acrediten la consignación o, en su caso, afianzamiento, solo *«cuando la consignación del precio se exija por ley o por contrato»*. Es decir, a diferencia de lo que ocurría con el artículo 1618.2.º LEC/1881, el deber de consignación no deriva de modo automático del artículo 266.2.º LEC, pues este solo se refiere a la obligación de acreditar el haber consignado cuando alguna norma legal o el contrato impongan aquel deber. Por tanto, en la actualidad, solo si se localiza una norma distinta al artículo 266.2.º LEC que establezca el requisito de la consignación para admitir la demanda de retracto, o se hubiese establecido así en el título constitutivo, podrán los Tribunales inadmitir la demanda de faltar dicha consignación o no haberse acreditado documentalmente su práctica.

El Código civil no contiene norma que imponga en los procedimientos en que se ejercite una acción de retracto, la consignación o, en su caso, afianzamiento del precio, aunque sí que existen algunos preceptos de Derecho autonómico que la regulan[66]. El Tribunal Constitucional entendió en la STC 144/2004, de 13 de septiembre, que el artículo 1518 del Código civil no establece tal deber de consignación o caución. Solo a partir de una indebida 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 que supedita (…) a que se exija por Ley o por contrato 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, 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»*, podría defenderse lo contrario (la STC 145/1998, de 30 de junio ya había distinguido con nitidez ambos institutos). Pese a todo, en la práctica sigue procediéndose a la consignación, probablemente por la inercia derivada del sistema anterior[67]. En la Propuesta de Código civil, se ha considerado oportuno establecer el deber de consignación como mecanismo de tutela de los intereses del adquirente que sufre el retracto (cfr. art. 3112.6.4 PCC).

En relación con los medios de consignación, a finales de los años 90 se produjo un cambio de criterio por parte del Tribunal Supremo, refrendado por el Tribunal Constitucional. Hasta esa fecha, si el precio era conocido, el Tribunal Supremo solo admitía, como medios válidos de consignación, el depósito en metálico y los cheques conformados; no así los simples cheques barrados, ni el aval bancario —SSTS de 20 de abril de 1994 *(RJ* 1994, 3214) o de 11 de julio de 1996 *(RJ* 1996, 5579)—. Esta doctrina cambia a partir de la STS de 15 de abril de 1998 *(RJ* 1998, 2982) que, por primera vez, admite la validez de la consignación del precio en el retracto mediante aval bancario. Pocos meses después, la STC 145/1998, de 30 junio (ECLI:ES:TC:1998:145), acoge la misma solución[68]. Tal jurisprudencia resulta plenamente aplicable bajo el régimen que se propone —art. 3112-6 PCC—.

4. Actos o negocios que facultan para el ejercicio de los derechos de adquisición preferente de constitución voluntaria

La Propuesta de Código civil regula esta cuestión en el artículo 3113-3 («*Actos o negocios que facultan para su ejercicio»)*, con carácter dispositivo. Se fija la posibilidad de ejercer los derechos de adquisición preferente de constitución voluntaria en los casos de compraventa, dación en pago, transmisión forzosa en pública subasta y aquellos que presenten analogía con los anteriores, atendida la naturaleza y función del negocio, salvo que en el título constitutivo se disponga otra cosa, pues lo establecido en él, tanto en sentido reductor como extensivo, prevalece. Salvo estipulación en contrario, no afectan al derecho de adquisición preferente las transmisiones a título gratuito, bien lo sean por acto entre vivos o por causa de muerte.

Cabe, con todo, que se pacte el ejercicio del derecho ante transmisiones a título gratuito. Y también ante transmisiones a título oneroso —distintas a la dación en pago— en las que no exista un precio propiamente dicho. Estos supuestos no son desconocidos en la actualidad en el ámbito de los derechos legales de adquisición preferente (*vid.,* p.e., el art. 22 LAR). En tales casos, como es lógico, el tanteante o retrayente no adquirirá en las mismas condiciones que lo hubiera hecho o que lo hizo el tercero[69] (no se puede hablar en sentido estricto de *«tantundem»*), sino que tendrá que pagar el valor del bien o la contraprestación establecida en el título constitutivo (conviene precisar en él con cuidado este extremo). Es esencial que los mecanismos que en su caso se establezcan para determinar el valor a satisfacer no se dejen al arbitrio de las partes y revistan los requisitos de determinación susceptibles de satisfacer las exigencias del principio de especialidad, pues solo así podrán tener acceso al Registro de la Propiedad (recuérdese que la

Propuesta configura la inscripción con carácter constitutivo). En el caso de pactarse la preferencia adquisitiva ante transmisiones a título gratuito o en que, aun siendo a título oneroso, no haya precio en sentido técnico (p.e., aportación a sociedad, permuta, etc.), si no se ha fijado la contraprestación a satisfacer en el título constitutivo o los criterios para fijarla, se aplica, por remisión del artículo 3113-5, la regla contenida en el artículo 3112-2.3 con referencia a los derechos de adquisición preferente de origen legal (*«Cuando la transmisión se produce mediante un negocio a título gratuito o a título oneroso en el que no existe precio propiamente dicho, el tanteante debe satisfacer el valor de mercado del bien»*), regla que debe entenderse extensiva al ejercicio en fase de retracto.

Las reglas anteriores se completan con otras dos, por remisión del artículo 3113-3.2 PCC a lo dispuesto en el artículo 3112-1. 2 y 3 PCC, ubicado en sede de derechos de adquisición preferente de origen legal. Cuando, con el fin de eludir el ejercicio del derecho de adquisición preferente, se simula un negocio distinto a los antes citados, el titular del derecho puede ejercerlo de modo simultáneo con la acción de simulación. Debe interpretarse que solo puede ejercerlo conjuntamente con la acción de simulación. Además, en los negocios en que se ha pactado un pago aplazado el titular del derecho de adquisición preferente conserva el beneficio del plazo.

5. Colisión entre derechos de adquisición preferente de distinto tipo

En la Propuesta de Código civil se ha creído conveniente dedicar un precepto a ordenar la preferencia entre derechos de adquisición preferente de distinto tipo, cuestión que carece de regulación general en el Derecho vigente[70], en el que solo pueden encontrarse reglas que atienden a supuestos concretos. Se opta por considerar preferentes los de origen legal sobre los de constitución voluntaria (art. 3112-10.1 PCC). Entre los primeros se establece una jerarquía que detalla el artículo 3112-10.2 y 3 PCC.

«2. Entre los derechos de adquisición preferente de origen legal el orden de preferencia es el siguiente:

a) Derecho de adquisición preferente del comunero y, en su defecto, el del nudo propietario en la enajenación del usufructo.
b) Derecho de adquisición preferente del arrendatario.
c) Derecho de adquisición preferente de los colindantes.

3. Las reglas anteriores se entienden sin perjuicio de lo establecido por las leyes especiales respecto de los derechos de adquisición preferente regulados a favor de las Administraciones Públicas».

Entre los de origen voluntario, el rango queda determinado por la prioridad en la inscripción que, recuérdese, tiene carácter constitutivo (art. 3112-10.4). Debe atenderse a tal efecto, conforme con las normas de Derecho inmobiliario registral, a la fecha y hora del asiento de presentación.

IV. LOS DERECHOS DE ADQUISICIÓN DIRECTA. DERECHO DE OPCIÓN Y DERECHO DE READQUISICIÓN

1. El derecho de opción

A) Concepto, naturaleza y constitución

El derecho de opción puede definirse como el derecho subjetivo de carácter patrimonial, de duración temporalmente limitada, que faculta a su titular (optante) para adquirir el bien por el precio o contraprestación y dentro del plazo de tiempo fijados en el negocio constitutivo (cfr. art. 3111-1.3 PCC). Este derecho carece de la nota de preferencia característica del tanteo y el retracto. El poder adquisitivo del optante opera con independencia de la voluntad transmisiva del propietario y sin necesidad de que exista un tercero con interés en adquirir. Su ejercicio perfecciona un contrato con finalidad traslativa de dominio (o de otro derecho real), habitualmente una compraventa. En la Propuesta de Código civil se opta por un sistema en que la adquisición de la propiedad (u otro derecho real) no es automática, sino que requiere tradición. Si el propietario del bien (concedente o subadquirente) se niega a otorgar la escritura pública, que implica tradición, puede hacerlo el juez en su nombre a instancia del interesado. Ahora bien, este podrá otorgarla unilateralmente si se ha establecido así en el título constitutivo.

La constitución de un derecho real de opción permite al optante deliberar sobre la conveniencia o no de celebrar el contrato definitivo, a cuya conclusión ha quedado vinculado, durante cierto tiempo, el concedente o quien sea propietario del bien en cada momento. O le da margen para intentar conseguir el numerario o crédito o la conjunción de determinadas circunstancias que hagan viable la adquisición. De este modo el optante se asegura la eventual adquisición, en el futuro y en las condiciones pactadas, del bien o derecho sujeto a la opción. Ahí radica la función o interés legítimo que justifica este derecho, aunque también puede dar cauce a maniobras especulativas.

La importancia práctica de tales cuestiones se acentúa por la amplia utilización de la figura en el sector de la promoción inmobiliaria, donde la opción de compra se presenta como un instrumento que, entre otras cosas,

permite garantizar la adquisición de suelo en el futuro, una vez solventadas las cuestiones urbanísticas y administrativas vinculadas al proyecto constructivo, sin tener que desembolsar, de momento, el importe equivalente al valor de este suelo, que puede acabar interesando o no.

Bajo el Derecho vigente suele tener origen convencional y si se inscribe en el Registro de la Propiedad —lo que puede hacerse cumplidos ciertos requisitos que detalla el artículo 14 RH—, goza de eficacia «erga omnes». La doctrina se halla dividida en cuanto a su naturaleza jurídica, debatiéndose si cabe encuadrarlo en la polémica categoría de los derechos potestativos o si constituye o no un derecho real.

La opción de compra se encuentra tipificada en los Derechos especiales de Navarra (leyes 460 y 461 y ley 517 del Fuero Nuevo de Navarra) y Cataluña (capítulo VIII del título VI del libro quinto del Código civil de Cataluña — Ley 5/2006, de 10 de mayo —). En el ámbito registral, el artículo 14 RH regula su inscripción en el Registro de la Propiedad[71]. Además, es objeto de regulación parcial en el artículo 13.1 LAU, en cuanto al derecho del arrendatario a continuar en el arrendamiento cuando se resuelva el del arrendador por el ejercicio de una opción de compra, entre otras causas. Por su parte, el artículo 251.3.ª.4.º LEC se refiere a la determinación de la cuantía de la demanda cuando esta se base en el derecho a adquirir la propiedad de un bien o bienes por opción de compra.

La Propuesta de Código civil dedica al derecho real de opción la sección 3.ª («Del derecho de opción») del capítulo III («De los derechos de adquisición de constitución voluntaria») del título XI («De los derechos de adquisición») del libro III («De los bienes»). Le resultan aplicables las disposiciones generales del citado capítulo, contenidas en el artículo 3113-1 PCC, además de las normas específicas de la sección 3.ª integrada por los artículos 3113-8 a 3113-15 PCC, así como las disposiciones generales del título XI, alojadas en el capítulo I (arts. 3111-1 a 3111-4 PCC).

El artículo 3111-1.3 PCC señala que *«(e)l derecho de opción faculta a su titular para adquirir la propiedad u otro derecho real sobre un bien por el precio o contraprestación y dentro del plazo de tiempo fijados en el título que lo constituye»*. El concepto ofrecido responde al general del derecho de opción, pero circunscrito a los supuestos en que este puede tener naturaleza real, lo que exige, en todo caso, que el contrato definitivo sea un contrato traslativo de dominio o de otro derecho real con perspectiva adquisitiva (el paradigma sería la opción de compra).

El derecho de opción tendrá naturaleza real cuando reúna los requisitos señalados en el artículo 3111-3 PCC, a los que ya me he referido en el epígrafe II, al cual me remito, no sin recordar que se dota a la inscripción de carácter constitutivo[72]. El libro III de la PCC se limita a regular la opción adquisitiva de carácter real, sin perjuicio de que en el tráfico puedan

funcionar derechos de opción meramente obligacionales, que quedan al margen de aquella regulación.

Conforme con el artículo 3113.1.1 PCC, el derecho real de opción puede tener su origen en un acto «inter vivos» o «mortis causa», a título gratuito u oneroso. Por tanto, no solo mediante contrato, sino también a partir de un negocio unilateral como el testamento. En la primera hipótesis, puede tratarse de un contrato autónomo (contrato de opción) o de un pacto inserto en un contrato que regule la opción en el marco de una relación jurídica a la que se sume aquella, p.e., un arrendamiento con derecho de opción, en cuyo caso el derecho de adquisición se verá afectado por la terminación de la citada relación.

El título constitutivo debe tener un contenido mínimo. Se aplica, a tal efecto, lo dispuesto, con carácter general, para todos los derechos de adquisición de constitución voluntaria, en el artículo 3113-1.2 PCC, con las especialidades del artículo 3113-8 PCC.

En relación con las prescripciones sobre contenido mínimo del artículo 3113-1.2 PCC, este incluye las siguientes menciones:

a) El sujeto o sujetos a favor de quienes se constituye.

b) El objeto sobre el que recae.

c) El plazo de duración del derecho.

d) La voluntad del constituyente o constituyentes de configurar el derecho como real.

e) En su caso (es decir, en la hipótesis de constituirse la opción con carácter oneroso), la prima convenida para conceder el derecho de adquisición. La prima no se considera anticipo del precio, salvo pacto en contrario[73]. Resultaría aplicable, de prosperar la Propuesta, la jurisprudencia moderna según la cual el impago de la prima permite exigir su reclamación judicial, no así resolver el contrato por esta causa, salvo que dicho impago se haya configurado con el carácter de condición resolutoria expresa[74].

f) El domicilio del titular del derecho de adquisición preferente o del concedente de la opción a los efectos de las notificaciones preceptivas. Adicionalmente las partes pueden señalar una dirección electrónica para la práctica de las citadas notificaciones siempre que se garantice la autenticidad de la comunicación y de su contenido, y quede constancia fehaciente del envío y recepción, y del momento en que se hizo.

Por su parte, el artículo 3113-8 PCC añade a las prescripciones anteriores dos cuestiones que deben incluirse en el título constitutivo del derecho de opción:

a) El precio o contraprestación a satisfacer por el bien en caso de ejercerse la opción o los criterios objetivos para su determinación. La con-

traprestación, aunque no lo especifique el precepto, no tiene por qué ser pecuniaria. Ha de entenderse que cabe la fijación del precio por remisión al arbitrio de un tercero[75].

b) En su caso, el pacto al que se refiere el artículo 3113-10.5.II PCC. Se trata del pacto que faculta al optante para otorgar unilateralmente la escritura en que se formaliza su adquisición, sobre el que volveré después.

B) Duración

La Propuesta de Código civil regula básicamente tres cuestiones relativas a la duración del derecho real de opción:

1. El plazo máximo de duración, que se fija en diez años, con una especialidad para el supuesto de que el derecho de opción se constituya como anejo a un arrendamiento, superficie, hipoteca u otro derecho real inscribible en el Registro de la Propiedad, en cuyo caso, la duración puede alcanzar, sin excederla, la totalidad de la de este, con las prórrogas correspondientes[76] (arts. 3113-9.1 y 3 PCC).
2. El plazo legal supletorio en defecto de pacto —que coincide con el anterior— (art. 3113-9.1 PCC).
3. Y la posibilidad y duración de eventuales prórrogas[77] (art. 3113-9.2 PCC). Las partes pueden pactar prórrogas sucesivas, cada una de las cuales no puede exceder del plazo máximo antes mencionado. Las prórrogas han de estipularse, en su caso, mientras no haya caducado el plazo inicial o la prórroga anterior, dado que se trata de una simple novación modificativa. Tales prórrogas, de producirse, solo afectarán a terceros una vez hayan accedido al Registro de la Propiedad.

Debe entenderse que el plazo es de caducidad, por lo que se aplica lo dispuesto en los artículos 620-1 a 620-4 PCC, que integran el título II del libro Sexto *(«De la prescripción y de la caducidad»*).

B) Ejercicio

El artículo 3113-10 PCC, rubricado «Ejercicio» señala, de acuerdo con un criterio jurisprudencial ampliamente reiterado, que el derecho de opción se ejerce mediante declaración de voluntad unilateral recepticia dentro del plazo de duración. El optante debe notificar fehacientemente el ejercicio de la opción en el domicilio o, en su caso, en la dirección de correo electrónico señalada a tal efecto en el título constitutivo. Lógicamente, si el bien ha

pasado a ser propiedad de un tercero, será a este a quien haya que notificar el ejercicio de la opción. En el caso de haberse inscrito la transmisión, el domicilio del nuevo titular constará en el Registro de la Propiedad. Se considera ejercido tempestivamente el derecho de opción cuando el optante emite la correspondiente declaración de voluntad antes de que transcurra el plazo de caducidad del derecho, aunque la misma llegue al concedente (o al propietario actual) fuera de plazo sin culpa del optante.

Debe tenerse en cuenta que el ejercicio de la opción no es un modo de adquirir el dominio, sino que se exige que concurra tradición, por aplicación de las reglas generales de la Propuesta de Código civil sobre adquisición de la propiedad y demás derechos reales (cfr. arts. 400-1 y 411-1 PCC), de las que no se ha querido separar aquella en sede de derecho de opción. La solución es pues distinta a la acogida en el CCCataluña, según lo interpretan los autores[78].

El ejercicio de la opción supone, en su caso, la consumación del contrato de opción y la perfección del contrato definitivo, sin necesidad de que el concedente deba emitir, a tal efecto, una nueva declaración de voluntad, pues ya prestó su consentimiento a este, con carácter irrevocable, en el contrato de opción (cfr. art. 3113-10.4 PCC). Por el juego del artículo 523-3 PCC, equivalente, *mutatis mutandi* al artículo 1279 del Código civil, el optante tiene derecho a exigir la formalización en escritura pública del contrato definitivo, ya perfeccionado mediante el ejercicio de la opción. Dicha escritura servirá, en la mayor parte de los casos, como tradición (art. 412-2 PCC, equivalente al art. 1462.II CC), al efecto de transmitir la propiedad de la cosa. El concedente de la opción o, en su caso, el propietario actual del bien, tiene la obligación de colaborar en el otorgamiento de la citada escritura. Si no se aviene a otorgarla, lo hará el juez en su nombre. Sin embargo, el optante está facultado para otorgar unilateralmente la escritura cuando así se ha pactado de manera expresa, una vez acreditada la notificación y la consignación del precio, sin necesidad de que concurra la otra parte, que ya prestó su consentimiento al perfeccionarse el contrato de opción[79]. En estos casos la DGRN entiende, en la actualidad, que el título inscribible, con valor traditorio, ha quedado integrado por la escritura de contrato de opción, otorgada por ambas partes, y por la escritura de ejercicio de la opción, otorgada unilateralmente por el optante-adquirente (así, entre otras, la RDGRN de 19 de julio de 1991 —*RJ* 1991, 5445—).

El pago del precio del bien no es requisito de perfección del contrato definitivo salvo que se disponga lo contrario en el título constitutivo[80]. Esta regla refleja el estado actual de la jurisprudencia[81]. Debe interpretarse que si se configura en el título constitutivo como requisito de perfección y el concedente o el propietario actual se niega a recibir el precio, el optante puede consignarlo a su disposición, con lo que se entendería cumplida su obligación.

C) Transmisibilidad del bien y del derecho de opción

La Propuesta dedica sendos preceptos a la transmisibilidad, por un lado, del propio derecho de opción (art. 3113-11 PCC) y, por otro, del bien sujeto al mismo (art. 3113-12 PCC)[82]. Son cuestiones que han suscitado tradicionalmente dudas interpretativas y sobre las que, en principio, cabía adoptar distintas soluciones.

Se establece que el derecho de opción es transmisible sin necesidad de consentimiento del concedente (ni del propietario actual del bien, de ser otro), salvo que se haya constituido en consideración a su titular (cuya muerte provoca, en tal caso, la extinción del derecho) o se disponga lo contrario en el título constitutivo. No son extraños en la realidad los casos en que el titular del derecho de opción lo ha convenido pensando en transmitirlo a otra persona interesada a cambio de un precio, en lugar de ejercerlo él mismo. Las partes pueden acordar que el concedente tenga derecho a participar del precio de la cesión onerosa del derecho de opción[83]. Aunque no lo diga de modo expreso el precepto, hay que entender que el derecho de opción puede hipotecarse[84]. Por otra parte, como señala COCA PAYERAS (2001, 195), la transmisión se somete a las mismas reglas formales que la constitución. Conforme con la PCC, será pues exigible su formalización en documento público e inscripción registral.

En cuanto al bien, puede transmitirse la propiedad del mismo sin consentimiento del optante, salvo que en el título constitutivo se establezca prohibición de enajenar. Existe obligación de notificar la transmisión al optante, dado que este ejercerá la opción, en su caso, frente al propietario actual del bien. La transmisibilidad del bien supone que la constitución de un derecho real de opción no implica cierre registral. Puede haber terceros interesados en adquirir el bien. Por una parte, no es seguro que el optante llegue a ejercer su derecho; por otra, el eventual riesgo de que sí que lo haga puede reflejarse en el precio de la transmisión si así lo convienen las partes. En cualquier caso, el derecho real de opción —que, recordemos, se habrá inscrito con carácter constitutivo— persiste y puede hacerse valer frente a quien resulte propietario del bien en cada momento (reipersecutoriedad).

F) Preferencia sobre las cargas posteriores

Dado que el derecho de opción no supone prohibición de disponer para el concedente y la inscripción de la opción no opera el cierra registral, aquel puede, aun después de la inscripción de la opción, enajenar la finca o constituir gravámenes sobre ella, y sus acreedores pueden embargar el bien y anotar la traba en el Registro de la Propiedad. Sin perjuicio, claro está,

de que, al ejercer la opción, el optante pueda hacer valer su preferencia, que se manifiesta, en el plano registral, en la cancelación por purga de las cargas posteriores. El artículo 3113-13 PCC, pensado para bienes inmuebles, establece, al respecto, las siguientes reglas.

Los derechos reales o gravámenes posteriores a la inscripción del derecho de opción (usufructo, hipoteca, anotación de embargo, etc.) *«no afectan al optante, que adquiere el bien libre de los mismos»*. Quedarán, pues, extinguidos si el titular de la opción la ejerce. En consecuencia, los asientos registrales mediante los que hayan accedido tales cargas al Registro de la Propiedad se cancelarán previa acreditación de la consignación del precio o contraprestación[85] —hasta el límite máximo del valor de las cargas— a disposición de sus titulares, a los que hay que notificar tanto el ejercicio del derecho de opción como la consignación practicada a su favor. No obstante, el optante puede elegir que las cargas subsistan con deducción de su valor del precio a satisfacer. Esta última regla no constaba en el texto de la PCC publicado en 2018, sino que se decidió incorporarla posteriormente[86].

De la cantidad a consignar puede deducirse:

a) El importe de la prima de la opción cuando se considere parte del precio. Como señala la RDGRN de 18 de mayo de 2011 *(RJ* 2011, 3971), al constar en el Registro que la cantidad pagada por el otorgamiento de la opción se deducirá del precio, si se ejercita tal derecho, cualquier titular de un derecho posterior tiene conocimiento de que tal cantidad no se consignará.
b) El importe de las cargas anteriores y preferentes a la propia opción, asumidas o satisfechas por el optante[87], aun cuando este importe absorba la totalidad del precio. La finalidad es evitar un enriquecimiento injusto del titular de la carga posterior en perjuicio del optante[88].

Queda excluido el deber de consignar[89]:

a) Si los titulares de cargas posteriores a la inscripción del derecho de opción consienten en ello.
b) Si los titulares de estas cargas admiten una prestación sustitutoria en lugar de la consignación del precio[90].

El pacto de compensar el precio con las deudas que el concedente tenga con el optante no excluye el deber de consignar.

Las reglas anteriores recogen doctrina consolidada de la DGRN, salvo la posibilidad de que el optante elija que las cargas subsistan con deducción de su valor del precio a satisfacer. Puede atenderse, entre otras, a las RRDGRN de 30 de mayo de 2017 *(RJ* 2017, 2654), 16 de diciembre de 2015 *(RJ* 2015,

6597), 27 de septiembre de 2014 (*RJ* 2014, 5498), 5 de septiembre de 2013 (*RJ* 2013, 8272), 18 de mayo de 2011 (*RJ* 2011, 3971), 4 de septiembre de 2009 (*RJ* 2009, 5684), 26 de marzo de 1999 (*RJ* 1999, 2184), 10 de abril de 1987 (*RJ* 1987, 3217), o 28 de septiembre de 1982 (*RJ* 1982, 5369).

En cuanto a la argumentación, la DGRN entiende aplicable la norma del artículo 79.2 LH a la cancelación de las cargas que hayan accedido al Registro de la Propiedad con posterioridad a la opción de compra aunque lo hayan hecho antes de su ejercicio, entre las que se encuentran las anotaciones de embargo, que constituyen el supuesto más litigioso —RRDGRN de 23 de julio de 2005 (*RJ* 2005, 6923), 18 de mayo de 2011 (*RJ* 2011, 3971) o 2 de marzo de 2015 (*RJ* 2015, 6508), entre otras—. Para ello es necesario, como regla general, el depósito del precio pagado a disposición de los titulares de las cargas posteriores, salvo que dichos titulares consientan en lo contrario o admitan una prestación sustitutoria. El precio consignado, pasará a ocupar por subrogación real la posición jurídica que al inmueble correspondía [cfr. por analogía arts. 1504 CC, 131.17.a) LH y 175.6 RH], de modo que los derechos que antes convergían sobre este, pasan ahora a recaer sobre aquel[91].

Debe entenderse que si se pactó el aplazamiento del precio que habría de satisfacer el optante, no cabrá, en principio, su consignación, ni por consiguiente la cancelación de las cargas no preferentes, hasta que venza el plazo[92], salvo que el interesado renuncie o las partes pacten la extinción del beneficio del plazo, sin perjuicio de tercero.

La DGRN ha destacado en numerosas resoluciones, a partir de la de 7 de diciembre de 1978[93], la primera que estableció la doctrina que se recoge en el artículo 3113-13 PCC, que aunque la necesidad de consignación en el caso que analizamos no se regula de modo expreso por el Derecho positivo, resulta de los principios generales del Derecho y de la aplicación analógica del régimen correspondiente a dos supuestos con los que considera que guarda identidad de razón a la vista de los intereses en juego. El primero corresponde a la cancelación de los derechos constituidos sobre bienes sujetos a condición resolutoria, cuando esta se cumple (art. 175.6.ª RH). El segundo, redirige a las reglas del procedimiento de ejecución extrajudicial hipotecaria, en cuanto establecen la necesidad de consignar el sobrante tras el pago al acreedor ejecutante y una vez cubiertos los gastos del procedimiento, a favor de los titulares de derechos posteriores (en la actualidad hay que estar al artículo 236.K.2 RH). El fin perseguido no es otro que cohonestar, en la medida de lo posible, el derecho preferente del optante con la tutela de los intereses de los titulares de cargas posteriores. En teoría caben varios sistemas posibles para lograr esto, que oscilan entre declarar la subsistencia de tales cargas con deducción de su valor del precio que el optante ha de satisfacer al concedente o al actual propietario de la finca; hasta establecer la extinción de tales cargas, pero garantizando en la medida de lo posible

la satisfacción de su valor a sus titulares. La DGRN defiende este último sistema[94]; la consignación es la forma de garantizar la protección de los titulares de cargas no preferentes, que se liquidan[95]. En coherencia con esta forma de gestionar el conflicto de intereses, no queda enervada la obligación de consignar el precio en su totalidad por haber pactado las partes que se compensaría el precio de la compraventa resultante del ejercicio del derecho de opción con las deudas que pudiera tener el concedente con el optante (pacto que podría encubrir una opción en garantía)[96].

En la Propuesta de Código civil se sigue, en principio, este modelo, pero con un importante matiz que consiste, como he dicho, en la posibilidad de que el optante elija, si así lo prefiere, que las cargas subsistan con deducción de su valor del precio a satisfacer.

G) Conservación del bien, gastos, frutos, mejoras y accesiones

El artículo 3113-14 PCC[97] regula con carácter dispositivo estas cuestiones, de modo que cabe establecer otras reglas diferentes en el título constitutivo. Impone al propietario la obligación de conservar con diligencia el bien objeto del derecho de opción, respondiendo frente al optante por el deterioro que sufra por su culpa o dolo, lo que incluye la pérdida parcial o total del bien[98]. Igualmente, atribuye al titular del derecho de opción la facultad de inspeccionar el bien para comprobar su estado de conservación. Corresponden al optante los frutos pendientes al ejercerse el derecho de opción, sin que aquel deba satisfacer compensación alguna. Igual regla se aplica a las accesiones y a las mejoras útiles realizadas por el propietario. Las mejoras suntuarias o de puro lujo y recreo no son reembolsables pero el propietario goza de «ius tollendi».

H) Cancelación de la inscripción del derecho de opción caducado

Se ha considerado conveniente ordenar esta materia en la Propuesta de Código civil mientras no se regule en la legislación hipotecaria, que es su sede natural. La cancelación del asiento de inscripción del derecho de opción una vez transcurrido su plazo de duración, exige la concurrencia de alguna de las circunstancias siguientes (art. 3113-15 PCC):

a) Consentimiento del optante.

b) Resolución judicial de la que resulte que el derecho de opción se ha extinguido por no ejercicio del mismo.

c) Estipulación expresa en el negocio constitutivo de la posibilidad y mecanismos para acreditar unilateralmente el concedente de opción o sus

causahabientes que el derecho ha caducado por transcurso del plazo sin que haya sido ejercido, unida a la citada acreditación[99].

d) Transcurso de cinco años desde la finalización del plazo para el ejercicio del derecho, salvo prórroga legal del asiento registral, siempre que no conste asiento alguno que indique haberse ejercido el derecho[100], modificado el título o reclamado judicialmente su cumplimiento[101]. Esta regla obedece a la norma del artículo 177.I RH[102], que evita tener que acudir necesariamente a un proceso judicial con el fin de permitir la cancelación del asiento de inscripción en casos que versan sobre derechos temporales, cuyo ejercicio está sometido a un plazo de caducidad (opciones de compra, retractos convencionales, etc.)[103].

El supuesto de hecho parte del transcurso del plazo de duración del derecho de opción sin que en el Registro aparezca que ha sido ejercido. En esta tesitura, el propietario del bien, insta la cancelación de la inscripción del derecho de opción. Se trata de una materia delicada y litigiosa. ¿La razón? Puede suceder que este derecho haya sido ejercido legítimamente, pero esta circunstancia y la correspondiente adquisición a favor del optante no hayan accedido al Registro de la Propiedad. En tal caso, el Registro publica una opción cuyo plazo ha transcurrido sin que los datos registrales ofrezcan información acerca de si ha sido o no ejercida. La cuestión, entonces, es determinar si cabe la cancelación automática por caducidad de la inscripción de la opción, aunque sea a instancia del interesado, o, por el contrario, se requiere el consentimiento del optante o, en su caso, resolución judicial.

La Propuesta de Código civil intenta resolver de forma equilibrada el conflicto de intereses que plantea la hipótesis descrita, a partir de lo que constituye doctrina consolidada de la DGRN[104]. Conforme con esta doctrina, la distinción entre el plazo de caducidad o duración del derecho de opción y la duración del asiento registral, que tiene, en principio, una vigencia indefinida, tiene dos consecuencias básicas. En primer lugar, permite al registrador de la propiedad hacer constar en el Registro el ejercicio tempestivo del derecho de opción aun después de transcurrido el plazo previsto para dicho ejercicio. Obsérvese que lo que se produce fuera del plazo de caducidad establecido para el ejercicio de la opción, no es —no podría serlo, por definición— dicho ejercicio, sino la inscripción de un ejercicio realizado temporáneamente fuera del Registro. En segundo lugar, y en relación con la cuestión anterior, el mero transcurso del plazo previsto para ejercer la opción no permite por sí solo cancelar el asiento de inscripción de esta (no resulta aplicable el procedimiento simplificado del art. 353.3 RH); si el derecho del optante se ha extinguido en la esfera civil —que es donde vive o fenece— hay que acudir, en principio, a la regla general del artículo 82 LH para obtener la cancelación de la inscripción: se requiere

consentimiento del titular o resolución judicial. El problema anterior, con todo, queda resuelto si al pactarse la opción de compra, las partes convienen con claridad un mecanismo que permita al concedente de la opción instar y obtener la citada cancelación. En cualquier caso, trascurridos cinco años desde la finalización del plazo de duración del derecho de opción, no se aplica el régimen anterior, sino que, ahora sí, podrá procederse a la cancelación automática del asiento en los términos del artículo 3113-15.d) PCC, antes expuestos.

2. El derecho de readquisición

A) Ideas introductorias

La doctrina y la jurisprudencia modernas conciben en general el «retracto convencional» de los artículos 1507 a 1520 del Código civil como un derecho de naturaleza real[105]. A partir de esta idea, se ha regulado la figura —bajo el nombre «derecho de readquisición»— en el libro III de la PCC, que le dedica la sección 4.ª («Derecho de readquisición»), del capítulo III («De los derechos de adquisición de constitución voluntaria») del título XI («De los derechos de adquisición»). Queda a salvo la posibilidad de estipular pactos de retroventa con eficacia meramente obligacional, cuyo incumplimiento se resolverá con una indemnización de daños y perjuicios.

El artículo 3111-1.4 PCC describe de modo sintético su contenido, al señalar que el derecho de readquisición faculta a su titular para recuperar en los términos pactados el bien transmitido, con la obligación de satisfacer los reembolsos a los que se refiere el artículo 3112-6.

Se concibe como una modalidad del derecho de opción[106], pero con especialidades respecto del régimen general de este. Su ejercicio no se vincula a la previa intención de enajenar el bien o a la efectiva enajenación por parte del sujeto pasivo del mismo. Esto lo aleja de los tanteos y retractos de constitución voluntaria, que son derechos de adquisición preferente, como antes se ha explicado[107]. El ejercicio del derecho de readquisición depende de la sola voluntad de su titular, temporáneamente manifestada y, por supuesto, cumpliendo los requisitos que marca la ley, lo que encaja con el patrón del derecho de opción. Pero al mismo tiempo, supone una especialidad respecto de la figura general del derecho de opción, en primer lugar, por tratarse de un derecho a readquirir o recuperar y no a adquirir de nuevo[108]; y, en relación con la anterior característica, por originarse a raíz de un pacto accesorio a la compraventa o a otro contrato con finalidad traslativa del dominio[109], sin perjuicio de su ulterior transmisibilidad.

De ahí que pueda hablarse de una subcategoría dentro del derecho de opción, cuyas normas operan con carácter supletorio en lo no previsto en la sección 4.ª, relativa al derecho de readquisición (art. 3113-20 PCC)[110]. A través de esta remisión se resuelven cuestiones tales como la transmisibilidad, ejercicio del derecho, conservación del bien, mejoras y accesiones o cancelación de la inscripción del derecho de readquisición caducado. Por supuesto, también se aplican las normas contenidas en las disposiciones generales del capítulo I del título XI de la PCC, ya que el derecho se integra en la categoría de los derechos de adquisición.

Concurre, en relación con este derecho, una circunstancia significativa de la que no se benefician los derechos de tanteo y retracto de constitución voluntaria ni el derecho de opción. Consiste esta en su tipificación en el Código civil, donde, bajo la denominación «retracto convencional», anida una regulación bastante extensa (arts. 1507 a 1520 CC). De ahí que se haya podido respetar con relativa comodidad la indicación de la Junta Directiva de la APDC al plantear la elaboración de la Propuesta de Código civil, en el sentido de que esta se limitara a recoger y sistematizar el estado actual de la cuestión en la regulación de las instituciones, sin perjuicio de introducir modificaciones concretas sobre cuya necesidad existiera amplio consenso. Tal circunstancia también explica que la doctrina y jurisprudencia que interpreta los artículos 1507 a 1520 del Código civil sea, en su mayor parte, aplicable al derecho de readquisición regulado en la PCC. Así, p. e., en lo relativo al «dies a quo» del plazo de duración, a la posibilidad de sujetar su ejercicio a condición o término suspensivo, a las causas de extinción del derecho, su oponibilidad, reembolsos a satisfacer, etc. Por último, este factor condiciona el enfoque que he adoptado en esta última parte de la exposición, que se ciñe a un breve análisis comparativo entre la actual regulación del Código civil y la Propuesta, destacando y justificando los factores diferenciales.

Tanto en la Propuesta como en el Código civil se define el contenido del derecho como atributivo del poder de «recuperar» un bien previamente transmitido. Y de hacerlo satisfaciendo una serie de reembolsos y conforme con los términos pactados (arts. 3111-1.4 PCC y 1507 CC).

Se ha decidido prescindir, por superfluos, del artículo 1509 del Código civil (*«Si el vendedor no cumple lo prescrito en el art. 1518, el comprador adquirirá irrevocablemente el dominio de la cosa vendida»*), que ya queda implícito en la regulación propuesta; y del artículo 1511 del Código civil (*«El comprador sustituye al vendedor en todos sus derechos y acciones»*) que, además, generaba confusión, como denuncia la literatura científica[111].

En cuanto a la regla del artículo 1512 del Código civil, según el cual, los acreedores del vendedor no podrán hacer uso del retracto convencional contra el comprador, sino después de haber hecho excusión en los bienes

del vendedor, se opta por no incluirla en la Propuesta pues, si se interpreta, tal y como es habitual, como concreción del artículo 1111 del Código civil (acción subrogatoria)[112] basta con esta norma, que encuentra su equivalente en el artículo 519-3 PCC. Es cierto que algún autor ha considerado que el artículo 1512 del Código civil no se refiere a la acción subrogatoria, sino al embargo del derecho de retracto. Aun así, dado que el derecho puede entenderse embargable según las reglas generales debido a su carácter patrimonial, el precepto, de nuevo, resulta superfluo.

Respecto de los reembolsos que debe efectuar el titular del derecho de readquisición para ejercer este, la cuestión se resuelve con una remisión a la norma que se aplica también en materia de retracto legal y voluntario (arts. 3112-6 y 3113-6). Como es bien sabido, el Código civil formula la regla de los reembolsos en sede de «retracto convencional» y después reconduce a ella al regular los retractos legales. Sin embargo, en la PCC, ha parecido más coherente alterar el orden, ya que el derecho de readquisición se regula en la última de las Secciones del Título XI. Hay que insistir en que, en materia de reembolsos, la norma aplicable no es la del derecho de opción sino la de los derechos de adquisición preferente, pese a que, como he dicho, el derecho de readquisición se concibe como modalidad del primero. Ello obedece a que el derecho de readquisición implica la existencia de una previa transmisión efectuada por quien se reserva la posibilidad de recuperar el bien, transmisión que si fue mediante precio determina el que habrá de pagar el readquirente para recuperar la propiedad del bien (o derecho real que en su día transmitió) y si es a título gratuito (lo que es posible en la Propuesta), se regirá por las reglas ya expuestas en relación con los derechos de adquisición preferente de constitución voluntaria. No voy a abundar en ellas de nuevo. Me remito, en este punto, a la explicación del epígrafe III. 3. A.

Llegamos así a la Sección específica dedicada al derecho de readquisición, en la que se regulan las siguientes cuestiones: duración, oponibilidad, frutos, relación con la comunidad de bienes y normas supletorias.

B) Duración[113]

Se formulan dos reglas en el artículo 3113-19 PCC, relativas, respectivamente, al plazo máximo de duración y al plazo legal supletorio en defecto de pacto, ambos de diez años. Así pues, se mantiene el plazo máximo contemplado en el artículo 1508 del Código civil. Y, a diferencia de este, se opta por el mismo plazo de duración con carácter supletorio, cuando las partes no han estipulado otro, en lugar del de cuatro años a que alude el artículo 1508 del Código civil. Se pretende, así, mantener la coherencia

con el plazo de duración establecido para el derecho de opción en el artículo 3113-9 PCC, sin distinguir, igual que se hizo en este, entre bienes muebles e inmuebles. En relación con el «dies a quo», al que no se refiere de modo expreso la Propuesta de Código civil, debe entenderse que es el momento en que el «comprador» o contraparte en el negocio con finalidad traslativa adquiere la propiedad (o derecho real) sobre el bien, como interpreta en la actualidad la doctrina mayoritaria en relación con el artículo 1508 del Código civil, en contra, incluso, de su tenor literal, ya que dicho precepto alude expresamente al cómputo «desde la fecha del contrato»[114]. Esta es la solución más acorde con la naturaleza del derecho, ya que mientras no se produce la tradición y el vendedor sigue siendo propietario, no tiene mucho sentido hablar de readquisición.

No se alude a la posibilidad de prórrogas. Caben, en teoría, dos interpretaciones. Bien entender que, si el plazo estipulado no alcanza los diez años, son admisibles prórrogas hasta cumplir estos. Bien, lo que parece contar con argumentos más sólidos, aplicar, con carácter supletorio la regla del artículo 3113-9 PCC, en sede de derecho de opción, por remisión del artículo 3113-20 PCC, de modo que las partes puedan pactar prórrogas sucesivas, cada una de las cuales no puede exceder del plazo máximo de diez años. En cualquier caso, estas prórrogas no podrán perjudicar derechos ya adquiridos por terceros y solo gozarán de eficacia real pro futuro si se inscriben en el Registro de la Propiedad.

C) Oponibilidad

Dispone el artículo 3113-17 PCC («Oponibilidad») que *«(e)l titular de este derecho puede ejercerlo frente a todo aquel cuya adquisición traiga causa del adquirente recibiendo la cosa libre de gravámenes posteriores, sin perjuicio de la protección de terceros de buena fe»*[115]. La idea del primer inciso, aunque el tenor literal cambie, procede del actual artículo 1510 del Código civil. Resulta coherente con la afirmación de la naturaleza real del derecho de readquisición. En cuanto al segundo inciso *(«recibiendo la cosa … buena fe»)* se toma del artículo 1520 del Código civil, aunque se ha preferido suprimir la excepción referida a los arriendos (art. 1520, último inciso del CC), que ya generaba problemas interpretativos. Se ha considerado mejor dejar que la cuestión se resuelva a partir de las normas que regulan los arrendamientos.

Debe tenerse en cuenta que, en la PCC, el carácter constitutivo de la inscripción en el Registro de la Propiedad garantiza la publicidad del derecho frente a terceros.

D) Frutos

En relación con los frutos, se incorpora la regla del artículo 1519 del Código civil con alguna adaptación terminológica por razones de coherencia con la utilizada en la sección. Dispone el artículo 3113-18 PCC que cuando al transmitirse la finca haya frutos manifiestos o nacidos, no se hará abono ni prorrateo de los que existan al tiempo de la readquisición. Si solo los hay al tiempo de la readquisición, se prorratean entre el readquirente y el transmitente, dando a este la parte correspondiente al tiempo que poseyó la finca en el último año, a contar desde la adquisición.

E) Derecho de readquisición y comunidad de bienes

Se dedica a esta materia el artículo 3113-19 PCC (*Readquisición y comunidad de bienes*):

«1. El adquirente de una cuota indivisa gravada con derecho de readquisición que adquiere el bien como consecuencia del ejercicio de la acción de división, puede obligar al readquirente a adquirir el todo, reembolsando el precio y gastos correspondientes.

2. Cuando varios comuneros transmiten separadamente su cuota a la misma persona, con derecho de readquisición, cada uno puede ejercer este derecho por su cuota respectiva y el adquirente no puede obligarles a adquirir la totalidad del bien.

3. Cuando los comuneros transmiten conjuntamente el bien objeto de la comunidad con derecho de readquisición, ninguno de ellos puede ejercer este derecho más que por su parte respectiva. En este caso, el adquirente puede exigirles la adquisición de la totalidad del bien.

Las mismas reglas se aplican cuando quien transmitió un bien con derecho de readquisición fallece y este derecho es adjudicado en comunidad a varios herederos».

El número 1 incorpora la norma del artículo 1513 del Código civil con alguna modificación del tenor literal. La finalidad que la orienta no es otra que favorecer la extinción de la comunidad. Por otra parte, se corrige la omisión del Código civil, que nada dice sobre las condiciones que han de acompañar la redención del resto de la finca.

El número 2 asume la norma del artículo 1516 del Código civil, con alguna adaptación de estilo.

El número 3 incorpora, de nuevo con algunos ajustes en la fórmula utilizada, las normas del artículos 1514 y 1515 del Código civil.

En cuanto a la adjudicación del derecho de readquisición en comunidad a varios herederos, el artículo 3113-19.3.II PCC se refiere a la adjudicación resultante de la partición de la herencia. Se trata, por tanto, de un supuesto distinto a la existencia de comunidad de herederos antes de la partición, en que la herencia comprenda algún bien con derecho de readquisición a favor del causante. Esta situación no se ha regulado específicamente. Cuando se dé el caso, por aplicación del régimen de la comunidad de herederos, debe interpretarse que, fallecido el transmitente, el derecho de readquisición podrá ejercerse, antes de la partición de la herencia, en favor de la comunidad de herederos.

Una vez dividida la herencia, si el derecho de readquisición se ha adjudicado a uno solo de los herederos, este podrá ejercer el derecho de readquisición por el todo. Si el derecho de readquisición se ha adjudicado en comunidad ordinaria a varios de ellos, es cuando nos encontramos en el supuesto de hecho del artículo 3113-19.3.II PCC. En este caso, el derecho de readquisición no podrá ejercerse por cada uno sino por su parte respectiva, pero el adquirente puede exigir que se pongan de acuerdo para adquirir la totalidad del bien y si no lo hicieren, no se le puede obligar al retracto parcial.

No se contempla el caso del adquirente del bien gravado con un derecho de readquisición que fallece dejando una comunidad de herederos (supuesto regulado en el art. 1517 CC). En tal caso, debe entenderse, por vía de interpretación sistemática con las normas de Derecho de sucesiones, que el derecho de readquisición podrá ejercerse, antes de la partición de la herencia, frente a la comunidad de herederos. Una vez dividida la herencia, si el bien se ha adjudicado a uno solo de los herederos, podrá ejercerse el derecho de readquisición contra él por el todo; si el bien se ha adjudicado en comunidad ordinaria a varios de ellos, el derecho de readquisición no podrá ejercerse contra cada uno sino por su parte respectiva. Esta última regla es aplicable también a los casos de sucesión a título particular y de venta o donación del bien a varios sujetos, como defiende, en la actualidad, la doctrina mayoritaria.

V. CONCLUSIÓN GENERAL

La vitalidad actual de los derechos de adquisición de constitución voluntaria y la aceptación por la jurisprudencia y la doctrina de la DGRN modernas de su posible configuración, cumplidos ciertos requisitos, como verdaderos derechos reales, justifica su futura regulación en un Código civil actualizado. El objetivo básico no sería otro que ofrecer a los particulares un modelo legal en el que apoyar la constitución negocial de estos derechos,

que evitara incertidumbres, coadyuvara a la interpretación del negocio y supliera, en su caso, las lagunas de las que este pudiera adolecer.

Diferentes Derechos autonómicos, entre los que destacan la Compilación del Navarra, recientemente actualizada por la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo, y el Código civil de Cataluña, discurren en este sentido. Son un material digno de tener en cuenta como muestra de soluciones que representan Derecho vigente y como banco de pruebas para perfilar una regulación idónea o, al menos conveniente, en el marco de la sociedad actual.

En esta línea, se ha considerado oportuno, en la Propuesta de Código civil publicada por la APDC en 2018, ofrecer un ensayo de lo que podría ser este modelo en una futura reforma del Código civil. Como ponente del título XI («De los derechos de adquisición») del libro III («De los bienes»), puedo decir que ha sido uno de nuestros principales objetivos ofrecer soluciones a un elenco de problemas concretos que manifiesta la realidad, e incardinarlas en una construcción general, sistemática y coherente de esta categoría de derechos reales.

La regulación parcial y selectiva de la categoría de los derechos de adquisición en el Código civil, su cuestionable ubicación sistemática en sede de compraventa y la falta de unidad de criterio en la doctrina sobre algunas cuestiones básicas, como la propia naturaleza jurídico-real de estos derechos, han dificultado en gran parte seguir la directriz general que marcó la Junta Directiva de la APDC cuando lanzó el proyecto. Consistía esta en elaborar una propuesta que no tuviera pretensiones de cambio en lo sustancial, respecto del Código civil, limitándose a recoger y sistematizar el estado de la cuestión en la regulación de todas las instituciones, sin perjuicio de introducir modificaciones concretas sobre cuya necesidad existiera amplio consenso.

Espero que la Propuesta sobre los derechos reales de adquisición, en concreto los de constitución voluntaria, constituya un material útil a tener en cuenta por el futuro legislador cuando se plantee la actualización del Código civil. Es importante, a tal efecto, que a aquella se sumen análisis doctrinales que la expliquen en profundidad y fomenten el diálogo en la comunidad académica y profesional. Sin duda, esto enriquecerá el resultado. Vaya en estas páginas mi aportación al debate.

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

Sentencias del Tribunal Constitucional

- STC, Sala Segunda, 12/1992, de 27 de enero (ECLI:ES:TC:1992:12)

- STC, Sala Primera, 145/1998, de 30 de junio (ECLI:ES:TC:1998:145)
- STC, Sala Segunda, 144/2004, de 13 de septiembre (ECLI:ES:TC:2004:144)
- STC, Pleno, 154/2015, de 9 de julio (ECLI:ES:TC:2015:154)

Sentencias del Tribunal Supremo

- STS, Sala Civil, de 3 de julio de 1912 *(JC,* t. 124, núm. 109)
- STS, Sala Civil, de 2 de diciembre de 1914 *(JC* 1914, t. 131, núm. 167)
- STS, Sala Civil, de 3 de febrero de 1915 (JC, t. 132, núm. 54)
- STS, Sala Civil, de 11 de diciembre de 1944 *(JC* 1944, t. VIII, núm. 82)
- STS, Sala Civil, de 7 de julio de 1948 *(JC* 1948, t. VI, núm. 200)
- STS, Sala Civil, de 20 de junio de 1949 *(JC* 1949, t. X, núm. 152)
- STS, Sala Civil, de 1 de diciembre de 1953 *(JC* 153, t. XXXII, núm. 416)
- STS, Sala Civil, de 8 de junio de 1954 *(JC* 1954, t. XXXV, núm. 247)
- STS, Sala Civil, de 21 de junio de 1956 *(JC* 1956, t. L, núm. 480)
- STS, Sala Civil, de 29 de mayo de 1957 *(JC* 1957, t. LIX, núm. 428)
- STS, Sala Civil, de 10 de mayo de 1958 *(JC* 1958, t. LXIX, núm. 333)
- STS, Sala Civil, de 13 de diciembre de 1958 *(JC* 1958, t. LXXIV, núm. 754)
- STS, Sala Civil, de 20 de marzo de 1959 *(JC* 1959, t. LXXVII, núm. 192)
- STS, Sala Civil, de 5 de diciembre de 1959 *(JC* 1959, t. LXXXIV, núm. 676)
- STS, Sala Civil, de 30 de abril de 1964 *(JC* 1964, núm. 391)
- STS, Sala Civil, de 11 de mayo de 1965 *(JC* 1965, núm. 360)
- STS, Sala Civil, de 14 de febrero de 1973 *(JC* 1973, 69)
- STS, Sala Civil, de 19 de enero de 1974 *(JC* 1974, núm. 15)
- STS, Sala Civil, de 28 de febrero de 1978 *(JC* 1978, núm. 62)
- STS, Sala Civil, de 3 de abril de 1981 *(RJ* 1981, 1477)
- STS, Sala Civil, de 12 de junio de 1984 *(RJ* 1984, 3232)
- STS, Sala Civil, de 10 de junio de 1988 *(RJ* 1988, 4815)
- STS, Sala Civil, de 20 de septiembre de 1988 *(RJ* 1988, 6843)
- STS, Sala Civil, de 30 de enero de 1989 *(RJ* 1989, 158)
- STS, Sala Civil, de 30 de abril de 1991 *(RJ* 1991, 3117)
- STS, Sala Civil, de 16 de mayo de 1991 *(RJ* 1991, 3709)
- STS, Sala Civil, de 16 d marzo de 1992 *(RJ* 1992, 2185)
- STS, Sala Civil, de 25 de abril de 1992 *(RJ* 1992, 3413)
- STS, Sala Civil, de 11 de mayo de 1992 *(RJ* 1992, 3896)
- STS, Sala Civil, de 21 de septiembre de 1993 *(RJ* 1993, 6651)
- STS, Sala Civil, de 19 de noviembre de 1993 *(RJ* 1993, 9156)
- STS, Sala Civil, de 20 de abril de 1994 *(RJ* 1994, 3214)
- STS, Sala Civil, de 30 de junio de 1994 *(RJ* 1994, 5994)

- STS, Sala Civil, de 30 de junio de 1994 *(RJ* 1994, 5997)
- STS, Sala Civil, de 3 de marzo de 1995 *(RJ* 1995, 1776)
- STS, Sala Civil, de 11 de julio de 1996 *(RJ* 1996, 5579)
- STS, Sala Civil, de 11 de julio de 1996 *(RJ* 1996, 5666)
- STS, Sala Civil, de 17 de junio de 1997 *(RJ* 1997, 5413)
- STS, Sala Civil, de 15 de abril de 1998 *(RJ* 1998, 2982)
- STS, Sala Civil, de 10 de septiembre de 1998 *(RJ* 1998, 6609)
- STS, Sala Civil, 27 de junio de 2000 *(RJ* 2000, 5740)
- STS, Sala Contencioso-administrativa, de 31 de enero de 2001 *(RJ* 2001, 1083)
- STS, Sala Civil, de 25 de mayo de 2001 *(RJ* 2001, 3382)
- STS, Sala Civil, de 6 de julio de 2001 *(RJ* 2001, 4996)
- STS, Sala Civil, de 3 de marzo de 2004 *(RJ* 2004, 809)
- STS, Sala Civil, de 15 de junio de 2004 *(RJ* 2004, 3850)
- STS, Sala Civil, de 31 de enero de 2005 *(RJ* 2005, 1744)
- STS, Sala Civil, de 29 de abril de 2005 *(RJ* 2005, 4548)
- STS, Sala Civil, de 13 de mayo de 2005 *(RJ* 2005, 3997)
- STS, Sala Civil, de 6 de octubre de 2005 *(RJ* 2005, 8761)
- STS, Sala Civil, de 22 de abril de 2008 *(RJ* 2008, 1995)
- STS, Sala Civil, de 2 de julio de 2008 *(RJ* 2008, 4362)
- STS, Sala Civil, de 29 de abril de 2009 *(RJ* 2009, 2903)
- STS, Sala Civil, de 12 de mayo de 2009 *(RJ* 2009, 4741)
- STS, Sala Civil, de 13 de mayo de 2009 *(RJ* 2009, 4744)
- STS, Sala Civil, de 14 de mayo de 2010 *(RJ* 2010, 3697)
- STS, Sala Civil, de 28 de julio de 2010 *(RJ* 2010, 6943)
- STS, Sala Civil, de 12 de noviembre de 2010 *(RJ* 2010, 8049)
- STS, Sala Civil, de 7 de marzo de 2011 (Tol 2061570)
- STS, Sala Civil, de 14 de enero de 2014 *(RJ* 2015, 353)
- STS, Sala Civil, de 21 de noviembre de 2016 *(RJ* 2016, 5648)
- STS, Sala Civil, de 17 de octubre de 2018 *(RJ* 2018, 4622)
- STS, Sala Civil, de 15 de enero de 2019 *(RJ* 2019, 82)

Sentencias de Audiencias Provinciales

- SAP Burgos (Sección 2.ª) de 4 de diciembre de 2018 *(JUR* 2019, 36756)
- SAP Burgos (Sección 2.ª) de 5 de julio de 2017 *(JUR* 2017, 226984)
- SAP Cádiz (Sección 2.ª) de 29 de junio de 2017 *(JUR* 2017, 220704)
- SAP Badajoz (Sección 3.ª), de 12 de mayo de 2016 *(AC* 2016, 957)
- SAP Málaga (Sección 4.ª) de 21 de enero de 2019 *(JUR* 2019, 167056)

Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado

- RDGRN de 4 de enero de 1927 (*Anuario* 1927, p. 149)
- RDGRN de 27 de marzo de 1947 (*RJ* 1947, 440)
- RDGRN de 20 de septiembre de 1966 (*RJ* 1966, 4020)
- RDGRN de 19 de septiembre de 1974 (*RJ* 1974, 5051)
- RDGRN de 7 de diciembre de 1978
- RDGRN de 7 de septiembre de 1982 (*RJ* 1982, 5366)
- RDGRN de 28 de septiembre de 1982 (*RJ* 1982, 5369)
- RDGRN de 10 de abril de 1987 (*RJ* 1987, 3217)
- RDGRN de 30 de julio de 1990 (*RJ* 1990, 6667)
- RDGRN de 19 de julio de 1991 (*RJ* 1991, 5445)
- RGDRN de 8 de junio de 1998 (*RJ* 1998, 5227)
- RDGRN de 26 de marzo de 1999 (*RJ* 1999, 2184)
- RDGRN de 6 de marzo de 2001 (*RJ* 2002, 2172)
- RDGRN de 18 de abril de 2002 (*RJ* 2002, 7823)
- RDGRN de 11 de junio de 2002 (*RJ* 2002, 8905)
- RDGRN de 23 de abril de 2003 (TOL 268.141)
- RDGRN de 25 de septiembre de 2003 (*RJ* 2003, 6341)
- RDGRN de 12 de diciembre de 2003 (*RJ* 2004, 229)
- RDGRN de 23 de julio de 2005 (*RJ* 2005, 6923)
- RDGRN de 5 de enero de 2006 (*RJ* 2006, 3897)
- RDGRN de 4 de mayo de 2009 (*RJ* 2009, 2776)
- RDGRN de 4 de septiembre de 2009 (*RJ* 2009, 5684)
- RDGRN de 12 de marzo de 2009 (TOL 1.464.936)
- RDGRN de 14 de diciembre de 2010 (*RJ* 2011, 127)
- RDGRN de 18 de mayo de 2011 (*RJ* 2011, 3971)
- RDGRN de 22 de enero de 2013 (*RJ* 2013, 8422)
- RDGRN de 5 de septiembre de 2013 (*RJ* 2013, 8272)
- RDGRN de 10 de abril de 2014 (*RJ* 2014, 2381)
- RDGRN de 27 de septiembre de 2014 (*RJ* 2014, 5498)
- RDGRN de 2 de marzo de 2015 (*RJ* 2015, 6508)
- RDGRN de 16 de diciembre de 2015 (*RJ* 2015, 6597)
- RDGRN de 18 de febrero de 2016 (*RJ* 2016, 2981)
- RDGRN de 30 de mayo de 2017 (*RJ* 2017, 2654)
- RDGRN de 8 de noviembre de 2018 (*RJ* 2018, 4858)

VII. BIBLIOGRAFÍA

ALBACAR LÓPEZ, J.L. (1992). Artículos 1506 a 1525. En *Código civil. Doctrina y Jurisprudencia*, t. V. Madrid: Trivium, 370-473.

ALBALADEJO GARCÍA, M. (1991). *Derecho civil.* T. III, vol. 2.º. Barcelona: Bosch.

ALBIÑANA CILVETI, I. (2004). Consideraciones prácticas para una mejor protección del derecho de opción de compra inscrito. *Actualidad Jurídica (Uría & Menéndez)*, núm. 7, 19-30.

ÁLVAREZ MARTÍNEZ (1955). La singularidad de efectos específicos en el retracto legal: su razón de ser. *Revista General de Derecho*, 469.

APDC (2018). *Propuesta de Código civil*. Madrid: Tecnos.

ARANDA RODRÍGUEZ, R. (2011). Artículos 1506 a 1520. En A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, F.J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández (Dir.). *Código civil Comentado*, Vol IV. Cizur Menor (Navarra): Civitas-Thomson Reuters, 259-288.

— (1996). Sentencias comentadas: Retracto convencional: legitimación pasiva y ejercicio en las subastas judiciales: analogías y diferencias entre compraventa y subasta judicial: Estudio a propósito de sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 1995. *Anuario de Derecho Civil,* fasc. 2, 885-906.

ARECHEDERRA ARANZADI, L. (1980). Los derechos de tanteo y retracto convencional configurados con carácter personal. *Revista de Derecho Privado*, 123-136.

ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL (2018). *Propuesta de Código civil*, Madrid: Tecnos.

BADENES GASSET, R. (1958). *La preferencia adquisitiva en el Derecho español*. Barcelona: Bosch.

BELLO JANEIRO, D. (2009). *El retracto de comuneros y colindantes del Código civil*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.

BLASCO GASCÓ, F. de P. (2015). *Instituciones de Derecho civil. Derechos reales. Derecho registral inmobiliario.* Valencia: Tirant Lo Blanch.

BOSCH CAPDEVILA, E. (2008). Artículos 568-13 a 568-20 y Artículo 568-27. En Decanato Autonómico de los Registradores de Cataluña. *Derechos reales. Comentarios al libro V del Código civil de Cataluña.* Barcelona: Bosch, 1704-1746 y 1768-1772.

— (2006). Derechos de adquisición preferente, tanteo y retracto. En E. Llamas Pombo (Coord). *Estudios de Derecho de obligaciones. Homenaje al Prof. Mariano Alonso Pérez*, 1. Madrid: Wolters Kluwer, 225-244.

— (2004). *Opción, tanteo y retracto. La regulación catalana de los derechos voluntarios de adquisición*. Marcial Pons, Madrid-Barcelona: Marcial Pons/Servicio de Estudios Registrales de Cataluña.

CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (1991). Artículo 1506. En *Comentarios al Código civil*, t. II, Madrid: Ministerio de Justicia, 988-989.

CANALS BRAGUE, F. (1988). Comentario de la Resolución de 30 de septiembre de 1987. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 586, 977-1032.

CARRETERO, T. (1957). Tanteo y retracto arrendaticio urbano y Registro de la Propiedad (Cap. I). *Revista Crítica de Derecho Inmobiiliario*, núm. 354-355, 773-827.

CASTÁN TOBEÑAS, J. (1982). *Derecho civil español, común y foral*. T. II, vol. 1.º. Madrid: Reus.

— (1985). *Derecho civil español, común y foral*. T. IV. Madrid: Reus.

COCA PAYERAS, M. (2001). Los derechos de adquisición preferente: tanteo y retracto. *La notaría*, 9/10, número monográfico dedicado al 1er. Congrés de Dret Civil Català: el dret patrimonial en el futur Codi civil de Catalunya, 191-199.

— (1986). *Tanteo y retracto. Función social de la propiedad y competencia autonómica*. Bolonia: Studia Albornotiana, Publicaciones del Real Colegio de España.

— (1991). Comentario de la STS de 28 de junio de 1991, *CCJC*, núm. 27, 807 a 822.

CUMELLA GAMINDE, A. (2008). Artículos 568-1 a 568-12. En Decanato Autonómico de los Registradores de Cataluña. *Derechos reales. Comentarios al libro V del Código civil de Cataluña.* Barcelona: Bosch, 1662-1703.

CHICO Y ORTIZ, J. M.ª (1982). *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, II, Madrid: Marcial Pons.

DE DIEGO, C. (1959). *Instituciones de Derecho civil español.* Madrid.

DE LA IGLESIA MONJE, M.ª I. (2001). *El derecho de retracto convencional*. Madrid: Lex Nova.

DEL POZO, P., VAQUER ALOY, A. y BOSCH CAPDEVILA, E. (2012). *Derecho civil de Cataluña. Derechos reales*. Madrid: Marcial Pons.

DÍEZ-PICAZO, L. (1995). *Fundamentos del Derecho civil patrimonial,* I. Madrid: Civitas.

DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2016). *Sistema de Derecho civil,* III-2. Madrid: Tecnos.

DÍEZ SOTO, C.M. (2013a). Artículos 1506 a 1523. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (Coord.). *Comentarios al Código civil*, Tomo VIII (arts. 1485 a 1759). Valencia: Tirant Lo Blanch, 10662-10747.

— (2013b). Artículo 1525. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (Coord.). *Comentarios al Código civil*, Tomo VIII (arts. 1485 a 1759). Valencia: Tirant Lo Blanch, 10756-10782.

— (2003). Notas sobre la nueva regulación de los derechos de adquisición preferente de origen voluntario en la Ley catalana 22/2001, de 31 de diciembre. En A. Cabanillas Sánchez (Coord.). *Estudios en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo,* tomo II. Madrid: Civitas, 1697-1730.

— (2000). *Ejercicio y efectos de los tanteos y retractos legales*. Madrid: Dykinson.

DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2000). *Tanteo y retracto de colindantes en la Ley 19/1995, de modernización de las explotaciones agrarias (Derecho general y autonómico)*. Madrid: La Ley.

ESPÍN CÁNOVAS, M. (1977). *Manual de Derecho civil español*. Vol. II. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.

ESTRUCH ESTRUCH, J. (1996). *Los derechos de adquisición preferente regulados en la Ley de arrendamientos rústicos y en la Ley de arrendamientos rústicos históricos*, Valencia: Editorial Práctica de Derecho.

FELIÚ REY, M.I. (1995). *El tanteo convencional.* Madrid: Civitas.

GARCÍA AMIGO, M. (1976). Derechos reales de adquisición (Notas para una teoría general). *Revista de Derecho Privado*, 99-131.

GARCÍA CANTERO, G. (1991). Artículos 1445 a 1541. En M. Albaladejo y S. Díaz-Alabart (dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, t. XIX, Madrid: EDERSA.

GARCÍA GOYENA, F. (1852). *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, t. III. Madrid.

GÓMEZ CALERO, J., Notas sobre el retracto de comuneros en el Código civil español, *RDP*, 1963, 774 y sigs.

GÓMEZ CALLE, E. (2009). El precio a pagar por el retrayente para ejercitar su derecho de adquisición preferente. *Anuario de Derecho Civil,* t. LXII, fasc. II, 613-645.

GÓMEZ GÁLLIGO, F. J. (1992). *Las prohibiciones de disponer en el Derecho español*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales.

GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (1989). Retracto de origen voluntario. En: *Homenaje al profesor Juan Roca Juan*. Murcia: Ediciones de la Universidad de Murcia (321-343).

LACRUZ BERDEJO, J. L. *et Alii* (2009). *Elementos de Derecho civil,* III-2. Dykinson: Madrid.

LLEDÓ YAGUE, F. (1989). Comentario de la STS de 30 de enero de 1989. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 19, 139-148.

MANRESA Y NAVARRO, J. M. (1908). *Comentarios al Código Civil Español*, t. X. Madrid: Imprenta de la Revista de Legislción.

MARÍN LÓPEZ, J. J. (2010). Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 2009, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 82, 749-759.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE y ALDAZ, C. (1983). Hacia la consagración jurisprudencial de los derechos reales de adquisición preferente. Comentario a la Sentencia de 3 de abril de 1981. *Anuario de Derecho Civil,* 299-311.

MAS BADÍA, M.ª D. (2014a). El retracto de comuneros: perfiles dogmáticos y cuestiones litigiosas. En: M.ª J. Reyes López (dir.). *Comunidad de bienes*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 147-224.

— (2014b). *Problemas de valoración y precio en las viviendas de protección oficial. Compraventa, arrendamiento, ejecución judicial, liquidación de sociedad de gananciales, partición de herencia y división de cosa común*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

— (2013a). La compraventa de viviendas de protección oficial. En: F. Lledó Yagüe (dir.) y Á. Monje Balmaseda (coord.). *La protección del consumidor de inmuebles*. Madrid: Dykinson, 119-181.

— (2013b). La opción de compra y el Registro de la Propiedad: Cancelación de la opción caducada y cancelación por purga de cargas posteriores a la opción ejercitada. En: Carrasco Perera, Á. (dir). *Tratado de la compraventa. Homenaje al profesor Rodrigo Bercovitz,* T. I. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Aranzadi, 479-489.

— (2006). Artículo 22.2-9. En R. Ballarín Hernández y M.ª D. Mas Badía (Dir.). *Comentario de la Ley de Arrendamientos Rústicos. Ley 49/2003, de 26 de noviembre, modificada por Ley 26/2005, de 30 de noviembre.* Madrid: Tecnos.

— (2003). La prelación entre el retracto de colindantes de la Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de las Explotaciones Agrarias y el Retracto Arrendaticio Rústico. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 678, 2035-2075.

MERINO HERNÁNDEZ, J. L. (1978). *El contrato de permuta*. Madrid: Tecnos.

POTHIER (1861). Traité des Retraits. En: *Oeuvres de Pothier*, t. III. Paris.

PUIG BRUTAU, J. (1983). *Fundamentos de Derecho civil,* III. Barcelona: Bosch.
RAMÓN CHORMET (1989). Derecho de opción: cancelación de cargas ulteriores y breve apunte sobre su naturaleza real. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 591, 309-372.
RIAZA (1919). *Los retractos: errores dominantes acerca de la materia*, Madrid: Reus.
RIVAS TORRALBA, R. (2006). *Anotaciones de embargo,* I, Madrid: Bosch.
RIVERA SABATÉS, V. (2001). *El retracto convencional.* Granada: Comares.
ROCA SASTRE, R. M.ª y ROCA SASTRE MUNCUNILL, L. (1979). *Derecho Hipotecario*, III, Barcelona: Bosch.
RODRÍGUEZ MORATA, F. (1996). *Derecho de tanteo y retracto en la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994*. Pamplona: Aranzadi.
RUBIO TORRANO, E. (1995). Comentario de la STS, Sala Civil, de 3 de marzo de 1995 *(RJ* 1995, 1776). *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 38, 795-802.
— (1991). Artículos 1507 a 1520. En *Comentario del Código civil*. Madrid: Ministerio de Justicia, 989-1006.
SANCIÑENA ASURMENDI, C. (2007). *La opción de compra*. Madrid: Dykinson.
SANTOS BRIZ, J. (1971). Derechos reales de adquisición o de preferencia en la práctica jurídica española. *Revista de Derecho Privado*, t. LV, 337-377.
— (1972). *Derecho civil. Teoría y práctica,* II. Madrid: Edersa.
TORRES LANA, J.A. (1993). La opción en el Derecho civil de Navarra. *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 115, 327-333.
— (1987). *Contrato y derecho de opción*. Madrid: Trivium.
VALLET DE GOYTISOLO, J. (1973). *Estudio sobre derecho de cosas*. Madrid: Montecorvo.
VÁZQUEZ BARROS, S. (2008). *Retracto convencional y legal,* Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008.

NOTAS

[1] El artículo se inscribe en la labor de investigación realizada en el seno del Proyecto de investigación sobre «Derecho civil valenciano y europeo» GVPROMETEO/2015/014, Generalitat Valenciana.

[2] Disponible en: http://www.derechocivil.net/publicaciones/propuesta-codigo-civil

[3] En la página web de la APDC puede encontrarse noticia sobre los seminarios y sus resultados: http://www.derechocivil.net

[4] Se trata de un título del que fui ponente, aunque el texto final es el fruto del intercambio de opiniones y las sesiones de trabajo desarrolladas a lo largo de varios años por el grupo de profesores a los que se encomendó la elaboración del libro III. La coordinadora del libro III ha sido la profesora M.ª Elena Lauroba Lacasa. En él han participado los siguientes profesores de Derecho civil procedentes de diferentes universidades públicas: José Manuel Bustos Lago, Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla, Helena Díez García, Juan Antonio Fernández Campos, José Gallego Vega, M.ª Elena Lauroba Lacasa, Luis Miguel López, José Antonio Martín Pérez, Celia Martínez Escribano, M.ª Dolores Mas Badía, Pedro Robles Latorre y Esther Torrelles Torrea.

[5] Extracto de la carta remitida por la Junta Directiva de la APDC a todos sus miembros, el 18 de junio de 2014.

[6] Centrado en los retractos legales y el que denomina «retracto convencional», conocido también como pacto de retro o de retrovendendo.

[7] El Código civil se ocupa del retracto al regular la compraventa, en un Capítulo (cap. VI, tit. IV, lib. IV) rubricado «De la resolución de la compraventa», distribuido en dos secciones: «Del retracto convencional», dedicada a la regulación de la compraventa con pacto de retro, y «Del retracto legal». Hay acuerdo doctrinal en que, pese a compartir el nombre, acompañado de un calificativo diferente («convencional» y «legal», respectivamente) y a pesar de que alguna norma (art. 1518 CC y el criticable art. 1511 CC) resulte aplicable a ambos (*vid.* remisión del art. 1525 CC) son dos instituciones diferentes, no dos modalidades solo diferenciadas por el origen legal o paccionado (véanse los autores citados en la nota 107). La STS, Sala Civil, 22 de abril de 2008 (*RJ* 2008, 1995) es representativa de una línea de jurisprudencia que distingue claramente el «retracto convencional» del tanteo/retracto de constitución voluntaria. Por otra parte, existen referencias concretas y parcas a lo largo del articulado a determinados retractos legales: coherederos (art. 1067 CC), consocios (art. 1708 CC) y enfitéutico (arts. 1636 y 1655 CC). Fuera del Código civil, se regulan supuestos de derechos de adquisición en leyes especiales (LAR, LAU, Hipoteca naval, LMEA, etc.), incluyendo el reconocimiento de los mismos a favor de las Administraciones públicas en algunas leyes sectoriales (p. e., sobre VPO —más información en MAS BADÍA, M.ª D. (2014b, 194 y sigs.) y (2013, 143 y sigs.)—, patrimonio histórico o medio ambiente).

[8] En palabras de CASTÁN TOBEÑAS (1985, 165).

[9] Se hace eco de la polémica, la DGRN en diversas resoluciones, de las que resulta representativa la RDGRN de 10 de abril de 2014 (*RJ* 2014, 2381). En contra de la naturaleza jurídico-real de estos derechos se pronuncian, entre otros, DÍEZ-PICAZO (1995, 102) —y DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS (2016, 220)—; o VALLET DE GOYTISOLO, J. (1973, 187). El principal argumento es que falta en ellos una de las notas que la teoría clásica predica de los derechos reales: la existencia de un poder directo e inmediato sobre la cosa. A favor, en cambio, de su naturaleza real, o admitiendo que puedan constituirse bien con naturaleza real, bien con carácter meramente personal: ALBÁCAR (1992, 37); BOSCH CAPDEVILA (2004, 67 y sigs.); DE DIEGO (1959, 515 y sigs.); ESTRUCH ESTRUCH (1996, 22); GARCÍA AMIGO (1976, 123 y sigs.); GARCÍA CANTERO (1991, 483 y sigs.); GONZÁLEZ PACANOWSKA (1989, 333), aunque en la p. 341 y respecto de los de constitución voluntaria señala que quizá su lugar más adecuado sería una posición intermedia entre el derecho personal y el real, como un *ius ad rem*; LACRUZ BERDEJO (2009, 343); MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ (1983, 301); PUIG BRUTAU (1983, 393 y sigs.); ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL (1979, 585 y sigs.); SANCIÑENA ASURMENDI (2007, 162); SANTOS BRIZ (1972, 701 y sigs.). No pocos autores hablan de derechos potestativos o facultades de configuración jurídica.

[10] En relación con esta cuestión, se han barajado tres tesis principales. La primera defiende que el ejercicio del retracto provoca la resolución del negocio transmisivo entre el propietario y el tercero y la celebración de un nuevo contrato con el retrayente. Se sustenta en el artículo 1506 del Código civil y en la ubicación sistemática de la regulación del retracto legal en el Sección 2.ª, Capítulo VI («De la resolución de la venta»), Título IV del Libro IV del Código civil. Ahora bien, esta posición resulta incompatible con la falta de legitimación pasiva del vendedor en la acción de retracto, que afirman con insistencia la jurisprudencia (con la salvedad de la STS, Sala Civil, de 25 de febrero de 1950, *RJ* 1950, 361, «obiter dictum») y la doctrina modernas —pueden verse, al respecto, las SSTS de 28 de enero de 1950 (*RJ* 1950, 39); 1 de diciembre de 1953 (*RJ* 1953, 3151), 11 de mayo de 1965 (*RJ* 1965, 2534), 30 de enero de 1989 (*RJ* 1989, 158); 11 de mayo de 1992 (*RJ* 1992, 3896); 17 de junio de 1997 (*RJ* 1997, 5413); 27 de junio de 2000 (*RJ* 2000, 5740); o 3 de marzo de 2004 (*RJ* 2004, 809)—.

La segunda tesis, con numerosos partidarios, es la de la subrogación, que parece apuntar a una cesión forzosa del contrato. La venta celebrada entre el transmitente y

el tercero no se resuelve, sino que se produce una modificación subjetiva en la relación contractual, ocupando el retrayente el lugar del comprador, tal y como se desprende del artículo 1521 del Código civil. Es representativa de esta tesis la STS de 30 de enero de 1989 (*RJ* 1989, 158), comentada por LLEDÓ YAGÜE (1989, 139 y sigs.). Algunos autores clásicos han defendido, incluso, que operaba, al mismo tiempo, una resolución de la primitiva compraventa y una subrogación del retrayente en el lugar del comprador —p.e., GÓMEZ CALERO (1963, 777) O ÁLVAREZ MARTÍNEZ (1955, 469)—. Sin embargo, esto, en puridad de conceptos, no es posible, dado que no cabe subrogación en un negocio o en una relación jurídica ineficaz. La tesis de la subrogación, en efecto, es susceptible de serias críticas, que no se han hecho esperar. Puede atenderse a los trabajos de GARCÍA CANTERO (1991, 633 y sigs.) o GONZÁLEZ PACANOWSKA (1989, 331). En esta misma línea, COCA PAYERAS (1988, 42) o RODRÍGUEZ MORATA (1996, 40 y sigs.) entienden que la expresión «subrogación» solo puede admitirse en sentido atécnico. Las razones de la incorporación de la idea de subrogación habría que buscarlas en la influencia de POTHIER (1861, 259), que habla de un derecho a ser subrogado en la compra, no en la posición contractual del comprador. Esto —señala COCA PAYERA (1988, 42)— equivale a «subrogación en la titularidad de lo comprado», que no es técnicamente una subrogación, sino una transmisión de una titularidad real.

Por último, hay quienes interpretan que, efectuada la transmisión que da pie al retracto, el adquirente queda obligado a transmitir el bien al retrayente, previo reembolso de las partidas contempladas en el artículo 1518 del Código civil. Así, ALBALADEJO (1991, 342), COCA PAYERAS (1988, 56), GONZÁLEZ PACANOWSKA (1989, 332) o BOSCH CAPDEVILA (2006, 242), entre otros.

[11] BOE núm. 39, de 14 de febrero de 2019 y DOGV num. 8453, de 28 de diciembre de 2018.

[12] En el título constitutivo no se expresó que el derecho tuviera carácter real, ni se estableció que sería inscribible, ni se determinaron las consecuencias en caso de que se incumpliera lo estipulado, y no aparecía fijado el concreto contenido y extensión de las facultades que integraban el derecho cuyo acceso al Registro se pretendía.

[13] Como el de comuneros o los arrendaticios. El de colindantes tal y como lo diseña el Código civil ha quedado desfasado. A criterios más modernos de política agraria responde el regulado en el artículo 27 LMEA —sobre este, puede profundizarse en DOMÍNGUEZ LUELMO (2000)—.

[14] El planteamiento inicial de la DGRN fue negar que los derechos de adquisición voluntariamente constituidos pudieran tener carácter real. En este sentido, pueden citarse las RRDGRN de 4 de enero de 1927 (*Anuario* 1927, p. 149) o de 27 de marzo de 1947 (*RJ* 1947, 440). En la primera de ellas, fueron argumentos determinantes, el silencio de la ley, la vinculación de la propiedad que podían provocar, las dificultades para su desenvolvimiento tanto judicial como extrajudicial o el no responder la figura al criterio legal de reconstrucción de la propiedad desmembrada o de evitar la indivisión. La RDGRN de 20 de septiembre de 1966 (*RJ* 1966, 4020), como he dicho, supuso un punto de inflexión en esta materia, admitiendo a partir de entonces la DGRN la posibilidad de que los derechos de tanteo y retracto voluntarios fueran configurados por las partes en el título constitutivo como verdaderos y propios derechos reales. Para ello se exige la concurrencia de determinados requisitos. En primer lugar, que en el convenio se dote de eficacia «erga omnes» al derecho sin crear un simple derecho de crédito; el derecho debe configurarse como derecho real en el título de su constitución de forma que no quepa duda al respecto, teniendo en cuenta que el dominio, en principio, se presume libre y que las restricciones al mismo deben establecerse expresamente. Han de contemplarse plazos determinados de duración, evitando derechos indefinidos o perpetuos, y de ejercicio. Debe existir un interés legítimo a cuya satisfacción sirva el derecho real de adquisición. Y, por supuesto, determinarse con claridad el objeto. En definitiva, fijar sin ambigüedades quiénes, cuándo y cómo pueden ejercitar el derecho dotándolo de modo expreso de

eficacia «erga omnes». Esta línea aperturista fue seguida después por RRDGRN como la de 19 de septiembre de 1974 *(RJ* 1974, 5051), 6 de marzo de 2001 *(RJ* 2002, 2172), 10 de abril de 2014 *(RJ* 2014, 2381), o la más reciente al cerrar estas páginas, la de 26 de abril de 2019 *(RJ* 2019, 1989). En cada una de ellas se declara o no la naturaleza real del derecho según se cumplan o no las citadas exigencias.

[15] En el caso concreto discutido, la DGRN entiende que *«aparecen claramente delimitados los contornos de una figura de naturaleza real (…) ya que se trata de un derecho de preferente adquisición, que en virtud del negocio jurídico concluido amplía el campo propio de aplicación del tanteo, al extenderlo a los supuestos de transmisión gratuita y permuta, y en donde los posibles obstáculos aparecen superados en cuanto que:*

a) Existe convenio en el que se concede al titular la facultad «erga omnes», de adquirir la parcela o participación indivisa, sin crear un simple derecho de crédito.

b) El precio no queda fijado de antemano, sino que con las garantías necesarias se determinará por terceras personas en el momento de la transmisión, procedimiento similar al regulado en el artículo 1447 del Código civil y en el 20 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

c) Se concede un plazo determinado y breve —30 días— para el ejercicio del derecho, computados desde la notificación fehaciente de la transmisión.

d) Este derecho solo puede ejercitarse en la primera transmisión, y siempre respetando el límite del artículo 781 del Código civil por lo que no se crea ninguna vinculación o gravamen de duración perpetua o indefinida; y

e) Se facilita el cese de la indivisión creada o la reconstitución de la primitiva finca que se ha dividido materialmente, lo que justifica el interés legítimo de las partes en establecer el referido derecho».

[16] La aceptación de la doctrina del «numerus apertus» en la creación de derechos reales *«no significa que sea suficiente la voluntad o la denominación del derecho para que este se considere derecho real. (…) para ello sería necesario que contuviese los requisitos típicos de los derechos de esta clase, y por eso ha de extremarse el cuidado para evitar que al amparo de este criterio de libertad se eluda la aplicación del artículo 2 de la Ley Hipotecaria o quede sin cumplir lo establecido en los artículos 29 y 98 de la misma Ley que expulsa de los libros registrales a todas aquellas obligaciones que tengan un marcado carácter personal»*. La resolución insiste, reforzándolo con apoyo en distintas sentencias del Tribunal Supremo, en que la admisión, al amparo del principio de la autonomía de la voluntad, de derechos reales de tanteo y retracto voluntario, en tanto que derechos atípicos o innominados, no plantea en la actualidad especial dificultad, pese a no hallarse regulados en el Derecho positivo (se refiere al común). Debe estarse en cuanto a su titularidad y ejercicio a lo pactado, siendo por tanto esencial en su configuración el título de su constitución. *«(S)i bien en la mayoría de las ocasiones el que un derecho sea real o personal depende de la voluntad del legislador que, si impone una obligación pasiva universal mandando a todos que respeten un derecho, lo modela como real, y si no la impone, lo reduce a personal, en relación con otros supuestos, precisamente a causa de su atipicidad, hay que entender que el legislador ha transmitido esta facultad a las propias partes contratantes, que podrán constituir el correlativo derecho como personal o como real, siempre que se cumplan las exigencias estructurales propias de los derechos de esta naturaleza, según antes se ha indicado (…)».*

[17] La sentencia diferencia el retracto de constitución voluntaria del pacto de retro o «retracto convencional» regulado en los artículos 1507 y siguientes del Código civil, aunque de forma criticable, afirma que ambos derechos se asemejan, debiendo regirse el retracto voluntario por los artículos 1507 a 1520 del Código civil.

[18] En el caso de autos resuelto por esta sentencia, se había pactado un derecho de adquisición preferente en fase de tanteo y de retracto. El Tribunal Supremo, que reconoce la naturaleza real del derecho convenido, argumenta: *«De las tres clases de retracto que se admiten en nuestro ordenamiento, el convencional previsto en los artículos 1507 y siguientes*

del Código civil, el legal que establecen tanto el Código civil como diversas leyes especiales y el llamado voluntario, este es el que se presenta en el presente caso. Es el procedente de la voluntad de las partes y se constituye como derecho real, inscribible en el Registro de la Propiedad que da poder a su titular (retrayente) para adquirir la cosa (retraída) en caso de que su propietario la haya transmitido onerosamente a un tercero (retraído). Es, por tanto, un derecho de adquisición preferente, con identidad de ejercicio con el retracto legal y distinto al retracto convencional que es fruto del pacto de retro. Ha sido estudiado por la doctrina, aplicado en la práctica y reconocido jurisprudencialmente en sentencia de 29 de abril de 2005 (RJ 2005, 4548)».

[19] Comentada por MARÍN LÓPEZ (2010: 749). El derecho de adquisición preferente voluntario se había pactado en un contrato de arrendamiento de industria o negocio (una discoteca) con ocasión de la prórroga del mismo. La propiedad se reservaba el derecho a dar por resuelto el contrato, preavisando en determinado plazo, para el caso de que decidiera vender urgentemente la discoteca. Ante tal circunstancia —se añadía— la arrendadora concede el derecho de retracto a la arrendataria y si esta no lo ejercitara, le indemnizará con la cantidad de veinte millones de pesetas contra la devolución de la discoteca. La arrendadora vendió el edificio en que estaba situada la discoteca arrendada activándose el ejercicio del derecho de adquisición preferente. Se discute la eficacia de este frente a la compradora. El derecho no llegó a acceder al Registro de la Propiedad aunque era conocido por el adquirente retraído. Tras declarar que nos hallamos ante *«un supuesto del denominado derecho de adquisición preferente voluntario —también "retracto" voluntario—»*, el Tribunal Supremo, casando la sentencia de la Audiencia Provincial, concluye la naturaleza real del derecho litigioso, aunque no se le oculta que se trata de una cuestión doctrinalmente polémica: *«Ciertamente, el tema es doctrinalmente polémico, y de Sentencias anteriores a las citadas podría deducirse otro criterio, aunque también es oportuno señalar que la Compilación de Navarra (Ley 460) permite la configuración con carácter real y la Ley de Cataluña 5/2006 (arts. 568-5 a 568-7) regula los derechos de adquisición voluntaria como derecho real. Y si bien, por otro lado, cabría cuestionar la atribución de la condición de derecho real cuando no concurren los requisitos generales que permiten el reconocimiento de las figuras atípicas dentro del sistema de «numerus apertus» generalmente aceptado, no se advierte en el caso problema alguno al respecto al no existir indeterminación en el plazo para su ejercicio por no operar la caducidad hasta haber transcurrido los seis meses del plazo de duración del arrendamiento (S. 19 de noviembre de 1993) computados desde la fecha del preaviso de resolución contractual, ni objeción en ninguna otra perspectiva, pues no cabe imaginar una exigencia de constancia registral, que la Ley no exige expresamente para la existencia del derecho real, y que vulneraría, por consiguiente, el principio de libertad constitutiva»*.

[20] La STS, Sala Civil, de 25 de abril de 1992 *(RJ* 1992, 3413) afirma que el derecho de adquisición preferente voluntariamente constituido supone una prohibición de disponer, lo que no es, desde luego, correcto, pues estos derechos no implican tal prohibición sino que conceden preferencia adquisitiva a su titular (supuestos de tanteo/retracto) o facultad de adquisición directa en el caso de la opción. La RDGRN de 26 de abril de 2019 *(RJ* 2019, 1989) niega claramente que los derechos de adquisición preferente impidan *«la transmisión salvo que se hubiera pactado alguna limitación dispositiva al respecto, de manera que salvo que expresamente se convenga (en los casos de origen convencional) (…) o la ley expresamente lo disponga (así ocurre en determinados tanteos y retractos legales) no producen el cierre registral de la transmisión efectuada, sino que tan solo determinan la preferencia en la adquisición por parte del titular del derecho, lo que mediante la inscripción se hace oponible a terceros adquirentes del inmueble»*. Sobre las diferencias entre las prohibiciones de disponer y los supuestos en que la enajenación atribuye un derecho de adquisición preferente, reflexiona GÓMEZ GÁLLIGO (1992, 133 y sigs.).

En la STS, Sala Civil, de 3 de marzo de 1995 *(RJ* 1995, 1776) se niega carácter real al derecho de tanteo y retracto voluntario litigioso establecido a favor del donante de una finca, pero no por considerar que un derecho de este tipo no puede tener naturaleza

real, sino porque en él no se había determinado el plazo de ejercicio, lo que se estima incompatible con la naturaleza real e indicativo de su carácter meramente obligacional. La sentencia ha sido comentada por ARANDA RODRÍGUEZ (1996, 885 y sigs.) y RUBIO TORRANO (1995, 795 y sigs.).

[21] Así, ALBALADEJO (1975, 329 y sigs.); ARECHEDERRA ARANZADI (1980, 124); BADENES GASSET (1950, 7 y 26); CASTÁN (1982, 231); ESPÍN (1977, 51); GARCÍA AMIGO (1976, 104 y 121); GARCÍA CANTERO (1991, 531-532); GONZÁLEZ PACANOWSKA (1989, 322); SANTOS BRIZ (1971, 338).

[22] DOGC núm. 4640, de 24/05/2006, BOE núm. 148, de 22/06/2006.

[23] Ley 3/2017, de 15 de febrero, del libro sexto del Código civil de Cataluña, relativo a las obligaciones y los contratos, y de modificación de los libros primero, segundo, tercero, cuarto y quinto. DOGC núm. 7314, de 22/02/2017, BOE núm. 57, de 08/03/2017.

[24] BON núm. 74, de 16 de abril de 2019, BOE núm. 137, de 8 de junio de 2019. Conforme con su disposición final cuarta, la citada ley foral entró en vigor en el plazo de los seis meses siguientes a su publicación en el Boletín Oficial de Navarra. El nuevo libro tercero acoge lo que hasta ahora ha constituido el contenido de los títulos I a VII del mismo, pasando el resto a integrar el libro cuarto, separándose de esta manera sistemáticamente el derecho de bienes del derecho de las obligaciones, estipulaciones y contratos (Exposición de Motivos de la Ley Foral 21/2019).

[25] Aboga por «la elaboración de un régimen legal de carácter general para estos derechos, que sirviera como punto de referencia interpretativo y fuente supletoria de los distintos supuestos concretos regulados por la Ley, y cuya sede adecuada sería, evidentemente, el Código civil», DÍEZ SOTO (2000, 15). Así lo habían defendido ya, GARCÍA AMIGO (1976, 123), GARCÍA CANTERO (1991, 483) o RIAZA (1919, 15).

[26] En este último sentido, DÍEZ SOTO (2013a, 10673), con cita de algunas sentencias y del §1094.2 BGB.

[27] Reconoce la limitación del poder de disposición del dueño de la cosa, la Ley 445 CN.

[28] Véase la nota 14.

[29] GONZÁLEZ PACANOWSKA (1989, 338), pone algunos ejemplos de intereses considerados legítimos en diversas sentencias. Destaca que este interés no tiene por qué resultar análogo a algunos de los previstos en la Ley. Así se refiere a la STS de 7 de mayo de 1927, en que se trataba de una especie de derecho de retracto de abolengo; la STS de 17 de noviembre de 1931, en que el retracto voluntario se estipula por la mutuataria a favor del acreedor sobre finca que luego se hipoteca; y la STS de 13 de diciembre de 1958, en que el retracto afectaba a una parte de la finca cuyo dominio se reserva el vendedor con objeto de facilitar el paso a otra finca de su propiedad.

[30] Art. 3111-1-1 PCC: *«Son derechos reales de adquisición, el derecho de tanteo, el derecho de retracto, el derecho de opción y el derecho de readquisición»*.

[31] Así sucede en la enfiteusis —que, por cierto, desaparece en la PCC, salvo en lo que a su régimen transitorio se refiere—. En realidad, se prescinde de la regulación de cualquier modalidad de derecho real de censo todavía admitida por el Código civil (atiéndase a la Exposición de Motivos de la Propuesta).

[32] Así ocurre en la legislación arrendaticia (art. 25 LAU y artículo 22.2 y 3 LAR).

[33] Es el caso del retracto de comuneros y del retracto de colindantes del Código civil (arts. 1521 a 1525 CC).

[34] En este mismo sentido, la Ley 445 CN afirma, con carácter general, que el derecho de retracto presupone siempre el de tanteo. Y la Ley 462, sobre tanteo y retracto voluntarios, señala que el derecho de tanteo implica también el de retracto si la notificación no se hubiere practicado en forma o si la transmisión se realizase en condiciones distintas a las notificadas.

[35] Aunque el artículo 3113-5.a) diga «en defecto de pacto», debe interpretarse en sentido extensivo, incluyendo los negocios unilaterales, como p.e. el testamento, en que se constituya el derecho de adquisición preferente.

[36] En el mismo sentido se pronuncia el artículo 568-14.1 CCCataluña.

[37] El artículo 568-14.5 CCCataluña admite la constitución voluntaria de derecho de retracto sin tanteo previo.

[38] Si se excluye el retracto y se limita el derecho de adquisición preferente al tanteo, cabe defender que el derecho tendrá una eficacia meramente obligacional. En este sentido GONZÁLEZ PACANOWSKA (1989, 334).

[39] Deben notificarse no solo la intención de enajenar, sino las condiciones de la enajenación proyectada, sobre cuya base adoptará el titular del derecho de adquisición la decisión de ejercerlo o no y conforme con las cuales efectuará, en su caso, la adquisición.

[40] En este mismo sentido discurren la Ley 445 de la Compilación de Navarra, el artículo 568-15 CCCataluña y, en la legislación arrendaticia, el artículo 22.3 LAR y el artículo 25.3 LAU.

[41] En esta línea, FELIU REY, M.I. (1997, 22).

[42] Es cierto que no se evitan al tercero los gastos y esfuerzos de negociación que le han llevado a fijar las condiciones del negocio proyectado y que después quedan frustrados, aprovechándose el tanteante de este esfuerzo. La alternativa hubiera sido regular la posibilidad de tanteo cuando el propietario tuviera intención de vender sin requerir la presencia de un tercero concreto dispuesto a comprar. Según este sistema, el propietario ofrecería el bien al tanteante en determinadas condiciones. Si este decidiera no ejercer el tanteo, el propietario quedaría libre de venderlo a un tercero por estas mismas condiciones; si lo vendiera en otras, el tanteante podría ejercitar el retracto. En este sentido, BOSCH CAPDEVILA (2006, 231 y 244) estudia la viabilidad de una figura intermedia entre los derechos de preferencia y opción «una preferencia condicionada no a la existencia de un acuerdo con un tercero, sino a la intención de enajenar del propietario (…) el concedente, una vez tomada la decisión de enajenar y antes de entrar en negociaciones con terceros, estuviese obligado a ofrecer la cosa al titular de la preferencia, a cambio de una contraprestación previamente estipulada, o fijada conforme a criterios objetivos». Pero obsérvese que el problema quizá persistiría pues la venta en otras condiciones partiría del mismo esfuerzo de negociación por el tercero al que me refería y de la frustración de su adquisición ante el ejercicio del retracto. Por otra parte, al margen de cualquier derecho de tanteo, el propietario puede negociar una posible venta del bien con el sujeto que tiene derecho de adquisición preferente, como con cualquier otro, en cualquier momento.

[43] En este sentido, en relación con el Derecho vigente, ALBALADEJO GARCÍA (1991, 349); COCA PAYERAS (1988, 54); ARECHEDERRA ARANZADI (1980, 123 y sigs.); o RODRÍGUEZ MORATA (1996, 53). En cambio, sitúan el punto de inflexión entre tanteo y retracto en la perfección del negocio transmisivo, FELIU REY (1995, 19) o DÍEZ SOTO (2000, 40 y sigs.).

[44] En este sentido, ALBALADEJO GARCÍA (1991, 335), que cita las SSTS de 16 de diciembre de 1958 y de 27 de noviembre de 1963; GONZÁLEZ PACANOWSKA (1989, 327); o BOSCH CAPDEVILA (2006, 237 y 244).

[45] Entre los comentaristas clásicos del Código civil, lo consideraba así MANRESA Y NAVARRO (1908, 347), aunque este autor entendía que el retracto operaba a partir de la perfección del negocio.

[46] Así lo reconoce BOSCH CAPDEVILA (2006, 231 y 244) con referencia al CCCataluña,

[47] La RDGRN de 10 de abril de 2014, entre otras, conecta la necesidad de determinar el plazo de duración con la restricción que en cierta medida y sin llegar a constituir prohibiciones de disponer, suponen los derechos reales de adquisición preferente para la facultad de disposición del propietario, vinculando relativamente la propiedad. Reflexiona sobre la litigiosidad de la cuestión del plazo, al no existir en la actualidad una regulación del tanteo y retracto de constitución voluntaria. Recuerda que el Tribunal Supremo (p.e., en STS de 3 de abril de 1981) ha rechazado la aplicación analógica de los plazos contemplados en la regulación del pacto de retro (art. 1508 CC), por no cumplirse los

requisitos del artículo 4.1 del Código civil. Lo mismo hace la reciente la RDGRN de 26 de abril de 2019 (*RJ* 2019, 1989).

[48] Véanse, en este sentido, la Ley 462 de la Compilación Navarra y el artículo 568-13 CCCataluña.

[49] Regulan esta cuestión la Ley 462 CN los artículos 468-14 y 568-15 CCCataluña.

[50] Entiende DÍEZ SOTO (2000, 154) que si se supeditara la viabilidad del retracto a la concurrencia de algún mecanismo especial de publicidad (escritura, inscripción, notificación, etc.) «se dejaría en manos de los sujetos intervinientes en el contrato la posibilidad de retrasar indefinidamente el ejercicio del retracto mediante el sencillo procedimiento de evitar la utilización de tales mecanismos». Cita, en este sentido, la STS de 3 de febrero de 1915.

[51] La PCC no detalla las condiciones atinentes a la transmisión proyectada que deben ser notificadas. La doctrina discute si entre ellas se encuentra la identidad del tercero a favor de quien se proyecta enajenar el bien. Autores como FELIÚ REY (1995, 93) o DÍEZ SOTO (2013a, 10669) creen que solo es un dato a notificar cuando así se haya establecido de modo expreso o, en palabras de este último, «cuando, en función de las circunstancias del caso, deba entenderse que el conocimiento de la identidad del tercero que podría llegar a adquirir los bienes o derechos ha de ser especialmente relevante para el titular de la preferencia a efectos de tomar una decisión sobre la conveniencia o no de hacer valer su derecho (piénsese, p. ej., en los derechos de adquisición preferente sobre acciones o participaciones reconocidos a otros socios de una sociedad personalista)». En fase de retracto, habrá que notificar la identidad del tercero, frente al que se dirigirá el retrayente para hacer valer su preferencia.

[52] Optó por el criterio de la notificación o requerimiento para fijar el *«dies a quo»*, el Proyecto de Código civil 1851 (art. 1452). GARCÍA GOYENA (1852, 427) lo justificaba en razones de seguridad jurídica y evitación de posibles fraudes.

[53] En este sentido, DÍEZ SOTO (2000, 160).

[54] La Ley 458 CN fija este deber de diligencia respecto del retracto gentilicio.

[55] En la doctrina, han sugerido sistemas de este tipo, CARRETERO (1957, 825) o DÍEZ SOTO (2000, 169).

[56] Distinguen claramente entre reembolsos y consignación la STC 145/1998, de 30 de junio (ECLI:ES:TC:1998:145) y la STC 144/2004, de 13 de septiembre (ECLI:ES:TC:2004:144).

[57] Así lo proclama reiteradamente la jurisprudencia, respecto de los retractos legales, pese a alguna sentencia antigua en sentido contrario. SSTS, Sala Civil, de 11 de mayo de 1965 (*RJ* 1965, 2534), 12 de junio de 1984 (*RJ* 1984, 3232), 20 de septiembre de 1988 (*RJ* 1988, 6843), 30 de abril de 1991 (*RJ* 1991, 3117), 11 de julio de 1996 (*RJ* 1996, 5666), 25 de mayo de 2001 (*RJ* 2001, 3382), 6 de octubre de 2005 (*RJ* 2005, 8761), entre muchas otras. Sobre el tema, puede atenderse a GÓMEZ CALLE (2009, 613 y sigs.).

[58] Muchos autores sitúan el fundamento de la obligación de restituir los gastos útiles en la consideración del adquirente como poseedor de buena fe resultando aplicable el artículo 453 del Código civil, que permite al retrayente elegir entre pagar el importe de los gastos útiles o el mayor valor de la cosa mejorada (así, p.e., MANRESA, 1908, 340). Otros encuentran este fundamento bien en evitar un enriquecimiento injustificado del retrayente, bien en la aplicación analógica de los artículos 112 y 113 LH. Esta última es la solución por la que aboga GARCÍA CANTERO (1991, 608). Según esta interpretación es el adquirente retraído el que puede optar entre exigir el importe de los gastos, o retener los objetos en que consistan las mejoras si ello puede hacerse sin menoscabo. En otro orden de cosas, no existe acuerdo doctrinal acerca de si el adquirente goza o no de «ius retentionis» sobre la finca, hasta tanto no le sean abonados los gastos útiles. Lo afirman quienes parten de la aplicación del régimen del poseedor de buena fe (cfr. art. 453 CC) —así, RUBIO TORRANO (1991, 1004)—. GARCÍA CANTERO (1991, 610-611), de modo coherente con la tesis por él mantenida, lo niega, por considerar que

el «ius tollendi» que corresponde al adquirente retraído por aplicación analógica del artículo 113 LH representa una protección más eficaz que el «ius retentionis».

[59] En este sentido citan GARCÍA CANTERO (1991, 606-607) y RUBIO TORRANO, (1991, 1003) la STS de 3 de julio de 1912 *(JC,* t. 124, núm. 109), que negó el carácter de reembolsables a los gastos de construcción de una casa sobre el predio rústico destinado a cereales, realizada durante la tramitación del juicio de retracto; o la STS de 5 de diciembre de 1959 *(JC* 1959, t. LXXXIV, núm. 676), que procedió igualmente respecto de los gastos de construcción de un chalet edificado de mala fe por el comprador.

[60] Por todos, MANRESA (1908, 340).

[61] También habla de gastos de legítimo abono la Compilación de Navarra en sus Leyes 450 y 451.

[62] Un elenco de gastos y pagos legítimos que deben incluirse y otros que quedan excluidos, según la jurisprudencia, puede encontrarse en GARCÍA CANTERO (1991, 605-606); RUBIO TORRANO, E. (1991, 1003); BELLO JANEIRO, D. (2009, 208 y sigs.); o MAS BADÍA, M.ª D. (2014a, 202-203).

[63] BELLO JANEIRO (2009, 208).

[64] Estos documentos podrán utilizarse después como prueba documental sobre el fondo. No pueden inadmitirse por no haberse satisfecho las obligaciones tributarias vinculadas a los mismos, lo que contravendría el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva —art. 24.1 CE— (cfr. STC 141/1988, de 12 de julio, ECLI:ES:TC:1988:141).

[65] La obligación de consignación se refería al precio y no a los gastos mencionados en los números 1.º y 2.º del artículo 1518 del Código civil (SSTS de 20 de junio de 1949 —*JC* 1949, t. X, núm. 152—, 8 de junio de 1954 —*JC* 1954, t. XXXV, núm. 247—, 21 de junio de 1956 —*JC* 1956, t. L, núm. 480—, 19 de enero de 1974 —*JC* 1974, 15—, 16 de marzo de 1992 —*RJ* 1992, 2185— y 20 de abril de 1994 —*RJ* 1994, 3214—).

[66] Así ocurre, p. ej., con el artículo 595 del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, en relación con el derecho de abolorio. O con la Ley 450 de la Compilación de Navarra.

[67] BELLO JANEIRO (2009, 119).

[68] Un estudio a fondo, en MAS BADÍA, M.ª D. (2014a, 212 y sigs.).

[69] Salvo quizá en el de permuta a cambio de bienes fungibles.

[70] Sobre los inconvenientes de tal déficit, GARCÍA AMIGO (1976, 125) o GARCÍA CANTERO (1991, 540).

[71] Actualmente, la opción de compra inscrita se beneficia de la prioridad, legitimación y fe pública registrales, resultando oponible *erga omnes*. La transmisión del bien por el concedente a un tercero permite al optante, según autores, bien impugnar la transmisión, dejando las cosas como estaban antes de la misma (cancelándose, en su caso, la inscripción de la adquisición del tercero), y ejercitar la opción frente al concedente; bien ejercitar la opción directamente frente al tercero, haciéndose otorgar por este la escritura de compraventa. Si la opción no está inscrita, el optante solo podrá exigir el resarcimiento de los daños y perjuicios —por vía de responsabilidad contractual— al concedente de la opción que enajenó el bien. Si el adquirente conocía la existencia de la opción estará obligado, igualmente a indemnizar, como responsable extracontractual, siendo discutible si su mala fe provoca la nulidad del contrato que sirvió de título a su adquisición (cfr. art. 1275 CC). Parece lo más justo considerar que la opción es oponible al adquirente de mala fe o a título gratuito, con independencia de que esté o no inscrita. Este adquirente nunca estará protegido por el artículo 34 LH. El optante adquiere el bien libre de las cargas constituidas con posterioridad a la inscripción de la opción, lo que provocará su cancelación siempre que se acredite la consignación del precio de la compraventa (doctrina que inicia la RDGRN de 7 de diciembre de 1978, con base en la aplicación analógica de diversas normas registrales, en especial el art. 175.6.ª RH).

[72] La inscripción constitutiva, de convertirse en ley la Propuesta, afectaría al artículo 14 RH, pues el derecho de opción sería inscribible cumplidos los requisitos de aquella y no los que actualmente contempla artículo 14 RH.

[73] En este sentido, el artículo 568-5-2 CCCataluña.

[74] Se detiene en la cuestión DÍEZ SOTO (20131, 10664), con cita de las SSTS, Sala Civil, de 15 de julio de 2005 (*RJ* 2005, 9007) y de 9 de marzo de 2009 (*RJ* 2009, 1980).

[75] Véanse la STS de 13 de mayo de 2005 (*RJ* 2005, 3997) o la RDGRN de 25 de septiembre de 2003 (*RJ* 2003, 6341).

[76] A semejanza del artículo 568-8.3 CCCataluña y a diferencia del artículo 14 RH, la prórroga del arrendamiento o derecho al que se vincule la opción no hace caducar esta, que se prolonga hasta donde alcance dicha prórroga (hay que entender, siempre que en el título constitutivo no se disponga otra cosa).

[77] En la actualidad, para que el derecho sea inscribible, no podrá exceder de cuatro años salvo en el caso del arrendamiento con opción de compra, en que la duración «podrá alcanzar la totalidad del plazo de aquel, pero caducará necesariamente en caso de prórroga, tácita o legal, del contrato de arrendamiento» (art. 14 RH), admitiendo la jurisprudencia la extensión del plazo al de la prórroga convencional expresa. A la cuestión del plazo de duración se refiere la Ley 461.I y II CN (sobre el Derecho navarro, TORRES LANA, 1993, 327 y sigs.) y el artículo 568-8 CCCataluña. Acerca de la prórroga del asiento de inscripción de la opción de compra, pueden verse, por todos, CANALS BRAGUE (1988, 977 y sigs.) y SANCIÑENA ASURMENDI (2007, 185-187).

[78] Por todos, DEL POZO CARRASCOSA, VAQUER ALOY y BOSCH CAPDEVILA (2012, 427), consideran que en el CCCataluña la opción real tiene una eficacia adquisitiva directa.

[79] La referencia a la consignación del precio no se contenía en la versión de la PCC publicada en 2018, aunque en los trabajos posteriores de revisión se agregó este inciso.

[80] La regla es diferente en el artículo 568-12 CCCataluña.

[81] En este sentido, las SSTS, Sala Civil de 6 de julio de 2001 (*RJ* 2001, 4996), 12 de mayo de 2009 (*RJ* 2009, 4741) o 14 de mayo de 2010 (*RJ* 2010, 3697), citadas por DÍEZ SOTO (2013a, 10666). En las SSTS de 6 de abril de 2011 (*RJ* 2011, 3147), 7 de marzo de 2011 (Tol 2061570) o 15 de enero de 2019 (*RJ* 2019, 82), se contempla la posibilidad de que las partes hagan depender el ejercicio de la opción del pago del precio.

[82] También se efectúa esta distinción en el CCCataluña (art. 568-9).

[83] Así se admite en la STS de 12 de noviembre de 2010 (*RJ* 2010, 8049), citada por DÍEZ SOTO (2013a, 10665).

[84] El artículo 569-35 CCCataluña regula la hipoteca sobre los derechos de adquisición preferente.

[85] *Vid.* artículo 568-12.2 CCCataluña, que no regula esta obligación simplemente a efectos registrales y de cancelación de cargas, sino a efectos sustantivos.

[86] La modificación obedece a una propuesta que efectué antes de que se celebrase el cuarto Seminario conjunto para el Estudio de la Propuesta de Código civil (RCDI-APDC), el 16 de mayo de 2019. Fue sometida al juicio de los asistentes y aceptada. En la doctrina, se habían referido a la solución consistente en dejar subsistentes las cargas, deduciéndose su valor del precio de la compra, TORRES LANA (1987, 232) o RAMÓN CHORNET (1989, 362).

[87] La RDGRN de 18 de mayo de 2011 (*RJ* 2011, 3971) especifica que, si la carga es una hipoteca, podrá deducirse *«no solo el importe del principal, sino también de aquellos otros conceptos garantizados por la hipoteca que hayan podido devengarse, como en el caso presente, intereses de demora de la hipoteca cambiaria vencida»*.

[88] La RDGRN de 4 de septiembre de 2009 (*RJ* 2009, 5684), aceptó que se detrajera de las cantidades a consignar el importe de las cargas en que se subrogó el adquirente (derivadas de un préstamo hipotecario, que gravaba la finca, inscrito con anterioridad al derecho de opción), en los términos del artículo 118 LH. La retención absorbía la

totalidad del precio de la compra. El conflicto se plantea con el titular de una anotación preventiva de embargo practicada con posterioridad a la inscripción de la opción, pero antes de su ejercicio. La Dirección, concluye que carece de sentido que la cancelación de la anotación preventiva de embargo *«quede subordinada en el presente caso a la previa consignación del precio de la venta retenido por el comprador. Lo contrario implicaría un evidente enriquecimiento injusto a favor del anotante —repárese en que el objeto de la anotación tenía en el momento de practicarse un valor patrimonial neto negativo, al exceder el importe de la deuda garantizada del precio pactado para la opción inscrita— en perjuicio del comprador»*. La misma solución aplica la RDGRN de 18 de mayo de 2011 *(RJ* 2011, 3971) al caso en que el optante paga en el acto las cargas preferentes, provocando su extinción y cancelación.

[89] Tampoco hay obligación de consignar cuando la adquisición de la finca como consecuencia del ejercicio del derecho de opción sea la contraprestación pactada (el «precio») a cambio de otra que realizó el optante. En el caso de la RDGRN de 10 de abril de 1987 *(RJ* 1987, 3217), A vendió dos solares a B, concertándose una opción de compra sobre varios departamentos a construir (obra futura) en dicho solar, siendo B el concedente de la opción y A el optante. A ejercitó la opción, pero lógicamente no satisfizo ninguna cantidad en concepto de precio, pues la contraprestación por la adquisición de los departamentos era la cesión de suelo anteriormente producida y, por tanto se encontraba ya recibida por el concedente. La DGRN entiende, con buen criterio, que nada hay que consignar.

[90] Cumplido este requisito y el anterior, no se requiere para la cancelación, mandamiento que la ordene (no resulta aplicable el art. 83 LH) —RRDGRN 8 de junio de 1998 *(RJ* 1998, 5227) o 30 de julio de 1990 *(RJ* 1990, 6667)—.

[91] En cualquier caso hay que reconocer que existe una línea de jurisprudencia del Tribunal Supremo, con efecto de arrastre sobre las sentencias de las Audiencias Provinciales, que considera que, dado que la opción inscrita goza de oponibilidad *erga omnes* y convierte en claudicantes los derechos y cargas que accedan al Registro de la Propiedad con posterioridad (entre ellos, las anotaciones de embargo practicadas tras la inscripción de la opción, aunque sea antes de su ejercicio), no cabe cancelar las mismas ni consignar el precio, pues con la mencionada eficacia real quedan salvaguardados los derechos del optante frente a los eventuales adjudicatarios en el procedimiento de apremio (así, la STS de 10 de septiembre de 1998, *RJ* 1998/6609) —cfr. artículo 79.2.º LH—. El derecho del optante se hará valer a través de una tercería de dominio interpuesta por el optante con el fin de alzar el embargo por corresponderle a él y no al deudor ejecutado la propiedad de la finca una vez ejercitada la opción, sin que sea exigible la consignación. Así lo estimó la STS de 5 de noviembre de 2003 *(RJ* 2003, 8257) —comentada por RIVAS TORRALBA (2006, 324 y sigs.)—, que rechaza que el problema deba definirse en términos de conflicto de preferencia de créditos: no resulta aplicable el artículo 1923.4.º CC, porque más que un conflicto de preferencia de créditos lo que tenemos es que la anotación resulta aniquilada por la opción inscrita y ejercitada temporáneamente. Es decir, queda extinguido uno de los supuestos derechos en conflicto, con lo que no cabe hablar de tal. En igual sentido, la STS de 6 de julio de 2006 *(RJ* 2006, 4619). En cambio, en la línea marcada por la DGRN se pronuncia la STS de 10 de septiembre de 1998 *(RJ* 1998, 6609). Más información en MAS BADIA (2013b, 488).

[92] En este sentido, ALBIÑANA CILVETI (2004, 29).

[93] Así, las RRDGRN 28 de septiembre de 1982 *(RJ* 1982, 5369), 10 de abril de 1987 *(RJ* 1987, 3217), 8 de junio de 1998 *(RJ* 1998, 5227), 26 de marzo de 1999 *(RJ* 1999, 2184), 18 de abril de 2002 *(RJ* 2002, 7823), 11 de junio de 2002 *(RJ* 2002, 8905), 4 de septiembre de 2009 *(RJ* 2009, 5684), o 18 de mayo de 2011 *(RJ* 2011, 3971).

[94] Tal sistema ha sido acogido en el artículo 568-12 del Código civil de Cataluña.

[95] En contra de la opinión mayoritaria de la doctrina, alineada con la posición de la DGRN, se manifiestan, en cambio, CHICO Y ORTIZ (1982, 87) o RAMÓN CHORNET (1989, 311 y sigs.).

[96] Así, la RDGRN 22 de abril de 2005 *(RJ* 2005, 5365). La compensación es admisible con los requisitos de los artículos 1195 y 1196 del Código civil, pero no puede perjudicar a los titulares de cargas constituidas por el concedente no preferentes al derecho del optante, que para hacer valer la compensación debe renunciar a su cancelación.

[97] Muy semejante al artículo 568-10 CCCataluña.

[98] El artículo 568-11 CCCataluña regula de modo expreso las consecuencias de la pérdida total o parcial del bien, diferentes según la causa a la que obedezca.

[99] Un ejemplo de una estipulación de este tipo, en la RDGRN 22 de enero de 2013 *(RJ* 2013, 8422).

[100] En la RDGRN 12 de diciembre de 2003 *(RJ* 2004, 229) se deniega la cancelación por existir constancia registral del ejercicio de la opción.

El asiento que indique haberse ejercitado el derecho de opción puede ser el de inscripción de la adquisición por la compraventa a favor del optante, o la anotación de la demanda en que se ejercita judicialmente la opción (en este sentido, SANCIÑENA, 2007, 188). Se discute, en cambio, si puede acceder al Registro de la Popiedad, mediante nota al margen de la inscripción de la opción, el requerimiento notarial dirigido al concedente notificándole el ejercicio extrajudicial de la opción por el titular del derecho de adquisición, antes de que se otorgue la correspondiente escritura de compraventa (en contra, la RDGRN 7 de diciembre de 1982).

[101] En la RDGRN 5 de enero de 2006 *(RJ* 2006, 3897) se deniega la cancelación de la opción de compra al haberse adoptado una medida cautelar de suspensión del plazo en procedimiento criminal. Además, el optante había presentado en el Registro de la Propiedad un documento que acreditaba su intención de ejercitar la opción.

[102] La STS de 31 de enero de 2001 *(RJ* 2001, 1083) no ha afectado a la vigencia del artículo 177, párrafo I RH.

[103] Aún así, la eficacia práctica de la norma se encuentra limitada por la exigencia de que hayan transcurrido cinco años desde el vencimiento del plazo de la opción para que pueda practicarse la cancelación automática.

[104] Véanse, entre otras, las RRDGRN de 14 de diciembre de 2010 *(RJ* 2011, 127), 23 de abril de 2003 (TOL 268.141), 12 de marzo de 2009 (TOL1.464.936) o 14 de diciembre de 2010 —*RJ* 2011, 127—). Más información en MAS BADÍA (2013b, 479 y sigs.).

[105] En este sentido, ARANDA RODRÍGUEZ (2011, 265); DE LA IGLESIA MONJE (2001, 364); DÍEZ SOTO (2013.ª, 10679); GARCÍA AMIGO (1976, 122); o MERINO (1978, 317). Se busca apoyo en el artículo 1510 del Código civil, o en la posibilidad de hipotecar este derecho (art. 107.8.º LH). BLASCO GASCÓ (2015, 447), matizando los argumentos que utiliza la doctrina mayoritaria, considera el pacto de retroventa más como una estipulación con eficacia real que como un derecho real propiamente dicho.

[106] GARCÍA CANTERO (1991, 530 y sigs.) insiste en la proximidad de ambos derechos, subrayando que «la posición del retrayente en el pacto de retro es similar a la del optante, pues dispone de una preferencia adquisitiva absoluta e incondicionada sobre la cosa, sin que la voluntad del propietario actual de esta tenga relevancia a efectos de la adquisición. Lo que ha ocurrido hasta ahora es que la regulación legal de este derecho y su elaboración doctrinal ha girado en torno a la idea de retroacción, de recuperación de una cosa de la que anteriormente se era propietario; pero, en lo que aquí interesa, la posición del comprador con pacto de retro es idéntica a la del propietario que ha concedido, con carácter real, una opción de compra sobre su cosa».

[107] Así lo afirman de forma generalizada los autores: BADENES GASSET (1958: 32); BOSCH CAPDEVILA (2006, 226, nota 4); CABANILLAS SÁNCHEZ (1991, 989); CASTÁN TOBEÑAS (1985: 165 y sigs.); GARCÍA CANTERO (1980: 445); GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (1989, 321); MARÍN LÓPEZ (2010, 749 y sigs.) o RIAZA (1919, 192 y sigs.). El TS subraya la diferencia, entre otras, en la STS de 22 de abril de 2008 *(RJ* 2008, 1995).

[108] Suele entenderse, bajo el Código civil, que el ejercicio del «retracto convencional» supone la resolución del título del adquirente retraído y, por tanto, la readquisición

automática del bien o derecho por el retrayente con efectos retroactivos al momento en que se produjo la transmisión original, sin que haya de efectuarse una nueva transmisión del adquirente en favor del retrayente, que no ha dejado nunca de ser dueño (CABANILLAS SÁNCHEZ, 1991, 988; DÍEZ SOTO, 2013a, 10687; o RIVERA SABATÉS, 2001, 148 y sigs., en cuyas obras puede encontrarse un elenco de autores clásicos a favor y en contra de esta posición).

[109] Aunque el Código civil regula el «retracto convencional» en sede de compraventa, contrato al que la figura nace históricamente vinculada y en relación con el cual suele estipularse en la práctica, diversos autores abogan por su aplicación en relación con otros negocios. MERINO HERNÁNDEZ (1978, 313 y sigs.) destaca, entre ellos, la permuta. Aduce el principio de autonomía de la voluntad, los artículos 1258 del Código civil y 1541 del Código civil y argumentos de Derecho comparado, y cita la STS de 2 de diciembre de 1914, que lo aplica a un contrato de transacción. La referencia al precio del artículo 1518 del Código civil debe entenderse —dice— como relativa al valor pecuniario del bien cuando no haya precio propiamente dicho. RIAZA MATEO (1919, 193), en cambio, circunscribe este derecho al contrato de compraventa.

[110] En un sentido similar, el artículo 568-28 CCCataluña.

[111] Resultan representativas las palabras de RUBIO TORRANO (1991, 997), cuando escribe que el precepto «resulta obvio, innecesario y en su literalidad no muy afortunado; así, el comprador no puede sustituir al vendedor en el derecho que este tiene de que aquel le pague el precio, ni en el derecho de recuperar la cosa vendida … Lo que esta norma parece querer reforzar es el principio de que el comprador con pacto de retro lo es a todos los efectos y, por tanto, una vez producida la tradición de la cosa vendida esta será propiedad del comprador (…)».

[112] Véase VÁZQUEZ BARROS (2008, 132 y sigs.).

[113] En el CCCataluña, la solución es diferente. Cfr. artículo 568-29 (*Duración*).

[114] En este sentido, GARCÍA CANTERO (1991, 571) o DÍEZ SOTO (2013.ª, 10684), entre otros.

[115] Se introduce alguna pequeña modificación de estilo sobre la versión publicada en 2018, que establecía: *«El titular de este derecho puede ejercerlo frente a todo aquel cuya adquisición traiga causa del adquirente y recibe la cosa libre de gravámenes, sin perjuicio de la protección de terceros de buena fe»*.

(Trabajo recibido el 1-9-2019 y aceptado para su publicación el 7-11-2019)

ESTUDIOS LEGISLATIVOS

Las repercusiones geográficas de los principios hipotecarios tras la Ley 13/2015, de 24 de junio (III): El principio de inscripción gráfica

The geographical repercussions of the mortgage principles after Law 13/2015, of June 24 (III): The graphical registration principle

por

PEDRO FANDOS PONS

Registrador de la propiedad de Dolores y Doctor en Derecho

RESUMEN: Continuando con el propósito de intentar elaborar una interpretación evolutiva de la Ley 13/2015 y su repercusión sobre los principios hipotecarios, nos ocupamos, en este tercer artículo de la serie, en indagar sobre las repercusiones geográficas del principio de inscripción, entendido este como el que trata del papel de la inscripción en la constitución, transmisión, modificación y extinción de derechos reales. Nos vamos a plantear cuál es el valor de la incorporación de la georreferenciación a la inscripción respecto a la descripción de la finca, que es objeto de inscripción; cuando se incorpora la georreferenciación de la finca al asiento; y, finalmente, cuales son los efectos que produce.

ABSTRACT: Continuing with the purpose of trying to develop an evolutive interpretation of Law 13/2015 and its repercussion on mortgage principles, we deal in this third article of the series, in inquiring about the geographical repercussions that it has on the principle of registration, understood as the one dealing with the role of registration in the constitution, transmission, modification and extinction of real rights. We are going to consider the value of the incorporation of the georeferencing to the inscription, with respect to the description of the farm, which is the object of registration, when the georeferencing of the farm is incorporated into the seat and, finally, what are the effects what it produces.

PALABRAS CLAVE: Georreferenciación. Principio de inscripción. Incorporación de la georreferenciación de la finca. Descripción de la finca. Objeto de inscripción.

KEY WORDS: Georeferencing. Registration principle. Incorporation of the georeferencing of the farm. Description of the farm. Object of registration.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: 1. La Inscripción como principio. 2. La inscripción como asiento.—II. LA VERTIENTE GEOGRÁFICA DEL PRINCIPIO DE INSCRIPCIÓN: 1. Planteamiento de la cuestión. 2. El valor jurídico de la inscripción de la georreferenciación: *2.1. Planteamiento. 2.2. La inscripción de la georreferenciación en el artículo 9.1 de la LH, tras la Ley 24/2001. 2.3. La inscripción de la georreferenciación en el artículo 9 b) de la LH, tras la Ley 13/2015:* 2.3.1. La calificación registral de los títulos. 2.3.2. El despacho de los títulos. 2.3.3. La devolución de los títulos. 2.3.4. La publicidad registral de la georreferenciación. 3. Inscripción de la georreferenciación y tradición. 4. El ámbito del principio de inscripción en su vertiente geográfica. 5. La necesariedad o voluntariedad de la inscripción de la georreferenciación: *5.1 Regla General: La georreferenciación es circunstancia potestativa de la inscripción. 5.2. Excepción: la georreferenciación como circunstancia necesaria de la inscripción:* 5.2.1. La inmatriculación de fincas. 5.2.2. Las operaciones de modificación de entidades hipotecarias. 6. Objeto de la inscripción de la georreferenciación. 7. Efectos de la inscripción de la georreferenciación.—III. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

La expresión «inscripción», gramaticalmente, puede entenderse como el resultado de la acción de inscribir un escrito hecho para recordar algún acon-

tecimiento, que está incluido en un registro o lista. Pero, cuando se utiliza en el marco del Derecho Inmobiliario Registral, el término «inscripción» puede entenderse en un doble sentido: como uno de los principios hipotecarios, entendidos como las reglas más generales de la legislación hipotecaria española, formuladas directamente en sus preceptos u obtenidas por inducción de los mismos, que dan a conocer las líneas esenciales de nuestro ordenamiento inmobiliario registral[1]. Y como una clase de asiento, la principal.

Vamos a tratar de averiguar si, tras la ley 13/2015, el principio de inscripción adquiere una vertiente geográfica. Pero, antes debemos hacer una precisión terminológica. Utilizamos los términos inscripción de la georreferenciación e incorporación de la georreferenciación al asiento como términos sinónimos, pues la incorporación de la georreferenciación al asiento no es más que el modo en el que ha de practicarse la inscripción de la georreferenciación, de la cual es una circunstancia[2].

1. La inscripción como principio hipotecario

Como principio hipotecario, el de inscripción es aquel que determina su valor en la constitución, transmisión, modificación y extinción del dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles a través del Registro[3], que juega en toda su extensión en los sistemas de inscripción constitutiva, como el alemán[4], donde la inscripción es requisito para la producción de la modificación jurídico real.

En los sistemas donde la inscripción no es constitutiva, como el español[5], tiene una extensión más limitada y la inscripción, por regla general, se limita a declarar una modificación jurídica real producida fuera del Registro, discutiéndose la vigencia del principio de inscripción[6], pues la adquisición de los derechos reales se regula por el Derecho civil sustantivo y se produce fuera del Registro, por lo que un sector doctrinal entiende que el principio de inscripción no existe en el sistema registral español.

Otro sector admite su vigencia, aunque con un alcance más limitado que en el Derecho alemán. Pero, incluso entre quienes lo admiten, su tratamiento ha sido empírico y fragmentario[7].

También la jurisprudencia lo ha tratado como un principio hipotecario[8]. Así la sentencia 171/2012 del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, 20 de marzo de 2012 menciona el principio de inscripción no constitutiva que rige en nuestro sistema hipotecario, al declarar que «*la eficacia jurídica de los títulos de partición, no viene determinada por su inscripción en el Registro de la Propiedad, dado que en nuestro sistema inmobiliario registral rige el principio de inscripción no constitutiva*». También la Dirección General de los Registros y del Notariado en la resolución de 27 de febrero de

1978 afirma que «*el principio de voluntariedad de la inscripción*» es básico en nuestro sistema hipotecario.

Es un tópico erróneo acudir a la inscripción declarativa para negar la vigencia del principio de inscripción en nuestro Derecho[9], pues el derecho real requiere de la inscripción para su plena, total y perfecta configuración frente a terceros. Por tanto, el principio existe en nuestro sistema, si bien con alcance más limitado que en el Derecho alemán, pues la inscripción produce una serie de efectos jurídicos[10], sin que pueda limitarse a la existencia de la inscripción constitutiva pura, sino que el principio puede predicarse de otras modalidades de inscripción, en la que esta contribuye a conformar el derecho real en su eficacia plena frente a todos los no intervinientes en el acto o contrato.

En la doctrina voces autorizadas vienen reclamando el tránsito del sistema español hacia un sistema de inscripción constitutiva, toda vez que han desaparecido los obstáculos que señaló el legislador de la Ley Hipotecaria de 1944, para su instauración, donde el principio de inscripción jugaría con toda su fuerza[11]. Otras voces entienden que nuestro sistema ya es de inscripción constitutiva, no solo respecto al tercero dada la existencia de la fe pública registral consagrada en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, sino que es constitutivo *per se* dada la eficacia legitimadora de la inscripción en el artículo 38 del mismo cuerpo legal[12].

2. La inscripción como asiento

El asiento registral es la *constatación escrita de un título, acto, hecho o circunstancia en los libros del Registro de la Propiedad, con las circunstancias determinadas por la Ley, que se extractan del título presentado, para que surta los efectos de la publicidad registral inmobiliaria que procedan.* La novedad de la Ley 13/2015 es que introduce una circunstancia electrónica en un asiento, que sigue siendo en soporte papel, lo que obliga, mientras no se produzca un desarrollo reglamentario, a una interpretación, que realizó la Resolución-Circular de la DGRN de 3 de noviembre de 2015, como veremos.

II. LA VERTIENTE GEOGRÁFICA DEL PRINCIPIO DE INSCRIPCIÓN

1. Planteamiento de la cuestión

Aunque la inscripción en nuestro sistema publica un derecho real que se declara, transmite, modifica o extingue fuera del Registro, es innegable

que esta produce unos efectos jurídicos sustantivos, que le protegen frente al derecho no inscrito. Podemos afirmar que la inscripción tiene un valor jurídico, pues asigna titularidades reales seguras, que imprimen un sello especial al derecho[13]. Por ello, partimos de la consideración por la que el principio de inscripción sí que juega en nuestro sistema, pues aunque no sea constitutiva, produce unos efectos jurídicos que le atribuyen un valor, como es la oponibilidad *erga omnes*, con una consideración jurídica distinta de la eficacia del derecho real, que se produce fuera del Registro. La oponibilidad *erga omnes* requiere una forma pública determinada, conforme al artículo 3 de la LH y un requisito adicional, el acceso del derecho al Registro, conforme al artículo 32 de la LH.

Desde esta perspectiva, vamos a indagar si el principio de inscripción tiene unas repercusiones geográficas, lo que podemos denominar «principio de inscripción registral gráfica», tras la Ley 13/2015, o si estas carecen de existencia.

Para ello vamos a tratar de dar respuesta a los puntos tradicionales señalados por la doctrina hipotecarista que aboga por la admisión del principio, referidos a la descripción de la finca y a su concreta ubicación, a través de la georreferenciación:

— El valor jurídico de la inscripción de la georreferenciación.
— La relación entre la inscripción de la georreferenciación y la tradición.
— El ámbito en que se desenvuelve el principio de inscripción registral gráfica.
— La necesidad o voluntariedad de la inscripción de la georreferenciación.
— El objeto de la inscripción, cuando se incorpora la georreferenciación al asiento.
— Los efectos que produce la inscripción de la georreferenciación.

2. El valor jurídico de la inscripción de la georreferenciación

2.1. Planteamiento

Hemos de partir de la exposición de una serie de caracteres propios del principio de inscripción, para apreciar si tienen un reflejo cuando se aplican a la inscripción de una georreferenciación, es decir, a su incorporación al asiento de inscripción[14]. Si logramos determinar esos caracteres propios del principio de inscripción (calificación, despacho, devolución del material aportado y publicidad registral) cuando se incorpora la georreferenciación

de la finca al asiento, podemos concluir que esta tiene un valor jurídico, participando de la naturaleza propia de la inscripción.

Vamos a tratar de responder a la pregunta estudiando la evolución de la redacción del artículo 9, comparando las redacciones dadas por la Ley 24/2001 y 13/2015.

2.2. La inscripción de la georreferenciación en el artículo 9.1 de la LH, tras la Ley 24/2001

En el tratamiento de las representaciones gráficas de fincas hemos de partir de la distinción de dos técnicas, que según VÁZQUEZ ASENJO, ambas tenían cabida en la redacción dada al artículo 9.1 por la Ley 24/2001:

1. El archivo de planimetría complementaria de identificación de las fincas, a la que se refería los dos primeros párrafos del artículo, cuando disponía: *«Podrá completarse la identificación de la finca mediante la incorporación al título inscribible de una base gráfica o mediante su definición topográfica con arreglo a un sistema de coordenadas geográficas referido a las redes nacionales geodésicas y de nivelación en proyecto expedido por técnico competente. La base gráfica catastral o urbanística y el plano topográfico, si se utilizasen, deberán acompañarse al título un ejemplar duplicado. Uno de los ejemplares se archivará en el Registro, sin perjuicio de su incorporación a soportes informáticos. Del archivo del duplicado se tomará nota al margen del asiento correspondiente a la operación practicada y en el ejemplar archivado el registrador hará constar referencia a la finca correspondiente. Podrá obtenerse el archivo de la base gráfica como operación registral específica mediante acta notarial autorizada a requerimiento del titular registral en la que se describa la finca y se incorpore la base gráfica»*.

La aportación de base gráfica, catastral, urbanística, o elaborada por técnico competente, era de aportación voluntaria para completar la descripción de las fincas, sin determinar los requisitos técnicos para garantizar la homogeneidad de la cartografía, por lo que era una declaración muy general. Y su aportación solo tenía por objeto el archivo registral.

No regulaba el precepto la calificación registral del plano, el despacho del documento, ni la publicidad registral, en caso de calificación positiva. Por ello la técnica del archivo de la base gráfica no seguía la técnica propia de la inscripción, ni tenía valor jurídico alguno.

2. La de la inscripción gráfica registral, que tiene su origen en el último párrafo del artículo 9.1, redactado por la Ley 24/2001, que disponía: *«Los registradores dispondrán de aplicaciones informáticas para el tratamiento de*

las bases gráficas que permitan su coordinación con las fincas registrales y la incorporación a estas de la calificación urbanística, medioambiental o administrativa correspondiente»[15].

Este párrafo podemos considerarlo como el precursor del principio de inscripción en su vertiente geográfica, pues el registrador incorporaba la base gráfica aportada a un soporte informático y declaraba su coordinación o no con la descripción literaria. Pero, su redacción de carácter general, la no regulación de la cuestión relativa a la calificación registral, la posibilidad de formar la base gráfica registral del oficio por el registrador, la mera constancia de la incorporación de la representación gráfica al sistema de bases gráficas registrales por nota marginal, que hacía las veces de inscripción, requería un reforzamiento legal, con la determinación de los efectos que produjera esa incorporación de la georreferenciación.

2.3. La inscripción de la georreferenciación en el artículo 9 b) tras la Ley 13/2015

Con la redacción dada al artículo 9 por la Ley 13/2015, a nuestro entender, la consolidación del principio de inscripción en su vertiente geográfica obtiene una consagración legal. Y ello porque se cumplen las cuatro características del principio de inscripción en lo referente a la descripción de la finca y la incorporación de la georreferenciación al asiento, pues hay una aportación de georreferenciación, una calificación de la misma, un despacho y una publicidad registral, en caso de calificación positiva.

2.3.1. La calificación registral de los títulos

Toda la documentación presentada en el Registro de la Propiedad ha de pasar por el tamiz de la calificación registral. Desde el punto de vista gráfico, lo que ha de calificarse es aquel material geográfico susceptible de quedar inscrito en el Registro de la Propiedad.

Podemos distinguir, de la redacción del artículo 9, dos requisitos para incorporar la georreferenciación al asiento[16]:

1. Su aportación por los otorgantes, sin que la georreferenciación a inscribir pueda confeccionarse por el registrador, como podía ocurrir en el régimen anterior, donde el registrador podía incorporar la base gráfica aportada a un soporte informático, o conformándola con su herramienta informática, según las declaraciones de las partes, operando finca por finca y sin tener en cuenta la homogeneidad de la cartografía.

El material geográfico a aportar se regula en el artículo 9 b) párrafo 3.º, cuando dispone: *«Para la incorporación de la representación gráfica de la finca al folio real, deberá aportarse junto con el título inscribible la certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca, salvo que se trate de uno de los supuestos en los que la ley admita otra representación gráfica georreferenciada alternativa*».

El título siempre ha de incorporar obligatoriamente certificación catastral descriptiva y gráfica, que lleva como adjunto la georreferencia de la parcela catastral en formato GML, respecto de la cual, los otorgantes deben hacer una serie de declaraciones sobre esa representación gráfica y la situación física de la finca, a pregunta del notario, conforme al artículo 18 del TRLCI. Ello salvo las excepciones legales del artículo 39 del TRLCI.

Solo en defecto o inexactitud de representación gráfica catastral, el otorgante puede aportar una georreferenciación alternativa, que debe cumplir los requisitos jurídicos y técnicos, a que se refiere el párrafo 4.º del artículo 9 b) y el número séptimo de la Resolución Conjunta de la Dirección General de los Registros y del Notariado y de la Dirección General del Catastro de 26 de octubre de 2015, que fueron objeto de tratamiento en el artículo dedicado al principio de calificación registral gráfica.

2. El medio para practicar la calificación registral del material aportado, por lo que resulte del título y del contenido del Registro, en el cual se integra la aplicación informática homologada, pues conforme al artículo 9 b) párrafo 9.º: «*Todos los Registradores dispondrán, como elemento auxiliar de calificación, de una única aplicación informática suministrada y diseñada por el Colegio de Registradores e integrada en su sistema informático único, bajo el principio de neutralidad tecnológica, para el tratamiento de representaciones gráficas, que permita relacionarlas con las descripciones de las fincas contenidas en el folio real, previniendo además la invasión del dominio público, así como la consulta de las limitaciones al dominio que puedan derivarse de la clasificación y calificación urbanística, medioambiental o administrativa correspondiente*».

Este aplicación contará como mínimo con la cartografía catastral vigente, la ortofoto oficial del Plan Nacional de Ortofotografía Aérea que cubra todo el territorio nacional más actualizada, y conforme a la disposición adicional 5.ª, todos los planes urbanísticos generales y de desarrollo, debidamente georreferenciados y metadatados y sus modificaciones aprobadas definitivamente y en vigor, a los que tendrá acceso mediante consulta a un WMS, o mediante entrega del ejemplar certificado y en soporte electrónico. Si bien, esta disposición en la actualidad ha sido incumplida, de modo generalizado. La calificación registral lo que pretende, respecto a la georreferenciación de la finca, es que el registrador pueda emitir un juicio sobre la coherencia, o no, de la georreferenciación aportada con la descripción

literaria de la finca y la indubitada relación con las fincas colindantes, sean de titularidad pública o privada.

Por ello, se permite que la aplicación informática homologada pueda disponer de otro tipo de cartografías, que el registrador estime convenientes, para la mejor motivación de su juicio, pues conforme al artículo 9 b) párrafo 8.º: «*A efectos de valorar la correspondencia de la representación gráfica aportada, en los supuestos de falta o insuficiencia de los documentos suministrados, el Registrador podrá utilizar, con carácter meramente auxiliar, otras representaciones gráficas disponibles, que le permitan averiguar las características topográficas de la finca y su línea poligonal de delimitación*».

3. El modo en que el registrador debe efectuar la calificación y los supuestos en los que existirá correspondencia entre la georreferenciación aportada y la descripción de la finca. Así, disponen los párrafos 5.º y 6.º del artículo 9 b): *«La representación gráfica aportada será objeto de incorporación al folio real de la finca, siempre que no se alberguen dudas por el Registrador sobre la correspondencia entre dicha representación y la finca inscrita, valorando la falta de coincidencia, siquiera parcial, con otra representación gráfica previamente incorporada, así como la posible invasión del dominio público. Se entenderá que existe correspondencia entre la representación gráfica aportada y la descripción literaria de la finca cuando ambos recintos se refieran básicamente a la misma porción del territorio y las diferencias de cabida, si las hubiera, no excedan del diez por ciento de la cabida inscrita y no impidan la perfecta identificación de la finca inscrita ni su correcta diferenciación respecto de los colindantes*».

El registrador calificará estas circunstancias para lograr la convicción sobre la correspondencia de la representación gráfica aportada y la que resulte del Registro, mediante la comparación de estos dos recintos geográficos, ya se parta de georreferenciación inscrita, de una con valor auxiliar de calificación, previa o identificada de oficio por el registrador, sobre la cartografía básica.

Las circunstancias a calificar son distintas según se aporte georreferenciación catastral o alternativa.

Las primeras son comunes a todo supuesto y son [art. 9 b) párrafo 5.º]:

a) La coincidencia básica sobre el mismo sector de territorio.

Utiliza el precepto la expresión «básicamente», pues lo que se intenta es una correspondencia y no una coincidencia entre esos dos sectores de territorio. Para ello, se utilizará como cartografía básica para identificar las fincas registrales sobre el territorio la catastral (art. 10.1 de la LH), siendo la referencia catastral, el medio principal para lograr esa ubicación, pero no el único, pues pueden utilizarse otros subsidiarios.

b) Las posibles diferencias superficiales inferiores al 10 % de la cabida inscrita.

El legislador entiende que ese es el grado de tolerancia que puede existir entre la georreferenciación que resulte del contenido del Registro y la aportada, por debajo del cual el artículo 9 presume la concordancia con la realidad física. Con ello, el legislador promociona la coherencia de la cartografía sobre su precisión, entendiendo que no es preciso actualizar el catastro, cuando las diferencias superficiales son inferiores al 10 % de la cabida registral, ordenando en ese caso que se asuma la georreferenciación catastral como la de la finca registral correspondiente, adaptando su superficie a la del catastro, siempre que el registrador no tenga dudas en la identidad de la finca. Es decir, que pueda lograr convicción sobre la correspondencia entre ambas, sin sospechar que haya habido alteraciones encubiertas, o encubrimiento de actos o negocios jurídicos.

Pero, como subraya la RDGRN de 25 de octubre de 2018 ni en los artículos 9 y 10 de la Ley Hipotecaria ni en el 199.1, se exige expresamente que, además de aportar la certificación catastral descriptiva y gráfica, haya de describirse en el título la finca según lo que resulta de tal certificación catastral, sin perjuicio de que, conforme al párrafo séptimo del artículo 9.b), al practicarse la inscripción de la georreferenciación, su cabida será la resultante de la misma, rectificándose, si fuera preciso, la que consta en la descripción literaria y notificándose por el registrador el hecho de haberse practicado tal rectificación a los titulares de derechos inscritos. Solo se refiere a la rectificación de ese aspecto de la descripción, pero en cuanto a los demás, seguirá siendo la descripción que resulte del contenido del Registro y del título, en cuanto resulte coherente con el primero.

c) La perfecta identificación de la finca inscrita y su correcta diferenciación respecto de las colindantes.

Las diferencias superficiales, de existir, no deben impedir la perfecta identificación de la finca y su diferenciación con las colindantes, Es decir, el registrador en el ejercicio de su calificación registral, mediante la consulta a la aplicación informática homologada del artículo 9, ha de distinguir, sin ninguna duda, cual es la finca inscrita y que la misma no afecta a ninguna finca o parcela colindante (en caso de ser alternativa).

Las circunstancias específicas se refieren a la aportación de georreferenciación alternativa, donde el registrador calificará que esta respete «*la delimitación de la finca matriz o del perímetro del conjunto de las fincas aportadas que resulte de la cartografía catastral. Si la representación gráfica alternativa afectara a parte de parcelas catastrales, deberá precisar la delimitación de las partes afectadas y no afectadas, y el conjunto de ellas habrá de respetar la delimitación que conste en la cartografía catastral. Dicha representación grá-*

fica deberá cumplir con los requisitos técnicos que permitan su incorporación al Catastro una vez practicada la operación registral».

Y respecto a la relación de la misma con las colindantes, el registrador deberá comprobar que la georreferenciación aportada no afecta a ninguna parcela catastral colindante, pues si lo hace, no puede inscribir la georreferenciación sin la tramitación de uno de los expedientes del Título VI, que requiere su notificación, como colindante afectado.

Los requisitos técnicos son los que precisa el número siete de la Resolución Conjunta de 26 de octubre de 2015, que el registrador puede calificar solicitando, pues puede hacerlo cualquier interesado, el informe catastral de validación técnica de la georreferenciación alternativa, que también le permitirá determinar si existen colindantes catastrales afectados a notificar para poder inscribirla[17].

2.3.2. El despacho y devolución de los títulos

Los títulos han de ser despachados, una vez calificados, mediante una transformación cualitativa que permita dejar constancia exacta de la sustancia que tiene trascendencia real en su contenido, siendo esta una labor del registrador, desde el punto de vista gráfico.

Las operaciones de despacho son necesarias para poder emitir una calificación, pues el registrador extrae del GML presentado las circunstancias con trascendencia registral: las coordenadas de georreferenciación, a las que añade el asiento de presentación del título y el código único de la finca, generando un nuevo GML, el registral, que sitúa en el escenario de calificación, que ha de tener en cuenta el registrador. Así, el número 3 de la Resolución-Circular de la DGRN de 3 de noviembre de 2015 declara: «*Una vez obtenida la representación gráfica, sea a partir de la certificación catastral descriptiva y gráfica sea a partir de la representación gráfica alternativa aportadas, el registrador extraerá las coordenadas de los vértices de la finca y adicionará como metadatos la identificación del asiento de presentación y el código de finca registral, generando un archivo electrónico, en formato GML, que firmará con su certificado reconocido de firma electrónica. Dicho archivo se almacenará en los servidores locales del Registro de la Propiedad y también se remitirá, junto con el código seguro de verificación de la firma (CSV), al correspondiente portal de servicios registrales geográficos del Colegio de Registradores, el cual velará para que el almacenamiento de dichos archivos electrónicos centralizados se ajuste a los requisitos del Esquema Nacional de Seguridad. El Colegio de Registradores pondrá a disposición de sus colegiados los medios técnicos necesarios para el cumplimiento de lo dispuesto anteriormente*».

Sobre ese escenario el registrador realiza su calificación y su resultado puede ser positivo o negativo. El despacho del título debe producirse en cualquier caso, sea la calificación positiva o negativa, pero las tareas de despacho son diferentes, según el resultado de la calificación.

1. Si la calificación es positiva, se incorporará la georreferenciación al asiento. En el acta de inscripción el registrador incluirá la expresión formal de que inscribe la representación gráfica y la lista de coordenadas que constan en el archivo electrónico con indicación de su código seguro de verificación (CSV), generado con su firma electrónica.

Para su despacho, el registrador tomará de la georreferenciación aportada las circunstancias de trascendencia real: las coordenadas de georreferenciación UTM, sobre un sistema ETRS-89 o REG CAN-95, formando el GML registral, y:

a) Si la georreferenciación es catastral, declarará la finca coordinada gráficamente con el Catastro a la fecha del asiento y lo comunicará al Catastro, indicando el Código Registral Único de la finca, conforme al artículo 10, de todo lo cual dejará constancia en la nota de despacho.

b) Si es alternativa, la comunicará al Catastro y declarará pendiente de coordinación con el Catastro, pudiendo hacer constar el resultado del informe catastral de validación técnica de la georreferenciación alternativa presentada, que:

1. Si es positivo determinará la posibilidad de su coordinación futura, cuando el Catastro responda a la comunicación registral.
2. Si es negativo determinará la imposibilidad de coordinación gráfica con el Catastro, aunque no se impide el tráfico jurídico de la finca.

Así, la RDGRN de 28 de noviembre de 2018 declaró que la aportación de un informe de validación catastral es suficiente para cumplir los requisitos técnicos que permiten la inscripción en el Registro de la georreferenciación alternativa y la remisión de la información correspondiente para su incorporación al Catastro, con independencia de su resultado. Si es positivo, supondrá que la representación gráfica es directamente incorporable al Catastro, desde el punto de vista técnico, pero sin que ello signifique que sea inscribible en el Registro (ya que la representación de las parcelas colindantes afectadas deberá contar, en todo caso, con el consentimiento de sus titulares, y, además, habrá de ser calificada por el registrador). Si el resultado de la validación es negativo, ello impedirá la incorporación directa al Catastro, pero no obstará a que, en caso de calificación positiva por el registrador, tras la tramitación del pertinente procedimiento *ex* artículo 199.2 LH (con

notificación a colindantes afectados), pueda inscribirse la representación gráfica. Por tanto, si el informe de validación es negativo no conllevará, por sí solo, la denegación de la inscripción de la representación gráfica; pero impedirá su incorporación directa al Catastro.

De todo ello se dejará constancia en la nota de despacho del título, cuando se devuelve al presentante.

2. Si la calificación es negativa, debemos diferenciar según la incorporación de la georreferenciación sea obligatoria o potestativa para el registrador:

a) Si es obligatoria, el registrador suspenderá o denegará la práctica del asiento solicitado, pues no puede practicarse sin georreferenciación y en la nota de calificación negativa indicará los hechos y los fundamentos de derecho en que se basa, fundamentando las dudas que pueda tener en la identidad de la finca. Dicha nota puede recurrirse.

b) Si es potestativa, puede practicar el asiento solicitado, pero denegando la incorporación de la georreferenciación catastral o alternativa, que se comunicará al Catastro, indicando tanto en la comunicación, como en la nota de despacho las causas que han impedido la incorporación y su coordinación con el Catastro, sin que se haya solicitado la subsanación de la discordancia con la realidad física mediante expediente del título VI de la LH. Así la RDGRN de 14 de noviembre de 2016 declaró: *«la certificación gráfica aportada, junto con el acto o negocio cuya inscripción se solicite, o como operación específica, debe ser objeto de calificación registral conforme a lo dispuesto en el artículo 9, lo que supone acudir a la correspondiente aplicación informática auxiliar prevista en dicho precepto, o las ya existentes anteriormente (cfr. punto cuarto de la Resolución-Circular de 3 de noviembre de 2015). Las dudas que en tales casos puede albergar el Registrador han de 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. Además, según el precepto corresponde al Registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas, decidir motivadamente según su prudente criterio. Aunque, como señala el artículo 199, "la mera oposición de quien no haya acreditado ser titular registral de la finca o de cualquiera de las registrales colindantes no determina necesariamente la denegación de la inscripción", ello no puede entenderse, como pretende el recurrente, en el sentido de que no sean tenidas en cuenta tales alegaciones para formar el juicio del Registrador*».

Los títulos han de ser devueltos a los presentantes, tras su despacho, indicando todas las operaciones realizadas.

2.3.3. La publicidad registral de la georreferenciación

La georreferenciación inscrita, tras la calificación, despacho y devolución del título, puede ser objeto de publicidad registral, reflejando el contenido de las inscripciones. Esa publicidad registral arranca del asiento, pero no puede ser ya solo literaria sino también gráfica, referida a la ubicación de la finca en el territorio y a la mejor delimitación del contenido del derecho, mediante la interoperabilidad de la capa de bases gráficas registrales con otras capas territoriales, a través de la técnica de asociar información territorial, que no tiene el carácter de publicidad registral, sino que goza de una publicidad legal, conforme al artículo 53 de la Ley 33/2015, de 21 de septiembre, de modificación de la Ley de Patrimonio Natural y de la Biodiversidad 42/2007.

Por ello, el artículo 9 b), en su último párrafo dispone: *«Los Registradores de la Propiedad no expedirán más publicidad gráfica que la que resulte de la representación gráfica catastral, sin que pueda ser objeto de tal publicidad la información gráfica contenida en la referida aplicación, en cuanto elemento auxiliar de calificación. Solo en los supuestos en los que la ley admita otra representación gráfica georreferenciada alternativa, esta podrá ser objeto de publicidad registral hasta el momento en que el Registrador haga constar que la finca ha quedado coordinada gráficamente con el Catastro. Hasta entonces, se hará constar en esta publicidad el hecho de no haber sido validada la representación gráfica por el Catastro. Asimismo, podrá ser objeto de publicidad registral la información procedente de otras bases de datos, relativa a las fincas cuya representación gráfica catastral haya quedado o vaya a quedar incorporada al folio real».*

La publicidad registral es el medio de exteriorización del contenido de los asientos en el Registro de la Propiedad. Siendo los asientos en soporte papel, la incorporación de una circunstancia electrónica a un asiento literario presenta el problema de cómo podrá llevarse a cabo la publicidad registral de esa circunstancia electrónica, cual es la de la georreferenciación, en soporte electrónico y en archivo GML.

Conviene recordar que el proceso de elaboración y publicación de la Ley 13/2015 corrió pareja al del desarrollo reglamentario del artículo 19 de la Ley 14/2013, de 27 de marzo, que disponía: *«Los Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles se llevarán en formato electrónico mediante un sistema informático único en la forma que reglamentariamente se determine. Dicho sistema informático deberá permitir que las Administraciones Públicas y los órganos judiciales, en el ejercicio de sus competencias y bajo su responsabilidad, tengan acceso a los datos que consten en los Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, si bien, en el caso de las Administraciones Públicas, respetando las excepciones relativas a los datos especialmente pro-*

tegidos. Dichos accesos se efectuarán mediante procedimientos electrónicos y con los requisitos y prescripciones técnicas que sean establecidos dentro de los Esquemas Nacionales de Interoperabilidad y de Seguridad».

Ello dio lugar a un Anteproyecto sobre la Reforma Integral de los Registros, en la que se establecía un modelo de registro electrónico. Dicho Anteproyecto no llegó a ver la luz. Pero, la elaboración de la Ley 13/2015 siguió adelante, y para conseguir los objetivos que imponía hubo que acudir a la interpretación.

Así para cumplir con el mandato legal por el cual la publicidad registral lo es del contenido del asiento, siendo este en soporte papel, el registrador toma del archivo GML presentado aquello que tiene trascendencia para formar la geometría de la finca, es decir las coordenadas UTM, a las que asigna el código de la finca y el asiento de presentación y forma un GML propio, que firma con su firma electrónica reconocida, para generar un CSV, que se incrusta en la inscripción, antes de la firma del asiento por el registrador. A ese CSV pueden acompañarse las coordenadas de georreferenciación, debidamente acreditadas, aunque dicha constancia en el folio registral es, a nuestro juicio, redundante pues el archivo GML que se incorpora no es objeto de publicidad, como tal, pues está en un lenguaje que no está destinado a ser entendido por el cerebro humano, sino por las máquinas, concretamente, por un sistema de información geográfica. Por ello, la publicidad de la georreferenciación incorporada al asiento se materializa en la georreferenciación de la finca sobre la cartografía básica, que se publica en el Geoportal del Colegio de Registradores.

Pero, la publicidad registral de la georreferenciación solo puede realizarse por uno de los medios tradicionales de publicidad registral, la certificación registral. No puede hacerse mediante nota simple, pues la georreferenciación no es uno de los extremos previstos en el contenido de la misma por la legislación hipotecaria, sino que se refiere a una circunstancia concreta e introducida por la Ley 13/2015.

No podemos confundir la expedición de la certificación registral relativa a la georreferenciación de la finca, o que contenga la misma, con su mera visualización a través del geoportal del Colegio de Registradores, pues esa visualización se produce sobre la totalidad del territorio y no se refiere a una finca concreta y determinada y no está firmada por el registrador, como la certificación. La visualización es un instrumento de localización y auxilio para solicitar la publicidad registral, mediante la solicitud de una nota simple por geolocalización de la finca, pero no es la publicidad registral en sí.

La publicidad registral de la ubicación de la finca es por tanto mixta, con una parte literaria y otra gráfica, ya sea la certificación telemática o en soporte papel.

1. La gráfica está integrada por la salida gráfica de la georreferenciación inscrita, tomada del Geoportal, formada por las coordenadas, leídas por un sistema de información geográfica, proyectada sobre imágenes oficiales del territorio. A esta se puede asociar la información territorial tomada de la Administración autora de la misma, mediante servicios de intercambio de información WMS, aunque esta información no es registral, pero puede completar la publicidad registral.

2. La literaria se integra por las circunstancias que determina el artículo 10.4 de la LH cuando dispone: *«En toda forma de publicidad registral habrá de expresarse, además de la referencia catastral que corresponda a la finca, si está o no coordinada gráficamente con el Catastro a una fecha determinada».*

Los derechos reales inscritos sin la georreferenciación que complete la descripción de la finca, tendrán una existencia meramente literaria, que los convertirá en menos seguros, frente a los que tengan una georreferenciación inscrita, que la complete, que permitirá el intercambio de información territorial, ya sea catastral, medioambiental, urbanística o administrativa, que delimitará mejor el contenido del derecho para tercero y lo hará más seguro y, por lo tanto, más rentable.

En conclusión, analizadas las tareas de aportación, calificación y despacho de los títulos, podemos concluir que la incorporación de la georreferenciación al asiento aporta un valor jurídico, que permite afirmar el juego del principio de inscripción, en su vertiente geográfica.

3. Inscripción de la georreferenciación y tradición

Intenso ha sido el debate sobre si la inscripción forma parte del proceso adquisitivo de los derechos, supliendo a la tradición, por la superior publicidad que deriva del derecho inscrito, que la que deriva de la tradición instrumental del artículo 1462 del Código civil. Sin entrar en ella, pues no es el objeto del presente artículo, vamos a partir de una serie de consideraciones:

1. Toda adquisición presupone título y modo, que no puede sustituirse por la inscripción, que da publicidad a una adquisición producida fuera del Registro y la Ley Hipotecaria habla de partes y terceros. La propia Ley Hipotecaria al exigir título público en el artículo 3, como forma de acceso al Registro, está presuponiendo la escritura pública, que equivale en los contratos traslativos del dominio a la tradición, conforme al artículo 1462 del Código civil[18].

2. Pero para que la adquisición, plena y perfecta, pero solo conocida por los otorgantes del título, sea oponible *erga omnes* se requiere inscripción, es decir, publicidad. Por ello, dispone el artículo 605 del Código civil

y el artículo 32 de la LH: «*Los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles, que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad, no perjudican a tercero*». Así, la inscripción es un requisito ulterior a la tradición que protege, frente a terceros, los efectos *inter partes* pactados por los otorgantes en el título, que han perfeccionado la transmisión del derecho.

3. La inscripción suple a la tradición, en el caso de la hipoteca de inscripción constitutiva, donde no hay desplazamiento posesorio.

Pero, ello no es óbice para reconocer que la inscripción produce unos efectos, que se añaden al título, por el hecho de la publicidad registral. Es en ese ámbito y no en el del proceso traslativo, donde se puede plantear la cuestión del valor jurídico de la inscripción y en el que se puede discutir si los efectos que produce son constitutivos o no; es decir, si solo se pueden producir con la inscripción, aunque la adquisición del derecho sea perfecta anteriormente. Y es en ese ámbito en el que nos vamos a mover cuando hablamos de la inscripción de la georreferenciación, con la que nos situamos en lo que el artículo 608 del Código civil denomina forma de la inscripción, fuera del proceso traslativo de los derechos reales, dentro del cual sí podríamos hablar de las relaciones entre tradición e inscripción.

Por tanto, partiendo de la consideración de que la relación entre tradición e inscripción no se plantea de un modo distinto en lo que a la incorporación de la georreferenciación al asiento se refiere, vamos a plantearnos si esa incorporación puede producir efectos constitutivos. Es decir, efectos que, de no producirse su inscripción, no se producirían. La respuesta, a nuestro juicio, debe ser positiva con base en las siguientes consideraciones:

1. Las partes pueden consentir unas coordenadas de georreferenciación determinadas, pero esa sola circunstancia no convierte a las mismas en una representación gráfica. La representación gráfica es un archivo electrónico, de ámbito geográfico, expresado en un determinado idioma informático, destinado a ser comprendido por aplicaciones informáticas, configuradas como sistemas de información geográfica, técnicamente capaces de traducir ese idioma para hacerlo inteligible a la mente humana. Ese idioma es el GML (geography markup languaje), que puede interoperar con un conjunto de sistemas de información geográfica, que deberá expresar, entre otros marcadores geográficos, las coordenadas de georreferenciación UTM, sobre un sistema de coordenadas oficial, que utiliza la cartografía catastral del territorio, básica para la identificación de las fincas registrales (art. 10.1 de la LH). Ese formato es el utilizado por la Dirección General del Catastro de España, en su modelo *cadastral parcel 3.0,* por cumplir con los estándares que exige la Directiva INSPIRE[19].

Por tanto, solo la inscripción registral de la georreferenciación es la que permite la publicidad registral de la ubicación e identificación geográfica de la finca sobre el territorio, como objeto espacial susceptible de tráfico jurídico. Es en ese sentido en el que nos atrevemos a calificar de constitutiva la inscripción de la georreferenciación, pues mientras no se produzca, la descripción de la finca no será completa y el derecho inscrito sin georreferenciación tendrá una existencia meramente literaria.

Pero como esa existencia meramente literaria puede ser suficiente para poder transmitir los derechos reales sobre ella con seguridad y como existen fincas registrales sin repercusión inmediata sobre la realidad física, como los edificios meramente proyectados, los aprovechamientos urbanísticos, o las concesiones administrativas, el legislador no ha querido imponer la inscripción de la georreferenciación como requisito de la inscripción, salvo en el caso de aquellas fincas de nueva creación a las que hayan de abrirse nuevos folios registrales y que tengan una realidad física.

Por tanto, en el campo de la georreferenciación hay título, con una descripción, unos consentimientos y unas declaraciones sobre la descripción de la finca y su estado físico, que debe calificarse. Pero, en puridad, no hay tradición específica, pues la inscripción de la georreferenciación es una cuestión que queda embebida en la de la propia tradición del derecho, en general. Así podemos concluir que la inscripción de la georreferenciación es de carácter constitutivo respecto a la asignación al recinto geográfico de un número de finca registral, o código registral único de la finca y de una determinada geometría relacionada con sus colindantes y no suple a la tradición, sino que la presupone.

4. El ámbito del principio de inscripción en su vertiente geográfica

El ámbito del principio de inscripción en su vertiente geográfica se refiere al objeto del derecho inscrito, particularmente a la descripción de la finca, como objeto espacial con realidad aparente. Por ello, dispone el artículo 9b) primer párrafo: *«la representación gráfica georreferenciada de la finca que complete su descripción literaria…»*.

La georreferenciación ha de ser aportada por la partes. El registrador toma de ella aportada la circunstancia necesaria para identificar la finca sobre la cartografía básica catastral (art. 10.1 de la LH): las coordenadas, consentidas ante el notario, a las que dota de sus atributos registrales, el código único de la finca, que garantiza que ese determinado recinto no puede ser asignado a otro número de finca registral y el asiento de presentación. La georreferenciación aportada se convierte en la base gráfica

registral, como traducción geográfica de la descripción literaria del dominio, con valor auxiliar de calificación, para que pueda compararse ese recinto geográfico con el que resulta del Registro. La calificación puede ser positiva o negativa, lo que determina que podamos diferenciar dos tipos de georreferenciaciones registrales o, por respeto a la terminología tradicional, bases gráficas registrales:

1. La base gráfica registral inscrita, con un valor jurídico: Esta se produce cuando la calificación registral es positiva, conforme al artículo 9, en un procedimiento registral ordinario, o cuando además, en caso de expedientes del título VI de la LH, no se ha opuesto ninguno de los interesados notificados. La base gráfica registral se incorpora entonces al asiento adquiriendo un valor sustantivo, completando la descripción de la finca, pudiendo incluso incidir en la relación de los linderos personales declarados por el otorgante, que pueden completarse con los declarados correspondientes por el registrador, a la vista de las fincas identificadas en su aplicación informática homologada, ya estén inscritas o tengan un valor meramente auxiliar[20].

La georreferenciación inscrita completa la descripción al identificar la finca sobre el territorio, por contar con el consentimiento del titular registral del derecho y la calificación positiva sobre su coherencia por parte del registrador y puede ser objeto de publicidad registral y visualizarse en el geoportal de Colegio de Registradores.

2. La base gráfica registral con valor auxiliar de calificación es aquella que, en principio, no ha alcanzado la inscripción, por una serie de circunstancias:

a) Porque se han identificado de oficio por el registrador, para mejor fundamentar su calificación en un procedimiento registral.

b) Porque se han identificado geográficamente por el registrador antes de la entrada en vigor de la Ley 13/2015, ya sea con carácter definitivo, pues es coherente la georreferenciación registral con la descripción literaria de la finca, o con carácter provisional, cuando falta dicha coherencia.

c) Porque la georreferenciación aportada no ha podido ser inscrita por adolecer de una discordancia con la realidad física, cuya subsanación no se ha solicitado.

Esta base gráfica registral con valor auxiliar presenta una serie de características:

1. Su autoría registral, pues es siempre el registrador quien firma ese GML registral, antes de decidir si lo inscribe o no, lo cual implicará una

decisión previa, la de asignar a un determinado recinto cartográfico un determinado código registral único de la finca.

2. Los criterios de validación, entendidos como las razones por las que el registrador estima que es coherente la georreferenciación calificada con la descripción literaria de la finca, los cuales se constituyen como metadatos de la misma, junto con el escenario de configuración sobre el que se ha confeccionado la base gráfica registral auxiliar, que ha de ser la cartografía catastral vigente al presentarse el título y la ortofoto estatal más actualizada que cubra todo el territorio y la trama de bases gráficas registrales, ya inscritas, o identificadas con valor auxiliar por el registrador.

3. Las mismas deben alojarse en la capa auxiliar de información geográfica con valor de calificación de la aplicación informática homologada del artículo 9, a diferencia de las inscritas, no se podrán visualizar en el geoportal del Colegio de Registradores.

4. El valor de esta base gráfica registral es el de servir de elemento auxiliar a la calificación registral, tematizada por los diferentes colores que se corresponden con las distintas clases de las bases gráficas registrales auxiliares. Actualmente, las inscritas aparecen en un color verde; las auxiliares, respecto de las que el registrador entienda que hay coherencia entre la descripción literaria y la georreferenciación aportada, pero que no están inscritas, porque no se ha solicitado o existe alguna circunstancia que lo impide, aparecen en un color amarillo; aquellas respecto de las cuales el registrador entiende que no hay coherencia entre la descripción literaria de la finca y su georreferenciación, aparecen en un color rojo, porque tiene dudas en la identidad de la finca, las cuales tiene que identificar y concretar. Así la RDGRN de 16 de enero de 2019 en la denegación de la expedición de la certificación para un expediente del artículo 201 de la LH, estimó justificadas las objeciones del registrador (expuestas al expedir la certificación) si están fundadas en: la gran desproporción entre la cabida inscrita y la que ahora se pretende registrar; la desaparición de un lindero fijo de la descripción de la finca; la procedencia de la finca de la parcelación de otra mayor; el cotejo con la descripción de los linderos de las demás fincas colindantes procedentes de la misma parcelación; y, en fin, el análisis de los historiales administrativo y registral de la finca.

Todo ello confirma que estamos ante una operación de calado jurídico y no técnico-cartográfico. Así la RDGRN de 14 de enero de 2019, hace una síntesis sobre la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, respecto a la inscripción de la georreferenciación de la finca, al declarar:

a) El registrador ha de calificar la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, que pueden referirse: a que la representación gráfica apor-

tada coincida en todo o en parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, o a que se invadan fincas colindantes inmatriculadas, o a que se encubra un negocio traslativo u operación de modificación hipotecaria, para lo cual podrá utilizar, con carácter meramente auxiliar, las representaciones gráficas de que disponga.

b) Dado que con anterioridad a la Ley 13/2015 se permitía el acceso al Registro de fincas sin que se inscribiese su representación gráfica georreferenciada, la ubicación, localización y delimitación física de la finca se limitaba a una descripción meramente literaria, lo que puede conllevar una cierta imprecisión a la hora de determinar la coincidencia de la representación gráfica ahora aportada con otras fincas inmatriculadas con anterioridad a dicha Ley.

c) El registrador, a la vista de las alegaciones eventualmente presentadas, debe decidir motivadamente según su prudente criterio, sin que la sola formulación de oposición por alguno de los interesados tenga la virtualidad de convertir en contencioso el expediente o de impedir que continúe su tramitación.

d) El juicio de identidad de finca que en su caso formule el registrador habrá de ser motivado, y fundado en criterios objetivos y razonados.

Se va formando así el entramado de bases gráficas, inscritas o identificadas con valor auxiliar, el cual va a posibilitar, sin excesivas tensiones, el tránsito de un sistema de descripción de las fincas, basada en la relación de linderos personales, a una descripción perimetral, en el que las fincas lindan con fincas y no con personas, tal como ordena el artículo 51.4 del RH, cuando dispone: *«La descripción de las fincas rústicas y urbanas será preferentemente perimetral, sobre la base de datos físicos referidos a las fincas colindantes o datos catastrales de las mismas tomados de plano oficial*». Será el registrador quien irá fijando la correspondencia de los linderos expresados por los otorgantes en el título con los que resulten de la consulta del sistema de bases gráficas registrales, completando la descripción de la finca[21], lo que va a redundar en beneficio del objeto del derecho y de su titular, que tendrá más facilidad de conocer a los titulares registrales colindantes si quiere iniciar un expediente de los del título VI de la LH.

5. La necesariedad o voluntariedad de la inscripción de la georreferenciación

En nuestro sistema registral, como regla general, la inscripción es voluntaria, pues se deja al arbitrio del interesado el solicitarla o no. Solo por excepción es obligatoria, impuesta por la Ley. Respecto a la inscripción de la georreferenciación sucede lo mismo. La regla general es que la inscripción de

la georreferenciación de la finca es voluntaria, ya se solicite como operación registral específica, en cuyo caso, es cuando verdaderamente podemos hablar de inscripción voluntaria, o cuando se solicite con ocasión de la práctica de otro asiento relativo al derecho, respecto de la cual la georreferenciación se convierte en circunstancia potestativa de la inscripción, pues su calificación negativa no impide la práctica de la inscripción relativa al derecho si su calificación es positiva, siendo negativa la de la georreferenciación aportada.

Es decir, mientras la calificación registral gráfica ha de practicarse siempre que el título aportado incorpore una georreferenciación con unas declaraciones sobre ella, la inscripción de la georreferenciación es potestativa y se incorporará cuando el registrador la califica positivamente. Pero, si la califica negativamente, puede practicar el asiento sin incorporar la georreferenciación, salvo que se trate de uno de los supuestos de excepción del artículo 9 b) primer párrafo, en los que su calificación negativa impide la inscripción.

5.1. Regla General: La georreferenciación es circunstancia potestativa de la inscripción

Así se desprende del segundo párrafo del artículo 9 b) de la LH, citado anteriormente.

Se ha interpretado que la expresión «potestativamente» se dirige al propietario que quiere completar la descripción de su finca. Pero, dada la ubicación sistemática del artículo 9 en el título II, que lleva por rúbrica «De la forma y los efectos de la inscripción», parece que el artículo se dirige más hacia el registrador, pues está regulando las circunstancias que el registrador debe hacer constar en la inscripción, entre las que se encuentra la de la georreferenciación, respecto de la que regula los requisitos para incorporarla, cuando ha de hacerla constar necesariamente, cuando potestativamente y como ha de calificarla e incorporarla al asiento.

Este párrafo exige la aportación de la georreferenciación, sea catastral o alternativa, salvo en los casos de inmatriculación, donde ha de ser necesariamente catastral. Pero, no la configura como potestativa, sino como obligatoria, para poder incorporarla al asiento, pues utiliza la expresión *«deberá aportarse»*.

Y debe aportarse por quien insta la práctica del asiento. Ese carácter obligatorio de la aportación de una georreferenciación, catastral en este caso, en todo título que puede acceder al Registro de la Propiedad se impone también por el artículo 3 del TRLCI 1/2004, también modificado por la Ley 13/2015. De no aportarse, el registrador puede obtenerla directamente de la Sede Electrónica de la Dirección General del Catastro, tal y como establece

la Dirección General de los Registros y del Notariado en el apartado primero de la Resolución-Circular de 3 de noviembre de 2015 y según el número 3 b) de la resolución conjunta de la Dirección General de los Registros y del Notariado y de la Dirección General del Catastro, de fecha 26 de octubre de 2015, *«la Dirección General del Catastro, a través de su Sede Electrónica, proporcionará a los registradores de la propiedad los siguientes servicios: (…) Obtención de certificaciones catastrales descriptivas y gráficas que incluyan las coordenadas georreferenciadas de los vértices de las parcelas catastrales»*. Pero el registrador no puede actuar de oficio e incorporar a las bases gráficas registrales la descripción obtenida del Catastro, sino que: o bien se rectifica el título presentado; o bien el interesado aporta la certificación catastral correcta; o bien el interesado, mediante instancia, da por buena la certificación obtenida por el registrador, como ha declarado la RDGRN de 3 de octubre de 2016.

Sin embargo, si hay discordancia con la realidad física, el artículo 199.1 primer párrafo dispone: «*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*». En defecto o inexactitud de ella, el artículo 199.2 podrá aportar una alternativa. Este inciso se dirige al promotor del expediente, propietario o titular de derecho real sobre la finca, que podrá potestativamente, completar la descripción literaria de la finca con la georreferenciación correcta, solicitando la subsanación de la discordancia de la descripción registral con la realidad física, pues el artículo 199, por su ubicación sistemática presupone la existencia de discordancia y petición de subsanación, a diferencia del carácter imperativo que se deriva del artículo 9 de la LH.

Pero, lógicamente, ese «*podrá completar*» no se refiere a todos los casos, sino solo a aquellos en los que la incorporación de la georreferenciación sea potestativa para el registrador, donde el tráfico jurídico del derecho real puede continuar con la existencia de esa discordancia con la realidad física, aunque el legislador promociona el logro de la concordancia, a través de un expediente ágil, como es el del artículo 199.

Pero, cuando la incorporación de la georreferenciación sea necesaria, su aportación es requisito de inscripción y aquí el titular de la finca o derecho real deberá aportarla necesariamente.

Es decir, la inscripción de la georreferenciación puede producirse, previa aportación de la misma por el otorgante, con carácter obligatorio, por la vía del artículo 9, en el seno de un procedimiento registral ordinario, cuando no hay discordancia con la realidad física y por la vía del artículo 199, cuando hay una discordancia con la realidad física, que requiere petición

de subsanación, siendo potestativo el inicio del mismo, mediante petición del promotor y aportación de georreferenciación.

El artículo 9 presume la discordancia, cuando no se cumplen los criterios determinados en el mismo para incorporar la georreferenciación, lo que conllevará su denegación, si no se ha solicitado el inicio del expediente. El artículo 199 regula el modo de lograr la concordancia.

5.2. Excepción: la georreferenciación como circunstancia necesaria de la inscripción

Estos supuestos de excepción se regulan en el artículo 9 b), párrafo 1.º y son: la inmatriculación de fincas, las operaciones de modificación de entidades hipotecarias y los procedimientos administrativos que impliquen reordenación de los terrenos, como concentración parcelaria, reparcelación, expropiación forzosa y deslindes administrativos. En ellos, la calificación negativa de la georreferenciación impide la inscripción.

Es decir, todos aquellos casos en los que se crean nuevas fincas con repercusión sobre la realidad física y a las que se les abre folio registral requieren la georreferenciación, como circunstancia necesaria del asiento.

No es necesaria la tramitación previa de un expediente del artículo 199 de la LH para lograr la concordancia, por la falta de remisión expresa del artículo 9 a este, según la RDGRN de 27 de septiembre de 2018, sin perjuicio de que el registrador realice las notificaciones del artículo 9, letra b, párrafo 7.º, practicada la inscripción. Pero, si hay rectificación superficial superior al 10% de la cabida inscrita o alteración cartográfica que no respete la delimitación del perímetro de la finca matriz que resulte de la cartografía catastral se requerirá la tramitación del expediente del artículo 199 o del 201 para preservar eventuales derechos de colindante afectado. Así, la RDGRN de 1 de agosto de 2018 declaró, en un supuesto de agregación que «*no existe correspondencia entre la descripción literaria de la finca resultante (de 7.984 m²) y las certificaciones catastrales aportadas (de las que resulta una cabida de 17.383 m²), de suerte que no es posible incorporar la representación gráfica sin la previa tramitación del correspondiente procedimiento rectificativo (arts. 9.b, 199 y 201 LH)*».

5.2.1. La inmatriculación de fincas

En ella se impone la coincidencia de la descripción del título inmatriculador con la del Catastro, pues no existiendo todavía la finca en el Registro, el legislador considera como mejor cartografía oficial de la georreferenciación

de la finca a la catastral, básica para identificar fincas registrales. No se admite el uso de una georreferenciación alternativa en materia de inmatriculación, lo que DELGADO RAMOS considera uno de los graves defectos de la Ley, por las diferentes realidades conceptuales de finca registral y parcela catastral, sobre todo en su dimensión temporal.

La falta de coincidencia puede venir por la inexistencia de georreferenciación catastral, o por inexactitud de la existente.

Con relación al primer supuesto, como excepción, respecto a fincas de titularidad de las Administraciones públicas, el artículo 206 de la LH permite que, en defecto de certificación catastral descriptiva y gráfica, «*podrá aportarse una representación gráfica georreferenciada alternativa, la cual deberá corresponderse con la descripción literaria realizada y respetar la delimitación de los colindantes catastrales y registrales. A la representación gráfica alternativa deberá acompañarse informe del Catastro*». No se entiende porque no se ha extendido esta facultad a los particulares, pues también puede darse respecto de sus fincas los supuestos de defecto de georreferenciación catastral.

Respecto a las fincas de titularidad privada, la RDGRN de 22 de septiembre de 2017 permitió una georreferenciación alternativa para inmatricular una casa con cueva, declarando que «*en los supuestos en que exista una inconsistencia de la base gráfica catastral que impida la obtención de la completa representación gráfica georreferenciada catastral, no puede impedirse la inmatriculación de la finca por una cuestión técnica, que resulta ajena al propio interesado y a la institución registral, por lo que, con carácter excepcional, podrá admitirse que el interesado aporte la representación gráfica alternativa de la vivienda cueva que complete la representación gráfica catastral incompleta en cuanto a la porción subterránea de finca de la que no se aportan las coordenadas catastrales*».

En el caso de inexactitud catastral, a efectos prácticos, aunque los artículos 203 y 205 de la LH impongan la total coincidencia entre la descripción de la finca y la de la parcela catastral correspondiente, nada impide que, coetánea o inmediatamente después de practicar la inmatriculación de la georreferenciación catastral inexacta, pueda instarse un expediente del artículo 199.2 para rectificarla. Esa inexactitud puede proceder[22]:

a) De un mal levantamiento catastral, que implica una geometría real distinta de la que hay en el Catastro, la cual requiere de georreferenciación alternativa aportada por el interesado. En este supuesto, es en el que entendemos que la Ley obliga a inmatricular la georreferenciación catastral inexacta, pudiendo solicitarse coetáneamente la subsanación de la inexactitud catastral, mediante expediente del artículo 199.2 o 201.1 de la LH.

b) De un desplazamiento cartográfico, por el desajuste entre la cartografía catastral respecto a la ortofoto, sin modificación de la geometría de la finca,

que afecta en bloque a un determinado sector del territorio en el que se ubican una pluralidad de fincas[23]. En este caso, entendemos que no se requiere georreferenciación alternativa, sino que puede inmatricularse directamente la catastral, haciendo constar la existencia de desplazamiento cartográfico en el asiento, para indicar que las coordenadas pueden modificarse, cuando el Catastro, que es el competente en materia cartográfica, corrija el desplazamiento de todo el sector, mediante el expediente previsto en el artículo 18.4 del TRLCI, sin que pueda hacerse desde el Registro, que opera finca por finca[24].

La descripción del título inmatriculador debe coincidir con la del Catastro vigente al tiempo de practicar el asiento, lo que debe calificarse por el registrador, que podrá obtener de la sede electrónica del Catastro la certificación catastral vigente. Si la descripción no coincide con ella, según la RDGRN de 12 de mayo de 2016, el registrador deberá distinguir si las alteraciones catastrales sobrevenidas se deben a la modificación de la geometría de la parcela, en cuyo caso se impone la rectificación del título, o a meras rectificaciones de datos alfanuméricos de la certificación para su congruencia con la superficie gráfica, en cuyo caso, se presume la coincidencia y puede practicarse el asiento.

5.2.2. Las operaciones de modificación de entidades hipotecarias

El precepto cita agrupación, agregación y segregación. La RDGRN lo extiende a la división de fincas, pues declara en la RDGRN de 21 de septiembre de 2016: «*tal precepto 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. Interpretarlo en sentido contrario conllevaría un régimen jurídico distinto en cuanto a la identificación gráfica de las mismas para la segregación frente a la división, siendo ambas operaciones registrales con idénticos requisitos tanto civiles como administrativos*».

La DGRN contempla dos excepciones posibles:

a) Agrupación o segregación de elementos privativos de edificio en régimen de propiedad horizontal, según la RDGRN de 25 de septiembre de 2017, pues no implican ninguna modificación hipotecaria sobre el suelo, elemento común, que sigue siendo único y ello, sin perjuicio de los demás requisitos exigidos.

b) Cuando la finca resultante carezca de existencia actual por otra modificación posterior, aportando su representación gráfica definitiva y ambas operaciones accedan simultáneamente al Registro, como ha declarado la

RDGRN de 5 de julio de 2018, que permite prescindir de la georreferenciación de fincas registrales de vida efímera en actos de modificación de entidad hipotecaria sucesivos y coetáneos. A nuestro entender, estamos ante un supuesto de tracto sucesivo abreviado, en su vertiente geográfica, como trataremos en otro artículo de la serie.

En estos casos, debe aportarse la georreferenciación, catastral o alternativa, de las fincas resultantes, coherente con su descripción en el título, siendo el supuesto más frecuente de utilización de alternativas, por defecto de georreferenciación catastral.

No se requiere la inscripción de la georreferenciación de la fincas en la situación previa a la operación de modificación de la entidad hipotecaria, pues no la exige la Ley. Por ello, declaró la RDGRN de 21 de marzo de 2018, que si se aporta la georreferenciación de la finca segregada, no es obstáculo el hecho de que no se aporte la del resto, pues la inscripción de su georreferenciación no es circunstancia necesaria del asiento. Ahora bien, la representación gráfica georreferenciada del resto será exigible cuando se pretenda practicar alguna inscripción sobre el mismo. Este es, a nuestro entender, un defecto de la reforma, pues la georreferenciación del resto de finca es tan finca resultante, como la de la segregada y continúa su historial con una descripción nueva, que merecía que su georreferenciación se incorporara al asiento al inscribirse la segregación. Ello se debe a que el legislador vislumbra pero no distingue la vertiente geográfica del principio de tracto sucesivo, como trataremos en otro artículo de esta serie.

La georreferenciación a inscribir de una finca agrupada puede ser la alternativa resultante de unir la georreferenciación de dos parcelas catastrales colindantes, haciendo desaparecer la línea de coordenadas divisoria de las dos catastrales, en la aplicación informática homologada del artículo 9, según ha declarado la RDGRN de 13 de junio de 2016.

5.2.3. Procedimientos administrativos que implican una reordenación de los terrenos.

La concentración parcelaria, reparcelación, expropiación forzosa y deslinde deben suponer una reordenación de los terrenos, por lo que deberá aportarse una georreferenciación catastral o alternativa de las fincas de resultado, pues no estamos ante una inmatriculación en sentido técnico, cuando exista una situación registral preexistente, como declaró la RDGRN de 8 de mayo de 2017, respecto de la concentración parcelaria.

Y ello aunque el expediente se apoye más o menos decisivamente en la situación registral preexistente. Sin embargo, no hubiera estado de más

introducir en su regulación sectorial una fase gráfica previa, en la que se georreferenciará la unidad sobre la que se va a actuar y que afecta a un conjunto de fincas registrales preexistentes, como ha hecho el Reglamento de Costas, aprobado por RD 876/2014, de 10 de octubre, para los deslindes del dominio público marítimo terrestre.

Aunque no estemos ante una inmatriculación en sentido técnico, puede que la finca de origen no estuviera inmatriculada previamente, por lo que la ley sustantiva atribuye a estos títulos administrativos virtualidad inmatriculadora, configurando este caso como una excepción a la norma general de coincidencia entre la descripción catastral y la del título en el momento de la inmatriculación, conforme al último párrafo del artículo 204 de la LH, cuando dispone: *«Cuando las nuevas fincas creadas en virtud de los procedimientos a que se refiere este precepto no hubieran sido incorporadas previamente al plano parcelario catastral con delimitación de las parcelas que hayan de corresponderles, el Registrador remitirá por medios electrónicos a la Dirección General del Catastro copia de la representación gráfica aportada para la inmatriculación el día siguiente al de su presentación en el Registro de la Propiedad. El Catastro devolverá al Registrador las referencias catastrales de las fincas objeto del acto de que se trate para su incorporación al asiento, y la representación gráfica catastral indicando, en su caso, si la finca ha de entenderse coordinada con la descripción gráfica catastral. Una vez practicada la inmatriculación, el Registrador expedirá el edicto a que se refiere la regla séptima del apartado 1 del artículo anterior».*

5.3. Supuesto intermedio: La inscripción de la declaración de obra nueva

La Ley 13/2015 ha dado también nueva redacción al artículo 202 de la LH, referente a la inscripción de las obras nuevas, con un nuevo requisito, que se añade a los ya exigidos por la legislación sectorial sustantiva, pues *«la porción de suelo ocupada por cualquier edificación, instalación o plantación habrá de estar identificada mediante sus coordenadas de referenciación geográfica».*

Aunque es un supuesto de incorporación potestativa de la georreferenciación al asiento, pues no se contiene en la enumeración del artículo 9 b) primer párrafo, la doctrina de la DGRN ha ido evolucionando respecto a su consideración de circunstancia necesaria, cuando el registrador tenga dudas sobre si la georreferenciación de la superficie ocupada por la edificación se ubica íntegramente dentro de la finca o no, pudiendo iniciar un expediente del artículo 199, que se entiende solicitado tácitamente por la sola presentación a inscripción del título de obra nueva. Ello debe ser así por aplicación del principio de tracto sucesivo registral gráfico, pues para poder hacer

constar las coordenadas de la superficie ocupada por la edificación en el asiento, previamente debe constar el recinto que las contiene, debidamente depurado con la calificación registral y las notificaciones, en su caso.

Según la RDGRN de 31 de julio de 2018, entre las razones por las cuales la Ley 13/2015 ha impuesto la georreferenciación de la porción de superficie ocupada por cualquier edificación o instalación se encuentran: por una parte, permitir que el registrador pueda apreciar si la edificación o instalación se encuentra plenamente incluida, sin extralimitaciones, dentro de la finca registral del declarante; por otra parte, que se pueda calificar en qué medida tal superficie ocupada pudiera afectar o ser afectada por zonas de dominio público, o por servidumbres públicas, o cuál sea la precisa calificación y clasificación urbanística del suelo que ocupa, determinante, por ejemplo, del plazo de prescripción (o de su ausencia) de la potestad de restablecimiento de la legalidad urbanística; y, en fin, permitir que, cuando el registrador efectúe las pertinentes comunicaciones a las distintas Administraciones (ayuntamiento, comunidad autónoma, Catastro…) se incluya esa información relevante sobre la concreta georreferenciación de la superficie ocupada por la edificación o instalación. Así, constando al registrador, por los medios de calificación de que dispone, la concreta ubicación geográfica de la edificación o de la finca en la que esta se ubica, determinante de un particular régimen jurídico aplicable procede suspender la inscripción de declaraciones de obra nueva por antigüedad por la vía del artículo 28.4 LS, cuando así resulte de dicha normativa, siempre que el registrador, de forma motivada justifique los presupuestos de afectación a suelo demanial, servidumbre de uso público o suelo de especial protección, determinante de la imprescriptibilidad de la acción de restablecimiento de la legalidad urbanística. Dudas que deberán solventarse mediante la resolución de la Administración competente que aclare la situación urbanística de la edificación.

La RDGRN de 21 de febrero de 2019 declara que, además de la georreferenciación de la edificación, también es necesaria la de la parcela, pues para poder inscribir una obra nueva, el primer presupuesto, y requisito conceptual, es, obviamente, que la edificación esté efectivamente ubicada en su integridad dentro de la parcela y no se extralimite de ella. Y para calificar tal extremo no basta con una simple comparación aritmética entre la superficie de la edificación y la de la parcela, sino que es precisa una comparación geométrica espacial que precise dónde está exactamente ubicada la edificación y que la ponga en relación con la delimitación geográfica de la parcela. Ahora bien, para que el registrador pueda exigir que se le aporte la georreferenciación de la parcela (e incluso exigir la tramitación del procedimiento de rectificación de datos descriptivos del art. 199 LH), es preciso: primero, que tenga dudas sobre la exacta ubicación de la edificación, en cuanto a si podría invadir fincas vecinas; y segundo, habrá de motivar

y fundamentar tales dudas; de lo contrario, es decir, si no ha justificado sus dudas y se ha limitado a pedir la georreferenciación de la parcela, su calificación negativa no podrá mantenerse.

También lo exigió la RDGRN de 4 de enero de 2019 en un supuesto en el que la obra nueva ocupaba toda la superficie de la finca, pues la georreferenciación de la superficie de la finca es relevante a la hora de determinar si la edificación puede extralimitarse de la finca registral desde el punto de vista espacial o geométrico. Fundamenta esta posibilidad en la Resolución-Circular de 3 de noviembre de 2015 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, que señaló, en su apartado octavo, punto 1, que *«cuando, conforme al artículo 202 de la Ley Hipotecaria, proceda inscribir la relación de coordenadas de referenciación geográfica de la porción de suelo ocupada por cualquier edificación, instalación o plantación, deberá constar inscrita, previa o simultáneamente, la delimitación geográfica y lista de coordenadas de la finca en que se ubique».* Añade la resolución citada que «*La razón de dicha exigencia estriba en que para que proceda inscribir en el folio real de una finca la existencia de una edificación ubicada sobre ella, el primer presupuesto y requisito conceptual es, obviamente, que tal edificación esté efectivamente ubicada en su integridad dentro de la referida finca y no se extralimite de ella. Para calificar tal extremo, no bastaría con efectuar una simple comparación aritmética para verificar que la medida de la superficie ocupada por la edificación no supere la medida de la superficie de la finca, sino que es precisa una comparación geométrica espacial acerca de dónde está efectivamente ubicada la porción ocupada por la edificación y que la ponga en relación con la delimitación geográfica de la finca*». Y que «*no constando inscrita esta última, no es posible efectuar al comparación geométrica».* Dice, además, que «*no resulta admisible la posibilidad de que por la vía indirecta de reflejar las coordenadas de una edificación al amparo del artículo 202 de la Ley Hipotecaria ingrese en el Registro una representación gráfica georreferenciada de la finca registral*» (…) *además de generar efectos distorsionadores en la publicidad registral, en la que figuraría un listado de coordenadas catastrales de la finca sin los efectos derivados de la inscripción propiamente dicha de la representación gráfica y su coordinación con el Catastro*. (…) *Por todo lo expuesto, en el presente caso, estando debidamente fundada la necesidad de previa inscripción de la representación gráfica de la finca, este defecto señalado en la nota de calificación debe confirmarse*».

6. Objeto de la inscripción de la georreferenciación

Nos cuestionamos ahora cual es el objeto de inscripción, cuando incorporamos al asiento la georreferenciación de la finca. Cuando el artículo 9 b) primer párrafo enumera los supuestos en los que la georreferenciación es

circunstancia necesaria del asiento se refiere a *«la representación gráfica georreferenciada de la finca que complete su descripción literaria, expresándose, si constaren debidamente acreditadas, las coordenadas georreferenciadas de sus vértices*».

Desde un punto de vista técnico, se ha criticado la confusión que parece tener el legislador sobre lo que es una representación gráfica, pues se habla de las coordenadas como elemento independiente, cuando estas se insertan en la representación gráfica georreferenciada, que es un archivo informático, del que no pueden desagregarse, sin correr el peligro de descontextualizarse[25].

La georreferenciación es la técnica que permite ubicar en el espacio de manera unívoca el recinto geográfico finca, delimitado por la pertenencia a un titular y definida por unas coordenadas en un sistema de coordenadas determinado.

En un plano impreso, se identifican los puntos de la cuadrícula con sus coordenadas. Pero, en formato digital no es necesario expresamente que sean visibles los puntos de la cuadrícula, pues el SIG utilizado permite traducir las coordenadas de georreferenciación y proyectarlas sobre el territorio, ubicando la finca, con precisión centimétrica. Pero, es conveniente, aunque la Ley no lo diga, incluir información técnica sobre las coordenadas, sus «metadatos», que contienen información sobre su precisión y la metodología seguida para su obtención, los cuales también deberían incluirse en el GML registral, utilizado para crear el escenario de configuración de la calificación y para completar, en su caso, la descripción literaria de la finca con su ubicación sobre el territorio, mediante sus coordenadas, como dispone la Ley. En consecuencia, el objeto de inscripción en la incorporación de la georreferenciación al asiento no son, tan solo las coordenadas en sí, que como tales, carecen de sustancia jurídica y trascendencia real, sino que es la representación gráfica georreferenciada, con las coordenadas aportadas por el otorgante y los metadatos sobre su precisión y metodología de obtención, a los que se añaden los atributos registrales del código registral único de la finca y el asiento de presentación, una vez calificados positivamente por el registrador.

7. Efectos de la inscripción de la georreferenciación

La inscripción de la georreferenciación produce una serie de efectos jurídicos:

7.1. Completa la descripción de la finca

A su existencia meramente literaria, se le añade una vertiente geográfica, al ubicarla sobre la cartografía básica, presumiendo su delimitación

gráfica. Pero, la inscripción de una georreferenciación catastral no supone que la parcela catastral se configure como la unidad de trabajo registral. La georreferenciación que se inscribe toma de la catastral las coordenadas, pues es conveniente ajustar, cuando sea posible, la configuración perimetral de la finca y de la parcela catastral. Pero, como declaró la RDGRN de 8 de junio de 2016, pese a la conveniencia de ajustar en el título inscribible la descripción literaria de la finca ya inscrita a la que resulte del Catastro (arts. 170 RN y 18.2 TRLCI), ni en los artículos 9 y 10 LH, ni en el 199.1 LH, se habla expresamente de que, además de aportar certificación catastral de la finca, haya de describirse esta, según lo que resulte de tal certificación y la legislación hipotecaria solo impone la coincidencia en los casos de inmatriculación. Es decir, las coordenadas de origen catastral pasan a ser registrales. Y ello es así por la diferente realidad conceptual de finca registral y parcela catastral. La georreferenciación inscrita o identificada con valor auxiliar pierde su origen catastral o alternativo, para convertirse en registral, sujetándose la inscrita a la aplicación de los principios hipotecarios. Pero, aunque la georreferenciación complete la descripción de la finca, es esta la que debe adaptarse a aquella, pues una vez inscrita tiene virtualidad incluso para rectificar la superficie de la descripción literaria, como vamos a ver[26].

7.2. Rectifica la superficie de la descripción literaria de la finca

Inscrita la georreferenciación, la superficie pasará a ser la que resulte del GML inscrito, pues se presume su concordancia con la realidad física. Esa rectificación puede producirse a instancia de parte, cuando inicia un expediente del título VI de la LH, o de oficio, cuando la inscripción se practica en un procedimiento registral ordinario y se cumplan las circunstancias del artículo 9. Sin embargo, se ha discutido si esas dos vías son realmente una sola, por la remisión del artículo 9 b) 2.º párrafo al artículo 199 de la LH.

La RDGRN de 17 de noviembre de 2015 y otras, como la de 19 de noviembre de 2018, ha declarado que los medios hábiles para rectificar datos descriptivos de las fincas inscritas, tras la entrada en vigor de la Ley 13/2015, pueden sintetizarse en tres grupos:

1. Los que solo persiguen, y solo permiten, inscribir una rectificación de la superficie de la descripción literaria, sin simultánea inscripción de la representación gráfica de la finca, como en los supuestos del artículo 201.3. a) y b) de la LH, que están limitados cuantitativamente a rectificaciones de cabida que no excedan del 10% o 5% de la cabida inscrita, respectivamente. Estos medios no están dotados de ninguna tramitación previa con posible intervención de colindantes y terceros, si bien el registrador, tras practicar

la inscripción, habrá de notificarla «a los titulares registrales de las fincas colindantes». A nuestro entender este supuesto se encuadra dentro del siguiente, pues si bien, el artículo no impone la tramitación del expediente en estos casos, si que obliga a aportar certificación catastral descriptiva y gráfica, respecto de la que, por estar dentro del margen de tolerancia del artículo 9, se presume la correspondencia con la realidad de la finca, que permite que el registrador pueda incorporarla potestativamente al asiento, lo que deberá hacer, porque la coordinación gráfica es uno de los objetivos de la Ley 13/2015.

2. El supuesto que persigue inscribir rectificaciones de cabida inferiores al 10% de la cabida inscrita, pero con simultánea inscripción de la representación geográfica de la finca, regulado, con carácter general, en el artículo 9.b LH, párrafo 7.º cuando, tras aludir al límite máximo del 10%, prevé que «*una vez inscrita la representación gráfica georreferenciada de la finca, su cabida será la resultante de dicha representación, rectificándose, si fuera preciso, la que previamente constase en la descripción literaria*». Este concreto supuesto tampoco está dotado de tramitación previa con posible intervención de colindantes y terceros, si bien, como señala el artículo citado, «*el registrador notificará el hecho de haberse practicado tal rectificación a los titulares de derechos inscritos, salvo que del título presentado o de los trámites del artículo 199 LH ya constase su notificación*».

La RDGRN de 4 de enero de 2019, reiterando la de 12 de febrero de 2016, entiende que dado que la principal finalidad del expediente del artículo 199 de la LH es la tutela de los eventuales derechos de titulares de fincas colindantes, siempre que se vean afectados por la representación gráfica que pretende inscribirse, carece de sentido generalizar tales trámites cuando de la calificación registral no resulta afectado colindante alguno[27]. De ahí que del propio tenor del artículo 9 se deduce la posibilidad de inscripción de representación gráfica sin tramitación previa de dicho expediente del artículo 199 LH, cuando no existan diferencias superficiales o estas no superen el límite máximo del 10% de la cabida inscrita y no impidan la perfecta identificación de la finca inscrita ni su correcta diferenciación respecto de los colindantes, ni exista ninguna alteración cartográfica que no respete la delimitación del perímetro de la finca matriz, que resulte de la cartografía catastral, que hiciera necesaria la tramitación del citados expedientes. Esta doctrina sobre la relación de los artículos 9 y 199 ha sido criticada por DELGADO RAMOS, por entender que va contra el tenor del precepto[28]. Sin dejar de reconocer la contundencia de los argumentos citados en la nota, la clave de la cuestión puede estar en la interpretación de la expresión *«colindantes afectados por la inscripción de la georreferenciación».*

Si entendemos que la inscripción de la georreferenciación de una finca afecta siempre a las fincas colindantes, dichas argumentaciones están justifi-

cadas y no cabe inscribir una georreferenciación sin notificar a los titulares de fincas o parcelas colindantes afectadas y, en todo caso, se aplicarán los requisitos del artículo 199, que incluyen la notificación a priori a los titulares colindantes de las fincas registrales, siendo el artículo 9 y el 199 complementarios. Podría entenderse que la inscripción de la georreferenciación siempre perjudica a los titulares de fincas colindantes, precisamente por los efectos jurídicos que produce, derivados del principio de inscripción en su vertiente geográfica. Sin embargo, a nuestro juicio, lo que beneficia al titular de la finca cuya georreferenciación se incorpora a la inscripción, con sus efectos jurídicos, no tiene por qué perjudicar al titular colindante de una finca, si la realidad física es indubitada, aunque exista una inexactitud registral.

Pero, si entendemos que el colindante solo está afectado por la inscripción de la georreferenciación, cuando la que se pretende inscribir invade (entendido el término como solapamiento de georreferenciaciones), es la calificación registral, mediante el uso de la aplicación informática homologada, la que determina cuando habrá que notificar a los colindantes de las fincas registrales colindantes, cuando la georreferenciación sea catastral. La calificación registral gráfica, como ocurre con el negocio jurídico, es la garante de los derechos de los terceros. En ese supuesto, si es posible seguir la interpretación que da la DGRN por la cual cabe la inscripción de una georreferenciación sin necesidad de tramitar un expediente del artículo 199, pero cumpliendo todos los requisitos del mismo, pues no existirán colindantes afectados. En ese caso, la tramitación del expediente del artículo 199 se desarrolla, coincidiendo en los plazos, con el del procedimiento registral, pues el trámite de notificaciones no tiene lugar por no existir colindantes afectados. Y ello, con base a los siguientes argumentos:

a) Hermenéutico, pues la expresión «afectados» referida a los colindantes no venía en el texto del Anteproyecto y sí aparece en el Texto Legal, precisamente para matizar que el trámite de notificaciones no era necesario en todo caso, sino solo en el supuesto de existencia de discordancia con la realidad física, pero no cuando esta era indubitada.

b) Literal, pues el registrador ha de cumplir con todos los requisitos del artículo 199 de la LH, para poder inscribir una georreferenciación, calificada con arreglo al artículo 9 y debe denegarla si coincidiera en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, si no hay consentimiento expreso de los titulares afectados. Notificarla a los colindantes afectados sin georreferenciación inscrita, respecto a los que basta no oposición u oposición injustificada. Pero, puede prescindir del trámite de notificación a titulares registrales o catastrales, según la georreferenciación sea catastral o alternativa, si según su calificación registral no existe perjuicio para ellos.

c) Sistemático, pues el artículo 9 regula las circunstancias de la inscripción, entre ellas la de la georreferenciación, cuya incorporación puede ser necesaria o potestativa y el modo de su incorporación al asiento. El artículo 199 se ubica en el título VI, bajo la rúbrica, de la concordancia del Registro y la realidad jurídica. El artículo 198 enumera como uno de los medios de lograr la concordancia la inscripción de la representación gráfica georreferenciada de la finca y su coordinación con el Catastro, que regula en el artículo 199. Pero el logro de la concordancia, presupone una discordancia, que puede producirse:

1) Por un desacuerdo entre la realidad registral y la extrarregistral, respecto al objeto del derecho inscrito, es decir, la finca[29], ya en su entidad física, porque no existe, o ya en los elementos integrantes de la finca inscrita, como la descripción, los linderos, o la superficie. Y es en materia de superficie donde el artículo 9 de la LH ha venido a establecer una presunción de concordancia cuando las diferencias superficiales entre la descripción literaria de la finca y la de la georreferenciación que se pretende inscribir es inferior al 10% de la cabida inscrita.

2) Por falta de concordancia, como en el caso de la inmatriculación de fincas, pues el Registro no refleja realidades jurídicas que viven fuera de él.

Por tanto, la inscripción de la georreferenciación por la vía del artículo 9 requiere concordancia entre la descripción del registro y la realidad física, que se presume cuando las diferencias superficiales entre ambos recintos, de existir, no exceden del 10% de la cabida inscrita, siempre que se cumplan con los demás requisitos del artículo 9 y del 199, pudiendo la calificación registral prescindir de la notificación a los titulares de las fincas colindantes afectados, por no existir perjuicio para ellos.

d) Finalista, pues una de las finalidades de la Ley, que según el Antecedente II de su Exposición de Motivos, es: «*conseguir la deseable e inaplazable coordinación Catastro-Registro, con los elementos tecnológicos hoy disponibles, a través de un fluido intercambio seguro de datos entre ambas instituciones, potenciando la interoperabilidad entre ellas y dotando al procedimiento de un marco normativo adecuado, y así de un mayor grado de acierto en la representación gráfica de los inmuebles, incrementando la seguridad jurídica en el tráfico inmobiliario y simplificando la tramitación administrativa*», sería difícil de lograr, si queda al amparo de la voluntad de los colindantes, incluso en el supuesto de concordancia inicial.

e) Lógico, pues si el registrador, en la tramitación del expediente del artículo 199, a la vista de las alegaciones de los colindantes afectados notificados, puede decidir motivadamente según su prudente criterio, sin que la mera oposición de quien no haya acreditado ser titular registral de la

finca o de cualquiera de las registrales colindantes determine necesariamente la denegación de la inscripción, puede con mayor motivo, prescindir de la notificación, cuando, a su juicio, no haya colindantes afectados, siendo la calificación registral el primer medio para garantizar la protección del derecho de los colindantes y la notificación el segundo, cuando el registrador aprecie su posible afectación. Si la afectación es de georreferenciación inscrita de finca colindante, el precepto impone la denegación, si no hay consentimiento expreso del colindante.

f) Analógico, pues cuando se solicita la inscripción de una georreferenciación alternativa, si se acompaña o el registrador solicita informe de validación técnica catastral, de la que resulta que no hay parcelas catastrales colindantes afectadas, no hay colindantes catastrales afectados a notificar. De igual modo, cuando la georreferenciación a inscribir sea de origen catastral y, a juicio del registrador, previa comprobación en la aplicación informática homologada, no resulta perjuicio a ningún colindante cuyas fincas registrales estén identificadas geográficamente con valor auxiliar, no será trámite imprescindible del expediente su notificación, aunque sí el cumplimiento del resto de los requisitos del artículo 199. Por lo que en el caso de duda, el registrador denegará la inscripción de la georreferenciación por el artículo 9 y deberá tramitarse un expediente del artículo 199, previa solicitud expresa o tácita, con notificación a colindantes afectados para poder subsanar la discordancia con la realidad física y lograr la inscripción de la georreferenciación.

g) Para finalizar añadimos un argumento gramatical, por el que diferenciamos las acciones de descripción de la finca y la del deslinde:

1. La incorporación de la georreferenciación al asiento requiere aportación de la misma en el título, dentro del ámbito de la facultad del propietario de describir, completándola con su ubicación y delimitación geográfica que, si se califica positivamente, se puede incorporar al asiento, produciendo una serie de efectos jurídicos. Ninguna intervención se requiere aquí del colindante, pues la inscripción de la georreferenciación solo presume una delimitación geográfica que no jurídica, de ahí que se pueda acudir al juez, probando lo contrario. Si merece una calificación negativa, se deniega la incorporación de la georreferenciación, por discordancia con la realidad física, que requiere subsanación mediante un expediente del título VI de la LH, con trámite de notificación a colindantes, bastando que no se opongan o no contesten a la notificación, sin necesidad de contar con su consentimiento expreso.

2. El deslinde también es una facultad que concede al propietario el artículo 384 del Código civil, pero aquí ya no estamos ante una mera delimitación geográfica, sino que se pretende dar a la misma una dimensión jurídica, manifestada por el consentimiento expreso del propietario y del colindante sobre una determinada georreferenciación. Al eliminarse la posibilidad de

contienda judicial entramos dentro del ámbito de la fe pública registral, pues dicha delimitación jurídica se extenderá también a todo tercero que pretenda relacionarse con la finca deslindada, pues el consentimiento de ambos es oponible frente a todos, por su constancia registral. Ese deslinde puede ser total o parcial y expreso mediante un expediente del artículo 200 de la LH o del artículo 199 con el consentimiento expreso del o de los colindantes implicados ante el registrador. También puede ser tácito, mediante la ratificación del colindante en título posterior a aquel que originó la inscripción de la georreferenciación.

3. Los medios que persiguen, y potencialmente permiten, inscribir rectificaciones descriptivas de cualquier naturaleza (cabida, linderos, incluso fijos), de cualquier magnitud (diferencias de cabida tanto inferiores como superiores al 10% de la cabida inscrita), y además obtener la inscripción de la representación geográfica de la finca y la lista de coordenadas de sus vértices. Y tales medios son el procedimiento regulado en el artículo 199 LH y el regulado en el artículo 201.1 LH, que a su vez remite al artículo 203 LH.

7.3. Inicia el procedimiento de coordinación con el Catastro

Con la inscripción de la georreferenciación se inicia el procedimiento de coordinación entre el Registro y el Catastro, basado en el intercambio de información, como se desprende de la Exposición de Motivos de la Ley 13/2015, y en el deber de colaboración entre Administraciones. Por ello, el artículo 10.6 de la LH regula el sistema de intercambio de información, al disponer: «*Con el fin de asegurar el intercambio de información entre el Catastro y el Registro de la Propiedad, así como la interoperabilidad entre sus sistemas de información, mediante resolución conjunta de la Dirección General de los Registros y del Notariado y de la Dirección General del Catastro, se regularán: a) La forma, contenido, plazos y requisitos del suministro mutuo de información que sea relevante para el cumplimiento de las funciones respectivas. b) Las características y funcionalidades del sistema de intercambio de información, así como del servicio de identificación y representación gráfica de las fincas sobre la cartografía catastral. c) Los requisitos que deben cumplir la descripción técnica y la representación gráfica alternativa que se aporte al Registro de la Propiedad en los supuestos legalmente previstos*». Este sistema se desarrolla en la Resolución Conjunta de 26 de octubre de 2015 citada.

El procedimiento de coordinación gráfica es distinto según cual sea el origen de la georreferenciación que se inscribe:

1. Si es catastral, la inscripción de la georreferenciación culmina el procedimiento de coordinación gráfica, pues el registrador, conforme al artículo 10.2 primer párrafo de la LH, *«incorporará al folio real la representación gráfica*

catastral aportada siempre que se corresponda con la descripción literaria de la finca en la forma establecida en la letra b) del artículo anterior, haciendo constar expresamente en el asiento que en la fecha correspondiente la finca ha quedado coordinada gráficamente con el Catastro. Asimismo, el Registrador trasladará al Catastro el código registral de las fincas que hayan sido coordinadas». En la certificación catastral descriptiva y gráfica de la parcela que se corresponde con la finca registral, se hará constar ese código registral único de la finca coordinada. Si la calificación es negativa, la finca se declarará no coordinada gráficamente con el Catastro a la fecha del asiento y, conforme al párrafo 2.º del artículo 10.2: «*el Registrador dará traslado de esta circunstancia al Catastro por medios telemáticos, motivando a través de un informe las causas que hayan impedido la coordinación, a efectos de que, en su caso, el Catastro incoe el procedimiento oportuno*», pero el código registral único ya no constará en las certificaciones catastrales descriptivas y gráficas de la parcela catastral correspondiente. La finca registral, en este caso, debe declararse como no coordinada gráficamente con el Catastro y es conveniente hacer constar en la inscripción y en la nota de despacho las causas por las cuales se ha declarado la no coordinación, para que puedan ser conocidas y subsanadas por los interesados, mediante cualquiera de los expedientes del título VI, que sean adecuados.

2. Si es alternativa, conforme al artículo 10.3 párrafo 2.º: *«En los supuestos en los que se haya aportado una representación gráfica alternativa, el Registrador remitirá la información al Catastro, de acuerdo con su normativa reguladora, para que este practique, en su caso, la alteración que corresponda. De practicarse la alteración, la Dirección General del Catastro lo trasladará al Registro de la Propiedad, a efectos de que el Registrador haga constar las referencias catastrales correspondientes, así como la circunstancia de la coordinación, e incorpore al folio real la representación gráfica catastral»*. Por tanto, cuando se inscribe una georreferenciación alternativa, se inicia el procedimiento de coordinación gráfica con el Catastro, pero a diferencia del supuesto anterior, no se culmina este en el momento de la inscripción, sino en un momento posterior. En ese caso, la georreferenciación alternativa inscrita está pendiente de coordinación gráfica, hasta que el Catastro conteste a la comunicación registral, declarando que ha practicado la alteración y comunicando, en su caso, la nueva referencia catastral de la parcela creada, lo que se hará constar por nota marginal, que es el asiento que culmina el procedimiento de coordinación gráfica con el Catastro.

7.4. Se producen los efectos sustantivos propios de la inscripción

La georreferenciación inscrita, sea catastral o alternativa, pierde su origen y pasa a regirse por las normas y principios de la Ley Hipotecaria, convirtiéndose

en una representación gráfica registral, que produce unos efectos sustantivos que la catastral o la alternativa no producen de por sí, sino que por su acceso registral, una vez transformada en georreferenciación registral, como son:

a) La inoponibilidad de una georreferenciación que se pretenda inscribir con otra que ya esté inscrita, siendo la traducción al campo geográfico registral del artículo 32 de la LH. Así dispone el artículo 199.1 párrafo 4.º: *«El Registrador denegará la inscripción de la identificación gráfica de la finca, si la misma coincidiera en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público…».*

b) El principio de legitimación registral, pues conforme al artículo 10.5 de la LH: *«Alcanzada la coordinación gráfica con el Catastro e inscrita la representación gráfica de la finca en el Registro, se presumirá, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 38, que la finca objeto de los derechos inscritos tiene la ubicación y delimitación geográfica expresada en la representación gráfica catastral que ha quedado incorporada al folio real. Esta presunción igualmente regirá cuando se hubiera incorporado al folio real una representación gráfica alternativa, en los supuestos en que dicha representación haya sido validada previamente por una autoridad pública, y hayan transcurrido seis meses desde la comunicación de la inscripción correspondiente al Catastro, sin que este haya comunicado al Registro que existan impedimentos a su validación técnica*».

c) El principio de prioridad registral, pues, mientras no termine el procedimiento registral, o el expediente para lograr la concordancia de la descripción de la finca con su realidad física, no podrá tramitarse ningún otro respecto de la misma finca, para evitar situaciones contradictorias. Así dispone el artículo 203.1 8.ª: «*Durante la vigencia del asiento de presentación, o de la anotación preventiva, no podrá iniciarse otro procedimiento de inmatriculación que afecte de forma total o parcial a la finca objeto del mismo».* Lo cual también puede extenderse a todos los supuestos en los que se pretenda la inscripción de la georreferenciación de la finca, como se desprende del número 6.º de la Resolución Circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 3 de noviembre de 2015: *«Para dar cumplimiento a la exigencia legal contenida en la regla séptima del artículo 203 y concordantes de la Ley Hipotecaria sobre la utilización de un servicio en línea, relacionado con la aplicación de representación gráfica a que se refiere su artículo 9, para crear alertas específicas sobre fincas que fueran afectadas por procedimientos de inmatriculación, deslinde o rectificación de cabida o linderos, el Colegio de Registradores habilitará en el plazo más breve posible, a partir del 1 de noviembre de 2015 tal servicio, que habrá de cumplir las siguientes funcionalidades básicas: a. Posibilidad del acceso público a los recintos geográficos cuya inscripción se solicite o se haya practicado a partir del 1 de noviembre de 2015, con acceso a los datos identificativos del asiento de entrada del docu-*

mento y, cuando conste, al código de finca registral. b. Posibilidad de efectuar solicitudes de publicidad formal al Registro competente en relación al asiento o finca respectivo. c. Permitir suscribirse a un servicio de alertas gráficas sobre una o varias fincas registrales de la propiedad del solicitante de forma que se notifique al solicitante cualquier inscripción gráfica que se practique en dicho territorio durante un periodo de 30 días. Dicho servicio tendrá la consideración de certificación con información continuada. d. A partir de la entrada en vigor de la Ley 13/2015, y en tanto no esté operativo el servicio de alertas indicado, el Colegio de Registradores habilitará un visor web en el cual se publiquen todas las inmatriculaciones, rectificaciones de cabida o linderos, deslindes o inscripciones de representaciones gráficas practicadas y notificadas a través del BOE». Por tanto, si el servicio debe permitir el acceso a los recintos geográficos cuya inscripción se solicite, aunque aún no se haya culminado el expediente, o el procedimiento registral, ello es porque en ese ínterin, por aplicación del principio de prioridad, no se puede solicitar la inscripción de una georreferenciación que no respete la primeramente presentada.

III. CONCLUSIONES

I. El principio de inscripción, tras la Ley 13/2015, adquiere una vertiente geográfica manifestada por los efectos jurídicos atribuidos a la inscripción de la georreferenciación, aunque su incorporación a un asiento, declarativo por regla general, sea potestativa.

II. Para ello, la georreferenciación ha de aportarse por los titulares del derecho real y calificarse por el registrador, notificando a los interesados el resultado de esa calificación. En el caso de discordancia con la realidad física, se requiere la tramitación de un expediente de los del título VI, con trámite de notificación a los colindantes que pudieran estar afectados, en caso de discordancia con la realidad física.

III. La georreferenciación es la única circunstancia electrónica del asiento, para lo cual es preciso incorporar al asiento un archivo GML, donde constarán las coordenadas de georreferenciación aportadas, sobre el sistema de proyección oficial, que es en formato alfanumérico, los metadatos relativos al grado de precisión y metodología de obtención de las coordenadas, el código registral único de la finca y el asiento de presentación, que el registrador firmará junto con el asiento, pero que no es objeto de publicidad, pues está destinado a ser leído por un sistema de información geográfica, como es el Geoportal del Colegio de Registradores, que publica esa circunstancia determinada a cualquier interesado con interés legítimo, en forma de certificación registral de un derecho sobre finca determinada y no sobre la capa conjunta de georreferenciaciones inscritas que contiene el Geoportal.

IV. Una vez inscrita la georreferenciación, pierde su origen catastral o alternativo y se convierte en una auténtica georreferenciación registral, o si se quiere, por respeto con la terminología tradicional, aunque inexacta, en la auténtica base gráfica registral, que se rige por los principios hipotecarios.

V. La georreferenciación inscrita puede ser objeto de publicidad registral, a través de certificación registral, referida a una finca concreta y determinada, con su ubicación concreta sobre el territorio, sin que podamos confundir esa publicidad registral, que produce efectos al ir firmada por el registrador, con la mera visualización en el geoportal del Colegio de Registradores de la georreferenciación inserta en el entramado de georreferenciaciones inscritas del distrito hipotecario, porque la misma es abierta para un sector concreto del territorio y no para una finca concreta y determinada y porque esa visualización no conlleva firma del registrador, si no es a los solos efectos de localización. Esa publicidad registral puede completarse con el resto de información territorial asociada que pueda incidir sobre el dominio de la finca pare mejorar la delimitación del contenido del derecho inscrito, delimitado por la legislación sustantiva, sin que esa información sea registral y sin que el registrador sea responsable de la misma.

VI. Esta base gráfica registral productora de efectos jurídicos y publicada en el Geoportal del Colegio de Registradores no puede confundirse con aquella que tiene valor auxiliar de calificación, en cuanto el registrador dispone de ella, dentro de su aplicación informática homologada, por haber identificado geográficamente la finca de oficio, para mejor fundar su calificación registral gráfica, o por haberla identificado geográficamente con carácter previo a la entrada en vigor de la Ley 13/2015, sin que la misma pueda ser objeto de publicidad registral, con la excepción, respecto de las últimas, de lo dispuesto en el número 4 de la Resolución Circular de la DGRN de 3 de noviembre de 2015, cuando declara en su párrafo 4.º: «*Los registradores sí podrán expedir publicidad formal de los recintos geográficos que consten en dichas aplicaciones previas cuando tales recintos correspondan a la representación gráfica de las fincas aportada preceptivamente y archivada registralmente, conforme a la normativa sectorial que fuera de aplicación, como en los casos de inmatriculaciones, expropiaciones, reparcelaciones o concentración parcelaria. En tales casos, la publicidad formal expresará que tal representación gráfica consta archivada registralmente con anterioridad al 1 de noviembre de 2015, fecha de la plena entrada en vigor de la Ley 13/2015*».

ABREVIATURAS

- Art.: Artículo
- BCNR: Boletín del Colegio Nacional de Registradores

- DA: Disposición Adicional
- GML: *geagraphical markup language*
- CC: Código civil
- CSV: Código Seguro de Verificación
- LH: Ley Hipotecaria
- PNOA: Plan Nacional de Ortofotografía Aérea
- RCDI: Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
- RD: Real Decreto
- RDGRN: resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado
- RH: Reglamento Hipotecario
- RN: Reglamento Notarial
- STS: sentencia del Tribunal Supremo
- TRLCI: Texto Refundido de la Ley de Catastro Inmobiliario
- TRLS: Texto Refundido de la Ley de Suelo
- UTM: *Universa Transversa Mercator*
- WMS: *Web Map Service*

JURISPRUDENCIA

- STS, Sala Primera, de lo Civil, 20 de marzo de 2012
- RDGRN de 27 de febrero de 1978
- Resolución Circular de la DGRN de 3 de noviembre de 2015
- RDGRN de 17 de noviembre de 2015
- RDGRN de 12 de febrero de 2016
- RDGRN de 12 de mayo de 2016
- RDGRN de 8 de junio de 2016
- RDGRN de 13 de junio de 2016
- RDGRN de 21 de septiembre de 2016
- RDGRN de 3 de octubre de 2016
- RDGRN de 14 de noviembre de 2016
- RDGRN de 8 de mayo de 2017
- RDGRN de 22 de septiembre de 2017
- RDGRN de 25 de septiembre de 2017
- RDGRN de 21 de febrero de 2018
- RDGRN de 21 de marzo de 2018
- RDGRN de 5 de julio de 2018
- RDGRN de 1 de agosto de 2018
- RDGRN de 27 de septiembre de 2018
- RDGRN de 25 de octubre de 2018
- RDGRN de 19 de noviembre de 2018

- RDGRN de 28 de noviembre de 2018
- RDGRN de 4 de enero de 2019
- RDGRN de 12 de enero de 2019
- RDGRN de 16 de enero de 2019
- RDGRN de 21 de febrero de 2019

BIBLIOGRAFÍA

BLANCO URZÁIZ, J. (2018). El principio de inscripción constitutiva y convalidante. Una aproximación desde el Derecho Registral dominicano y español, *RCDI* núm. 767, 1403-1436.

DELGADO RAMOS, J. (2015). Las claves prácticas de la Ley 13/2015 de reforma de la Ley Hipotecaria y del Catastro, *Regispro.es,* entrada de 26 de junio de 2015.

— (2015b). La Ley 13/2015: objetivos que proclama y reformas que introduce. Estudio especial de la coordinación y descoordinación entre el Catastro y el Registro de la Propiedad. El desarrollo y la aplicación práctica de la ley, *notariosyregistradores.com,* entrada 3 de noviembre de 2015.

— (2016). Problemática y tratamiento registral de los desplazamientos o giros de cartografía catastral, *Regispro.es,* entrada de 25 de julio de 2016.

— (2019). Sobre las relaciones entre el artículo 9 y 199 de la LH y su interpretación conjunta. A propósito de la RDGRN de 4 de enero de 2019, *Regispro.es,* entrada de 8 de enero de 2019.

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

FANDOS PONS, P. (2016). *Los efectos jurídicos de la identificación y descripción de fincas registrales: la base gráfica registral,* Tirant lo Blanch, Valencia, 551-594.

FEMENIA RIBERA, C. (2015). La información geográfica en la aplicación de la Ley 13/2015, *BCNR,* núm. 24, 1079-1091.

GARCÍA GARCÍA, J. M. (1988). *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario,* Tomo I, Civitas, Madrid, 557-607.

GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J. (1925). El principio de inscripción en el derecho hipotecario, *RCDI* núm. 11, 760-781.

GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. (2008). La tradición instrumental como peculiar forma de tradición*, RCDI* núm. 706, 925-930.

GRAGERA IBÁÑEZ, G. (2017). Tema 2 de cartografía jurídica de la propiedad inmobiliaria, htpps://.registradorescomunidadvalenciana.org, 2.

JIMÉNEZ CLAR, A. (2016). Los desplazamientos de cartografía, notariosyregistradores.com, entrada de 15 de noviembre de 2016.

LACRUZ BERDEJO J. L. y SANCHO REBULLIDA, F. (1984). *Elementos de Derecho Civil III bis, Derecho Inmobiliario Registral,* 2.ª edición, 48-50.

MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P. (2008). *De la publicidad contractual a la titulación registral. El largo proceso hacia el Registro de la Propiedad,* Thompson Civitas, 171-189.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. (2004). *Compendio de Derecho Civil, tomo III (Derechos Reales e hipotecario),* lección 19.ª.

PAU PEDRÓN, A. (1994). Efectos de la inscripción en la constitución de derechos reales, *RCDI* núm. 625, 2190-2212.

RENTERÍA AROZARENA, A. (2018). La Ley 13/2015, de 24 de junio: tres años de vigencia, notariosyregistradores.com, entrada de 23 de diciembre de 2018.

REQUEJO LIBERAL, J. (1997). *Descripción geográfica de las fincas en el Registro de la Propiedad,* Lex Nova, 26.

ROCA SASTRE, R. M. y ROCA SASTRE MUNCUNILL, L. (1997): *Derecho hipotecario,* tomo IV, 8.ª edición, Barcelona, 213.

RODRÍGUEZ COLLANTES, P. (1958). Discordancia o falta de concordancia entre el Registro y la realidad jurídica, *RCDI* núm. 356-357, 85-105.

VÁZQUEZ ASENJO, O. G. (2010). *Aproximación a los principios gráficos hipotecarios,* Bosch, 27-143.

— (2008). Correspondencia registral de algunos conceptos básicos de la Directiva INSPIRE, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías,* núm. 18, 35-56.

NOTAS

[1] LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA estudian los principios sin subordinar a su sistemática todo el Derecho hipotecario, como hacía una parte importante de la doctrina y muchos de los programas sobre la metodología de estudio del Derecho Inmobiliario Registral, que giraban sobre el epicentro de los principios hipotecarios. Así, por ejemplo, el término «inscripción» si se estudiara solo desde la vertiente sustantiva de considerarlo un principio hipotecario, quedaría incompleto en su exposición, si no se completara ese estudio con su vertiente formal, la que lo contempla como una clase de asiento. Pero, que su exposición y estudio no gire esencialmente sobre esos principios, no quiere decir que los mismos no tengan una gran importancia y hayan mantenido su vigencia a lo largo de los años, precisamente por haber obtenido el carácter de verdades esenciales.

[2] Así lo entendió también DÍAZ FRAILE en su exégesis de la Ley 13/2015, sobre la inscripción de las fincas registrales, pues, aunque «*la Ley utiliza indistintamente, con deficiente técnica legislativa, los términos de "incorporación" y de "inscripción" en relación con la representación gráfica de la finca, lo que genera la duda sobre la naturaleza de la vinculación entre el asiento registral y la base gráfica (…) A pesar de la falta de precisión en el uso de la terminología registral, lo cierto es que la representación gráfica: — se configura legalmente como una circunstancia o dato de la inscripción, es decir, como parte de su contenido; — una vez inscrita da lugar a que las presunciones del artículo 38 de la Ley Hipotecaria se proyecten sobre la ubicación y delimitación geográfica expresada en la misma representación gráfica*».

[3] Como dice GARCÍA GARCÍA, el principio de inscripción estudia los efectos de la misma en el campo de la normalidad del derecho real inmobiliario. No estamos en el campo de la patología del derecho real, como ocurre con el ámbito de la de la fe pública registral del artículo 34 de la LH, sino que estamos en el aspecto del valor y efectos de la inscripción en la existencia y formación del derecho real, es decir, en la vida normal del mismo, en su nacimiento y en su consolidación.

[4] Bajo la frase principio de inscripción (Eintragungsprinzip) suelen agrupar los juristas alemanes las cuestiones que inmediatamente se plantean al estuchar el valor de los asien-

tos hipotecarios en relación con la adquisición, modificación, transferencia, gravamen y extinción de los derechos sobre fincas.

[5] La Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1944 se manifiesta explícitamente sobre el tema de la inscripción constitutiva por razones de oportunidad, dado que una gran parte de propiedad permanecía al margen del Registro, por lo que la atribución de carácter constitutivo a la inscripción era una cuestión que se aplazó, mientras fuera grande el volumen de la propiedad no inscrita, pero el legislador reconocía la superioridad del sistema de inscripción constitutiva, por los importantes argumentos que daba la doctrina científica y porque las relaciones inmobiliarias, por su naturaleza, exigen publicidad, razón por la cual el legislador de 1944 reforzó la eficacia de la inscripción en los planos civil y procesal.

[6] Quienes discuten su vigencia se basan en la consideración por la que los derechos reales, en nuestro Derecho, nacen, se modifican, transmiten o extinguen fuera del Registro, regulándose por el Derecho Civil sustantivo, siendo la inscripción declarativa, como regla general, con la excepción de la hipoteca, cuya inscripción es constitutiva. Es decir, se podría hablar de principio de inscripción en nuestro Derecho, en el mismo sentido que lo hace el Derecho alemán, solo en relación a la hipoteca.

[7] Vamos a seguir el esquema de trabajo que trazó JERÓNIMO GONZÁLEZ, que al hablar del principio de inscripción en nuestro Derecho Hipotecario distinguía: a) Valor jurídico de la inscripción y sus efectos inmediatos b) Ámbito en que se desenvuelve. — Abarca todos los derechos reales sobre inmuebles c) Necesidad o voluntariedad de la inscripción d) Presupuestos o elementos que le sirven de base o la perfeccionan. Íntimamente unidas con estos problemas se hallan las modalidades que el régimen impone, como consecuencias lógicas del principio de inscripción, a la existencia y descripciones hipotecarias de fincas y derechos y a los títulos inscribibles.

[8] Dentro de los principios hipotecarios, el principio de inscripción se integraría en el grupo de los que regulan los diversos efectos que el Registro concede a los derechos reales inscritos, frente a los que se refieren al modo de ingresar los derechos reales en el Registro y los relativos a la organización registral.

[9] En opinión de LACRUZ BERDEJO, «en el Derecho español no podemos hablar de que exista un tal principio, a diferencia, por ejemplo del Derecho alemán». Ello responde al tópico de entender que el principio de inscripción solo puede jugar en aquellos sistemas donde la inscripción es constitutiva. Pero en el nuestro, aún siendo declarativa, es una inscripción reforzada, respecto a la producción de unos efectos jurídicos, que la promocionan y la dotan de valor jurídico, determinado por la existencia de este principio de inscripción.

[10] Ya sean legitimadores o defensivos, a través de las presunciones del artículo 38 de la LH, procesales, a través de la posibilidad de ejercicio de la acción real registral artículo 41 LH, por el titular registral, administrativos, pues el titular registral ha de ser oído en cualquier expediente administrativo, que afecte a su derecho, con carácter preeminente al titular catastral, con titularidad solo indiciaria, de protección del tráfico u ofensivos, pues, mediante el principio de fe pública registral del artículo 34 LH, de inoponibilidad de lo no inscrito del artículo 32 de la LH y de la posibilidad de cognoscibilidad general, a través de la fe pública registral.

[11] Así PAU PEDRÓN aboga por el establecimiento de un sistema registral de inscripción constitutiva, donde la misma es requisito de existencia del derecho real, cuyo ámbito ha de coincidir con el de la tradición respecto de los inmuebles. Entiende este autor que la inscripción constitutiva no es una variedad de tradición, sino un sustitutivo de la misma. Lo que pretende la inscripción constitutiva es, precisamente, eliminar la tradición por su ineficacia publicitaria. Por tanto, de lo que se trata es de mantener la tradición respecto de los bienes muebles y de sustituirla por la inscripción respecto de los inmuebles.

[12] BLANCO URZÁIZ, afirma que el sistema registral español es constitutivo, no en el sentido tradicional de que los derechos nacen, se modifican y extinguen por virtud de

la inscripción, sino que por virtud de la inscripción se crean nuevas titularidades reales inmobiliarias dotadas de fuertes efectos servidos por los principios que le sirven de base. Concluyendo que el sistema registral español como Registro de Derechos es realmente constitutivo de las nuevas titulares inmobiliarias, con plenos efectos en el tráfico derivados de sus principios de legitimación y de fe pública registral. Por ello concluye MÉNDEZ GONZÁLEZ que la inscripción es un documento investido de efectos en relación al titular de la misma en cuanto a tal y en cuanto a adquirente, que le permite abstraerse de la relación contractual básica, lo que denomina abstracción registral, pues producida la incorporación tabular la relación *ex tabula* se convierte en la referencia principal y las relaciones derivadas del contrato originario únicamente operan entre las partes, como sucede en el ámbito cambiario, siendo la inscripción una especie de título valor del derecho real inscrito, que amplia las posibilidades de circulación en el tráfico, y de una circulación segura, afirmando que en el nuevo Registro de la Propiedad que viene, la inscripción no va a publicar el derecho, va a ser el derecho, consolidando la plena eficacia de lo pactado en escritura pública.

[13] MÉNDEZ GONZÁLEZ utiliza la expresión de la inscripción como título valor del derecho real inmobiliario inscrito, en cuanto que le concede la cualidad de la aptitud para circular con seguridad en el tráfico jurídico inmobiliario, como consecuencia de los efectos jurídicos que produce la inscripción, sentido en el que BLANCO URZÁIZ habla de nuestro sistema como sistema de inscripción constitutiva.

[14] Según VÁZQUEZ ASENJO, esa características son: «1.º. La documentación se somete a calificación, por lo tanto es susceptible de ser denegada. 2.º. La documentación obtiene el tratamiento de "despacho" y se inscribe lo que de trascendencia real arroja el título. Se genera un asiento registral con contenido específico y efectos propios. 3.º. Los títulos presentados, una vez despachados se devuelven al presentante, sin quedar depositados o archivados. 4.º. Del contenido registral creado se expide publicidad por parte del Registro».

[15] Se cumplía, según VÁZQUEZ ASENJO con las cuatro operaciones propias del principio de inscripción: a) Una acción de tratamiento de la base gráfica que hacía el registrador con la aplicación informática que equivalía a la acción de calificación, pues era un tratamiento individualizado para cada finca, pues se incorporaba la base gráfica aportada a soporte informático en la aplicación informática, que permitía relacionar la misma con las de las fincas colindantes, en la aplicación informática, para que el registrador pudiera emitir un juicio de coordinación respecto a la base gráfica aportada con relación a la descripción literaria de la finca, que podía tener un resultado positivo o negativo. b) Una acción de despacho, pues cuando el juicio era positivo, se inscribía la base gráfica en la aplicación informática, de la que se dejaba constancia por nota al margen de la inscripción literaria practicada. Cuando era negativo se dejaba archivado el soporte informático, como no coordinado con la descripción de la finca, pero sin reflejo obligatorio en el folio registral de ese juicio, aunque nada impedía tampoco hacerlo constar. En ambos casos se informaba al interesado del resultado del juicio en la nota de despacho. c) Se devuelve el material aportado a los interesados. d) En caso de juicio positivo de coordinación entre la base gráfica y la descripción literaria de la finca, se podía expedir publicidad registral de ese juicio positivo de coordinación, que arrancaba el folio registral, mediante la nota marginal de incorporación de la base gráfica a la aplicación informática y la impresión de la base gráfica, objeto de publicidad registral.

[16] RENTERÍA AROZARENA así lo entiende al decir que «*son dos los requisitos necesarios (aun cuando no siempre suficientes) para la inscripción de la base gráfica de la finca: i) la aportación de una representación gráfica georreferenciada y ii) la calificación registral favorable*».

[17] Como dice RENTERÍA AROZARENA, «*la aportación de un informe de validación catastral es suficiente para entender cumplidos los requisitos técnicos que permiten la inscripción en el Registro de la Propiedad de la representación gráfica y para la remisión de la información correspondiente a efectos de su incorporación al Catastro, y ello con*

independencia de que el resultado de tal validación sea o no positivo. Si el resultado es positivo, supondrá que la representación gráfica es directamente incorporable al Catastro desde el punto de vista técnico, lo que no significa que sea inscribible en el Registro, ya que la representación de las parcelas colindantes afectadas deberá contar en todo caso con el consentimiento de sus titulares y, además, será objeto de calificación por el registrador. En caso de validación negativa, ello impedirá la incorporación directa al Catastro pero esto no obsta que, en caso de calificación positiva por el registrador y tras la tramitación del pertinente procedimiento del artículo 199.2 LH en el que deberán intervenir los colindantes afectados, pueda inscribirse en el Registro la representación gráfica, considerando que tal informe de validación contendrá la representación de las partes afectadas y no afectadas de las parcelas colindantes y la determinación del perímetro catastral, y técnicamente permite la remisión de la información para su incorporación al Catastro, todo ello tal y como prevé el artículo 9.b). Por tanto, la consecuencia de que el resultado del informe de validación sea negativo no debe implicar, por este solo hecho, la denegación de la inscripción de la representación gráfica. Impedirá, como se ha dicho, su incorporación directa al Catastro. Así se infiere del artículo 10 de la Ley Hipotecaria que, en su apartado 2 prevé el supuesto de inscripción de representación gráfica catastral y el efecto de su coordinación, y de su apartado 3, que, para el caso de representación alternativa, dispone la comunicación por el registrador a Catastro de tal circunstancia, con objeto de realizar las alteraciones procedentes».

[18] Dice GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA que la inscripción presupone, o embebe, la propia escritura pública, como consecuencia del principio de legalidad y la necesidad de titulación pública. De este modo, no será la inscripción la que actúa de modo o *traditio,* y termina el proceso traslativo del derecho real, sino que este lo culminará previa la escritura (tradición instrumental) que recoge la situación jurídica inscribible.

[19] Aparentemente, la finca registral no aparece dentro del ámbito de aplicación de la Directiva INSPIRE, pero si analizamos sus antecedentes, la exclusión de la finca registral de su ámbito de aplicación no estaba en su propósito inicial. Durante esa fase la referencia al Registro de la Propiedad estuvo presente. Sin embargo, la Directiva no nombra en ningún momento al Registro de la Propiedad, ni a los datos que en él se contienen. Su posterior desaparición no obedece a una repentina pérdida de interés por parte del legislador por tal dato, sino a una agrupación del mismo dentro de otra categoría: la *«parcela catastral»,* como consecuencia de la mayor extensión de la figura del Catastro entre los Estados miembro. Catastro que, además, asume, en muchas ocasiones, competencias que pertenecen en España al Registro de la Propiedad. Sin embargo, se nombra específicamente al Catastro en el apartado 6 del Anexo I, bajo el epígrafe *«parcela catastral», entendidas «áreas determinadas por registros catastrales o equivalentes»* que *«de conformidad con su propio sistema legal, cada Estado miembro cuenta con un Registro al respecto, bajo la responsabilidad del Gobierno. Dichos Registros son normalmente conocidos como Catastros, y a veces como Registros de la Propiedad u otro tipo de Registros. Sea cual sea la denominación que el mismo reciba, la unidad básica es la parcela»,* que define como *«espacios únicos de la superficie terrestre, bajo derechos reales homogéneos y propiedad única, siendo las normas de cada Estado miembro las que determinarán qué entender por derechos reales y por propiedad»*. Ahora bien, esta agrupación no impide que todas las menciones que se han hecho a la «*parcela catastral*», tanto en los documentos previos a la Directiva, como en los documentos posteriores a la misma, se refieran indirectamente a la idea de propiedad e incluso a la propia institución registral. Y es que *el concepto que late en la Directiva INSPIRE de parcela catastral no se adapta ni al concepto de finca registral ni al de parcela catastral que tenemos en España, sino que parece referirse a un concepto distinto, que podríamos denominar predio real o integral. Así, INSPIRE define la parcela catastral como «A single area of land or more particularly a volume of space, under homogeneous property rights and unique ownership». Este concepto podría servir perfectamente para las fincas registrales añadiendo cinco palabras: «A single area of land or more particularly a volume of space, under homogeneous property rights and unique ownership*

registered in a Land Register». La definición inicial no encaja con la definición que para las parcelas establece el artículo 1 del TRLCI, cuando dispone: «El Catastro Inmobiliario es un registro administrativo dependiente del Ministerio de Hacienda en el que se describen los bienes inmuebles rústicos, urbanos y de características especiales tal y como se definen en esta ley». Evidentemente, la definición de la Directiva parece referirse a la figura que surge de la coordinación de ambos conceptos: el predio integral, integrando todas las unidades territoriales que interoperan con esa fracción territorial, sin que la base gráfica registral se excluya expresamente y que es combinable. Aunque, se necesita una norma que las reconozca y ordene su recogida y difusión, como ordena el artículo 4.6 de la Directiva, lo que viene a paliarse por el nuevo artículo 9 y 10 de la LH, redactados por la Ley 13/2015, que regulan el procedimiento de coordinación entre ambas y la posibilidad de su inscripción. Ello posibilita que los archivos de datos espaciales constituyen un acervo custodiado en las oficinas registrales, con los adecuados requisitos de seguridad, están a disposición de los usuarios y constituyen un archivo de enorme valor por la información histórica que poseen, siendo el registrador responsable de que no se pierda ninguno de los datos almacenados mediante su tratamiento o migración.

[20] Como dice VÁZQUEZ ASENJO, la georreferenciación es una técnica que referida a las fincas registrales se configura como un procedimiento jurídico y no simplemente cartográfico.

[21] Y ello, porque como decía REQUEJO LIBERAL, una identificación clara y perfecta de las fincas es el complemento ideal para que el Registro publique, con todas las garantías de nuestra legislación hipotecaria, cuál es la situación jurídica de estas. Las fincas lindan con fincas, ocupan un lugar geográfico determinado y tienen una forma geométrica característica; con base en estos tres principios sencillos y fundamentales tenemos que apoyar el sistema de bases gráficas de las fincas registrales.

[22] JIMÉNEZ CLAR ha tratado esta distinción. Para este autor: «*cuando tratamos la cuestión de la situación espacial de un inmueble hay que tener presente que dicha situación puede entenderse, como ya se ha visto, de dos maneras: la situación absoluta (georreferenciación) y la situación relativa (las relaciones topológicas). Y para gestionar, de forma eficiente, la información territorial no podemos prescindir de ninguna de las dos. Tan importante es la situación absoluta de un inmueble (las coordenadas que, de forma permanente, determinan su forma y situación, como su situación relativa, es decir, las relaciones topológicas de un inmueble respecto de los que tiene a su alrededor. Cuando se produce una disociación entre ambos tipos de datos es cuando nos encontramos ante lo que podríamos denominar desplazamientos de la cartografía. Y, como se ha dicho, la gestión de la información territorial precisa de la utilización conjunta de ambos tipos de información, la situación absoluta (georreferenciación) y la situación relativa (relaciones topológicas). Y es aquí donde hay que hacer la primera precisión. Cuando existe diferencia entre ambos tipos de información (georreferenciación y relaciones topológicas) y entre ambos y la realidad nos encontraremos seguramente ante una discrepancia entre la cartografía y la realidad y, en consecuencia, habrá de acudirse a los procedimientos legalmente previstos para remediar esta situación. Pero si ambos tipos de información no coinciden entre sí pero cada una de ellas coincide por su parte con la realidad, estamos ante un desplazamiento o giro de la cartografía y la solución ha de ser distinta de la prevista para el supuesto anterior (discrepancia)*».

[23] Como dice JIMÉNEZ CLAR, «*lo que realmente sucede es que estamos identificando el mismo inmueble en dos sistemas diferentes de referencia —la cartografía y la ortofotografía— en cada uno de los cuales cada coordenada es distinta para cada vértice pero el objeto es el mismo*».

[24] La cuestión de los desplazamientos ha sido tratada por DELGADO RAMOS, que entiende que «*es esencial que la nueva aplicación informática se diseñe para tomar en consideración esta hipótesis de los desplazamientos entre cartografías, (nada infrecuente en la práctica), y particularmente en la cartografía catastral, básica según el artículo 10 LH, y que sea capaz de metadatarla y tratarla adecuadamente, por ejemplo*: *1.— Permitiendo al*

registrador, con tales metadatos, y sin alterar para nada las coordenadas inscritas, hacer las correcciones visuales precisas para procurar el mayor acierto en su calificación al contrastar cartografía catastral con ortofotografía oficial desplazadas entre sí. 2.— Debería tener una utilidad de conversión y seguimiento de la equivalencia entre las coordenadas catastrales desplazadas y las correctas o corregidas. Sin esa metadatación de los desplazamientos o giros, el día que el Catastro, en aplicación de lo previsto en el artículo 18.4 de su ley reguladora corrija y solvente masivamente desplazamientos detectados, nos encontraremos con la imposibilidad de hacer la correlativa corrección fiable de las coordenadas inscritas en los libros registrales, al no haberse tomado la precaución de diferenciar debidamente las que procedía de datos catastrales desplazados (que ahora se corrigen) y las que procedían de levantamientos topográficos con georreferenciación correcta desde un inicio. Es llamativo que actualmente no haya nada previsto al respecto en la aplicación cuya homologación se ha solicitado por el CORPME a la DGRN. En cambio, los servicios de la sede electrónica de Catastro, y en particular el servicio de validación técnica de representaciones gráficas alterativas sí que es muy consciente de esta problemática, y prevé el modo de abordarla, y por lo menos, metadatarla, único modo de poder sentar las bases para en el futuro solventarla adecuadamente». Con ello, podría hacerse constar el grado de giro o desplazamiento en la inscripción. Para JIMÉNEZ CLAR, «*la solución más razonable será la de mantener las coordenadas de la cartografía catastral si bien el técnico, en su certificación deberá informar al Catastro de la magnitud del desplazamiento de la cartografía para que el Catastro ajuste al mismo tiempo toda la cartografía desplazada). De esta forma constarán las coordenadas reales de cada parcela situada dentro de la zona desplazada sin alterar las relaciones topológicas entre las mismas*».

[25] Así según FEMENIA RIBERA, «sería conveniente incluir información técnica sobre las coordenadas, lo que se conoce como "metadatos". En el listado no aparece información sobre la precisión de las coordenadas, ni la metodología seguida para la obtención de dichas coordenadas. Esto implica que, aunque la tecnología actual permita reubicar los puntos con una precisión en torno a 5 centímetros, si la precisión real de las coordenadas del listado tiene una precisión de 1'5 metros, lógicamente la precisión de la ubicación del lindero no será de 5 centímetros, sino de 1'5 metros. La falta de esta información puede llevar a confusiones, debido a que se puede interpretar que dichas coordenadas son exactas». Por ello concluye la citada autora: «la ley, no habla sobre los metadatos de la información geográfica; los metadatos de la información geográfica describen la propia información geográfica y sirven para tener la certeza de su fiabilidad. Ya que el perímetro de la finca registral limita los derechos del titular, los metadatos de dicho perímetro definen con qué fiabilidad están delimitados dichos derechos. Sin embargo, las resoluciones en las que se regula la comunicación entre el Catastro y el Registro de la Propiedad y los Notarios, en el caso de la representación gráfica alternativa, sí se especifican condiciones técnicas, en cuanto a precisión y metadatos sobre la cartografía generada por el Técnico competente. El "Técnico competente" debe realizar un informe con todos los metadatos que se detallan en la especificación, es decir, la memoria técnica del trabajo de delimitación. Además, el Técnico debe firmar digitalmente dicha memoria. Esto se interpreta como que el Técnico se hace responsable de la delimitación realizada, en los términos que se detallan en la memoria técnica, lo cual repercute positivamente en la seguridad jurídica del tráfico inmobiliario».

[26] Según GRAGERA IBÁÑEZ, «la descripción gráfica es configuradora del inmueble pues al determinar su geometría y su ubicación en el territorio por primera vez. Es justo al revés, la descripción literaria es la que complementa y debe acoplarse a la descripción gráfica, y una prueba de ello está en el artículo 9 cuando señala que una vez inscrita la representación gráfica de una finca su cabida será la resultante de dicha representación, rectificándose, si fuera preciso, la que conste en la inscripción literaria. Y aunque dicho artículo no lo diga expresamente lo mismo que ocurre con la superficie debiera ocurrir con los linderos, que deben corresponderse con los cartográficos, evitando mantener en el Registro unos linderos antiguos referidos a personas que normalmente se desconocen, y que con el tiempo, serán

más desconocidos. Por ello son recomendables las referencias a elementos cartográficos o a las referencias de las parcelas catastrales que siempre pueden situarse en el mapa».

[27] DELGADO RAMOS critica esta doctrina de la DGRN, pues a su juicio, la Ley 13/2015 impone el expediente del artículo 199 para inscribir cualquier tipo de georreferenciación, lo que conllevará en cualquier caso la notificación al colindante registral afectado, si la georreferenciación aportada es catastral (art. 199.1) y además, a los colindantes catastrales (art. 199.2), si es alternativa, sin que la calificación registral tenga que determinar nada en este sentido. Aunque, considera que ello es uno de los errores que comete la Ley, pues «conceder a cualquier titular catastral, incluso no siendo titular registral, no ya solo el derecho a ser notificado, (lo cual es evidentemente positivo), sino incluso el derecho de vetar y hacer fracasar un procedimiento notarial/registral por su simple oposición, incluso caprichosa o infundada, nos parece un grave error de la ley, por cuanto que, muy probablemente, condenará al fracaso a muchos de esos expedientes «desjudicializados».

[28] Entiende DELGADO RAMOS que la DGRN distingue acertadamente los supuestos de inscripción de la georreferenciación de la inscripción de la rectificación de superficie. Para inscribir la georreferenciación de la finca es necesario tramitar siempre un expediente del artículo 199, que obliga a la notificación previa de los titulares registrales de las fincas colindantes que puedan resultar afectadas por la inscripción de la georreferenciación. Pero, cuando además de inscribir la georreferenciación, debe rectificarse la superficie, el artículo 9 b) párrafo 7.º añade una notificación adicional a posteriori a los titulares de los derechos inscritos, salvo que del título presentado o de los trámites del artículo 199 ya constare su notificación, que se complementa con la notificación que a priori se practica en el expediente del artículo 199 a los titulares de las fincas registrales o parcelas catastrales colindantes, según la georreferenciación sea catastral o alternativa, pero que es distinta, pues se refiere a la finca cuya superficie se rectifica. Por ello, considera que tal interpretación es contraria a derecho y se aparta de la que, a su juicio, sería la correcta desde el punto de vista gramatical, conceptual y sistemático, por las siguientes razones: Primera.— La interpretación de la DGRN vulnera el título VI de la Ley: Es claro que los procedimientos para la concordancia entre el registro y la realidad física y jurídica extrarregistral están regulados en el titulo VI de la Ley, que contempla entre ellos el procedimiento del artículo 199 LH, mientras que es igualmente claro que el artículo 9 no regula procedimiento alguno, sino criterios generales y previsiones concretas, por lo que carece de sentido que la DGRN interprete que este artículo está dando cabida a un nuevo y peculiar procedimiento de georreferenciación alternativo a los contemplados en el título VI de la ley. Segunda: En particular, vulnera el artículo 201.3, letra a, que permite inscribir una rectificación de superficie inferior al 10 % de la cabida inscrita, aportando la certificación catastral descriptiva y gráfica (que habrá de ser notificada a posteriori a los titulares de fincas colindantes), pero no inscribir georreferenciación alguna, como afirma sin fundamento alguno la DGRN. Tercera: vulnera el propio artículo 9 en los casos de georreferenciación «podrá incorporarse con carácter potestativo al tiempo de formalizarse cualquier acto inscribible, o como operación registral específica», siempre que en ambos casos se aplicarán los requisitos del artículo 199. Cuarta: y, en fin, vulnera frontalmente la prohibición legal expresa (art. 199 LH) de inscribir la georreferenciación catastral (o alternativa) sin notificaciones previas a colindantes.

[29] Como dice RODRÍGUEZ COLLANTES, siempre que constando inscrita una finca no coincida esta con la realidad, ya de un modo absoluto, si la finca 89 no existe, ya relativo, si existe con variación en sus elementos integrantes, tendremos una discordancia objetiva.

(Trabajo recibido el 26-8-2019 y aceptado para su publicación el 7-11-2019)

DICTÁMENES Y NOTAS

Poder, corrupción, libertad y estado: recordando a Lord Acton*

Power, corruption, liberty and State: remembering Lord Acton

por

ANDRÉS DE LA OLIVA SANTOS
Catedrático Emérito de la Universidad Complutense.
Académico Numerario de la Real Academia
de Jurisprudencia y Legislación de España.

El poder corrompe y el poder absoluto corrompe absolutamente es frase muy conocida en todo el mundo: un genuino tópico universal. Estas palabras se atribuyen a John Emerich Edward Dalkberg ACTON, más conocido como Lord Acton (1834-1902), un importantísimo pensador de la libertad en la historia, a quien he releído con interés (y asombro) en estos últimos años. (ha sido una temporada con lecturas de autores británicos, primero BENTHAM y luego ACTON, muy distintos, pero con interesantísimos puntos comunes)[1].

Hay dos datos que interesa precisar sobre esta frase. El primero es que ACTON no afirma que el poder corrompa, sino que *tiende* a corromper: «*power tends to corrupt*», aunque añade de inmediato: «*and absolute power corrupts absolutely*». Son de mucha importancia, tanto el matiz de la *tendencia* a corromper aneja al poder, como la contundencia del efecto seguro de corrupción absoluta ligado al poder absoluto. ACTON acierta en las dos

* Ponencia presentada el 18 de noviembre de 2019 al Pleno de Numerarios de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España. Se incluyen los textos en inglés porque son los manejados directamente, de modo que la traducción al español es responsabilidad del ponente.

afirmaciones. Porque, por sí solo o en sí mismo, el poder no corrompe[2]. Y porque, en cambio, el poder absoluto sí corrompe con toda seguridad: el poder absoluto es ya un fenómeno de temible corrupción.

En segundo lugar, es importante el dato de que Acton formula esa afirmación en un contexto que no se refiere solo al poder político, sino a toda clase de poder y, por tanto, al poder económico y social. De hecho, la famosa frase aparece en una carta de ACTON a Mandell CREIGHTON, arzobispo anglicano, a comienzos de abril de 1887, a propósito de una historia del papado medieval en cinco volúmenes. Acton critica duramente una tesis general del arzobispo CREIGHTON: «*No puedo* —dice Acton— *aceptar su regla de que hemos de juzgar al Papa o al Rey de modo distinto a cualquier otro hombre, con la presunción favorable de que no han obrado erróneamente. Si hay alguna presunción es en el otro sentido, contra los poseedores de poder, presunción que se intensifica conforme el poder aumenta. La responsabilidad histórica tiene que compensar la falta de responsabilidad jurídica. El poder tiende a corromper y el poder absoluto corrompe absolutamente.* […]. *No hay peor herejía que la que sostiene que el cargo santifica a quien lo ostenta*»[3].

«*No hay peor herejía que la que sostiene que el cargo santifica a quien lo ostenta*».

Sobre esta sentencia deberían meditar muchos bienpensantes y tantos hiper-devotos de «la superioridad» o adoradores de cualquier clase de poder. La obediencia verdaderamente debida a cualquier autoridad legítima no está reñida con el sentido crítico. Más aún, la obediencia solo es válida cuando se presta sin prescindir de ese sentido crítico y cuando se comprende que la lealtad a quien legítimamente manda no es que permita, sino que más bien exige expresarse libremente y con sinceridad, con la imperativa e insoslayable guía de la propia conciencia, esforzadamente informada y formada.

De la corrupción nacida e incrustada en el poder de todo tipo han sido y son muy responsables los *silenciosos*, que callaron cuando podían o debían hablar con capacidad de influir e incluso con poder de decisión[4]. Han contribuido y contribuyen decisivamente a la corrupción quienes, por complacer al poder o por simple cobardía o comodidad, nada dicen: nada advierten, nada sugieren, nada objetan y jamás protestan. Una cosa es evitar comportarse como Pepitos Grillos parlanchines impertinentes y otra no hablar y no actuar, de un modo apropiado y eficaz, cuando se tiene el deber legal o ético de hacerlo. La devoción reverencial al poder y a los poderosos tiene que desaparecer, porque, además de ser errónea en sí misma, ha sido y es decisiva en la corrupción.

El papel del conformismo en la corrupción. «Hombres con mentalidad de gangsters se hacen con el control».

Entre los dispersos escritos de ACTON se encuentra esta advertencia: «Y recuerden, cuanto se da una concentración de poder en pocas manos, con demasiada frecuencia hombres con mentalidad de gangsters se hacen con el control. La Historia lo ha demostrado» («*And remember, where you have a concentration of power in a few hands, all too frequently men with the mentality of gangsters get control. History has proven that*.) ¡Tremenda frase, hoy profecía cumplida! Pero lo que ahora me importa hacer notar es que si alguien habla hoy, como Acton, de *gangsterismo*, como si, a modo de Bentham, equipara al recaudador voraz e inicuo con un atracador que ni siquiera se arriesga físicamente, muchas personas cultas y respetables de inmediato torcerán disgustadas el gesto. Esas respetables *damas y caballeros* rechazan tales expresiones como blasfemias. Para estas *damas y caballeros*, frases como la de Acton son axiomáticamente inaceptables por *incorrectas*. No aceptan pararse un momento a pensar que quizá ACTON o BENTHAM no exageraron en sus rotundas denuncias. Para esta *buena* y *correctísima* gente, quizá la realidad puede ser con frecuencia dura, cruel, excesiva, pero el discurso sobre la realidad nunca puede ser duro. Para esta gente *las cosas no pueden ser así,* como son… pero si lo son, *nunca hay que admitirlo o decirlo de cruda manera*[5]. Admitirán quizás la expresividad radical de QUEVEDO o, a lo sumo, de UNAMUNO o BAROJA, ya suficientemente lejanos, pero no la de alguien *ahora* ni para lo que *ahora* sucede. Hoy estamos en el reino del eufemismo falsario y del circunloquio elusivo de la verdad.

La deseable regeneración o refundación de la vida social exige acabar con todo eso.

ACTON, EJEMPLO DE HONRADEZ Y LIBERTAD

Volvamos a ACTON. Aunque las palabras tienen su propio valor con independencia de quien las ha dicho, es muy importante saber quién las dice. Son, pues, relevantes unas pinceladas sobre nuestro personaje. ACTON es miembro de una familia noble (aunque no de la alta nobleza británica, sino de la media o más bien de la baja), de las pocas católicas en Gran Bretaña. Este hombre que tan duramente discrepa de CREIGHTON, termina su vida sucediéndole en la Cátedra *Regius* de Historia, de la Universidad de Cambridge, donde a ACTON no se le había permitido estudiar por ser católico. Pero después, y un tanto paradójicamente, ACTON se tiene que defender y se defiende contra acusaciones de oposición al Concilio Vaticano I, en lo relativo a la declaración dogmática de la infalibilidad del Papa. ¿Era ACTON un católico heterodoxo a fuer de liberal? En modo alguno. Era tan seria y sinceramente católico como sincera y seriamente liberal. Me parece conmovedor y admirablemente certero cómo se autodefinía ACTON: «*un hombre que empezó a vivir creyendo ser un católico sincero y un sincero liberal; que, por tanto, renunció en el Catolicismo a*

cuanto no era compatible con la Libertad y, en la política, a cuanto no era compatible con la Catolicidad» («*a man who started in life believing himself a sincere Catholic and a sincere Liberal; who therefore renounced everything in Catholicism which was not compatible with Liberty, and everything in Politics which was not compatible with Catholicity*».) (SWLA III 657). Y también escribió: «*preferiría morir que vivir sin los sacramentos y abandonar la Iglesia*» («*I would rather die than having [sic] to live without the sacraments and to leave the Church*»: Hill 472 núm. 55). Y ACTON fue consecuente con esta última declaración.

CONTRA LAS TAXONOMÍAS SIMPLISTAS Y MANIQUEAS

Es curioso que ACTON, *tan católico*, fuese considerado con razón una de las personas más influyentes en GLADSTONE, *tan protestante*, que a su vez apoyó siempre a ACTON. Willian Ewart GLADSTONE (1809-1898) fue aquel gran político, primero *tory*, luego *whig*, después líder del partido liberal. Cuatro veces Primer Ministro, este hombre ilustre, siempre espiritualmente rico, había transitado desde una postura propia de la *Church of England* y de la *High Church* anglicana hacia una posición más protestante o luterana, que él consideraba más evangélica. Y había situado la conciencia por encima de la autoridad. De joven, a sus treinta años, GLADSTONE sostenía, en su libro *The State in its Relations with the Church*, que los inconformistas y los «*roman catholics*» debían ser excluidos de los cargos públicos, puesto que la Iglesia de Inglaterra tenía el monopolio de la verdad. Pero, como acabo de señalar, GLADSTONE había cambiado mucho al cabo de treinta y cinco años más de vida, cuando, en relación con las disposiciones del Concilio Vaticano I (y, sobre todo, con la infalibilidad papal dogmáticamente definida) escribe y publica *The Vatican Decrees in their Bearing on Civil Allegiance: A Political Expostulation* («Los decretos del Vaticano en su relación con la lealtad civil: una exposición política»). Desde otra posición y con otro motivo, GLADSTONE viene a pretender nuevamente que los católicos británicos no pueden ser buenos ciudadanos británicos, porque al estar sometidos al Papa no pueden ser leales al Reino Unido y a sus autoridades, empezando por la Corona. Entonces aparece en escena otro gigante: John Henry NEWMAN. Es John Henry NEWMAN quien, en defensa de la libertad de los católicos, replica contundentemente a GLADSTONE en la famosa *Carta al Duque de Norfolk* (*A Letter Addressed to His Grace the Duke of Norfolk on Occasion of Mr. Gladstone's Recent Expostulation*, London, 1875, B. M. Pickering)[6].

¿A qué vienen estas extensas referencias a ACTON, GLADSTONE y NEWMAN? Vienen a cuento, en primer lugar, porque es necesario combatir las taxonomías y las etiquetas que con tanta frecuencia se utilizan, por ignorancia o con malicia, para dividir y oponer, creando bandos de «buenos» y

malos», «los nuestros» y «los otros». Como mínimo, esas banderías no conducen a nada positivo y, con frecuencia, hacen mucho daño. En esta historia reseñada, los tres personajes, católicos o protestantes, son hombres de una pieza y de un comportamiento éticamente irreprochable, enemigos de toda corrupción. Los tres, pese a sus diferencias, no solo se respetan, sino que se admiran. ACTON es un viejo católico muy unido siempre a GLADSTONE, del mismo modo que este, primero ferviente anglicano y después no menos ferviente protestante, no deja de admirar y apoyar a ACTON. NEWMAN, primero clérigo anglicano de enorme prestigio, convertido al catolicismo en 1845, ordenado sacerdote dos años después (y Cardenal en 1879), se había movido con proximidad e interés en el ámbito intelectual de ACTON.

Pero, en segundo lugar, y lo que es más importante en relación con nuestro asunto, está *la coincidencia de estas tres grandes personalidades en la importancia de la conciencia*, siempre personalísima. Porque, sí, la corrupción que padecemos y que un día tras otro es noticia es un problema de conciencia. Es cosa de muchas personas *sin conciencia*, como decimos en lenguaje coloquial, o con una conciencia de pobre formación y de escasa sensibilidad ante lo injusto y lo falso.

Quiero decir, con lo anterior, que la corrupción tiene que combatirse a fondo, no solo con meros preceptos —en códigos éticos o en códigos legales— que tipifiquen comportamientos reprobables. Estos preceptos siempre expresarán unos *standards* de *mínimos morales*. Y la situación está requiriendo una elevación moral hacia la ejemplaridad, un renacimiento ético o moral (tanto da el griego como el latín) *en línea de máximos*. Nuestras sociedades albergan tanta corrupción, no por falta de reglas éticas ni por ausencia de preceptos penales que sancionen conductas corruptas, sino a causa de una generalizada y gravísima depauperación moral[7].

Para ACTON, la política, en sentido amplio, debía ser igual a la ética en la vida pública («*politics = the ethics of public life*») La corrupción es el efecto seguro de ignorar y contrariar esta sencilla fórmula. Sin un firme sentido ético, no hay medidas legales que no sean sorteables ni instituciones que sean incorruptibles[8].

DIVISIÓN Y DIVERSIFICACIÓN DEL PODER, DERECHO Y *CORRUPCIÓN BÁSICA*

El poder nunca debe ser absoluto, sino, siempre, dividido, limitado y delimitado

ACTON acertó al adjudicar al poder *absoluto* la consecuencia inmediata e implacable de una corrupción absoluta. Y es que el poder nunca debe ser

absoluto, porque la omnipotencia de unos hombres sobre otros es inhumana, contraria a la dignidad de la persona. El poder ha de tener límites de extensión y de ejercicio.

Salvo eremitas absolutos —algo que es hoy casi impensable—, los seres humanos necesitamos gobierno y, por tanto, necesitamos que haya otras personas con poder. Así lo dice y matiza nuestro autor: «Las autoridades, los poderes, divididos y diversificados, son el fundamento necesario de un buen gobierno. Y esa limitación es esencial para la autoridad, para el poder, que solo es legítimo cuando la limitación es efectiva. La libertad [AOS: víctima olvidada pero principalísima de la corrupción] es inherente a la división del poder, como el absolutismo lo es a su concentración». (*Divided, or rather multiplied, authorities are the foundation of good government*». «*Limitation is essential to authority. A government is legitimate only if it is effectively limited*». «*Liberty consists in the division of power. Absolutism, in concentration of power*»).

El poder tiene que ser controlado y compensado con mecanismos de responsabilidad

No debería ser necesario, pero lo es y mucho, incluir en este recordatorio de elementalidades la idea de que todo el que ejerce algún poder tiene que rendir cuentas. *Poder* y *responsabilidad* deben ser un binomio inseparable. La responsabilidad es el más básico de los necesarios controles del poder, de cualquier poder. Configurar poderes —en una pequeña sociedad mercantil, en una comunidad de propietarios o en una gran multinacional— sin mecanismos de responsabilidad es, como mínimo, una seria negligencia o una colosal estulticia. Muy frecuentemente, es maliciosa voluntad para gozar del poder sin tasa ni freno.

La «corrupción básica», como la inmunodepresión o inmunosupresión

Cuando el poder es amplio e intenso —como lo ha sido y aún lo es, en cierta medida, el del Estado—, la inexistencia o la insuficiencia de los mecanismos de responsabilidad, de control, ya implica una silente pero tremenda *corrupción básica*, que permite anunciar numerosos y llamativos *casos de corrupción*.

No solo hay corrupción en los casos de cohecho, prevaricación, malversación, tráfico de influencias, etc. Hay una muy grave corrupción, la más grave, cuando se logra establecer y se logra disponer de un poder no claramente delimitado, sin responsabilidad, sin control. Ese es un sustrato básico de corrupción. Una corrupción básica, sobre la que los latrocinios crecen velozmente y en gran número, como champiñones bien cultivados.

La *corrupción básica* es para el organismo social lo que la inmunodepresión o inmunosupresión sería para cualquiera de nosotros. Lo que sucede con tal corrupción es semejante a lo que cabe augurar ante un organismo inmunodeprimido o inmunosuprimido: cualquier bacteria o virus le causa estragos, si no es directamente letal. Con una corrupción de base, el inmoral, el amoral y el de conciencia moral deficiente o desfalleciente encuentran el ambiente más propicio imaginable para protagonizar graves casos de corrupción.

La avidez por el poder

Quienes se dedican a tareas que implican ejercer poder de alguna clase afirman invariablemente que buscan *servir* a la sociedad (o a los consumidores o a los usuarios, etc.), que su poder es limitado y que están dispuestos a afrontar el deber de responder, la *responsabilidad*: política, jurídica, social.

Si es el propósito de servir lo que de verdad prevalece, no hay apego al oficio público y no se espera de él que sea personalmente *rentable*; hay conformidad plena con las limitaciones de ámbito y de forma que al poder imponen las leyes y no se pierde el sentido de la responsabilidad.

Mas, por desgracia, es habitual lo contrario: que se entre y se siga en la política por avidez de poder, con ansia por el beneficio que este puede reportar a quien lo ejerce. Y los políticos (o dirigentes de otra naturaleza), no solo odian los límites legales del poder y aborrecen hasta la idea de la responsabilidad, sino que nunca están satisfechos y siempre quieren más poder. Sin matices, lo expresaba ACTON así: «*todo el mundo quiere conseguir un poder tan grande como se lo permitan las circunstancias y nadie votará en favor de una auto-restricción*» («*Everybody likes to get as much power as circumstances allow, and nobody will vote for a self-denying ordinance*»).

Esta avidez por el poder, que en sí misma ya es inmoral e implica corrupción personal, puede no deberse, al menos inicialmente, a la codicia o a la avaricia, sino al orgullo y al egoísmo, al deseo de honor, de éxito y de reconocimiento social del éxito.

«*No hay un hábito mental más peligroso o inmoral que el de santificar el éxito*».

El culto al éxito siempre ha sido un error individual y una plaga social, pero en las últimas décadas se ha revelado especialmente corrosivo, capaz de convertir en arenas movedizas y pestilentes el suelo sobre el que se debería asentarse una sociedad libre y un Estado decente. ACTON lo vio con claridad y lo expresó con las más rotundas palabras: «*There is not a more perilous or immoral habit of mind than the sanctifying of success*»: «*no hay*

un hábito mental más peligroso o inmoral que el de santificar el éxito». Está claro que a ACTON no le gustaban ciertas «canonizaciones». Ya vimos su horror a la «santificación» de los cargos[9]. Se entiende que ACTON clame «*put conscience above both system and success*»: «pongan la conciencia por encima tanto del sistema como del éxito».

EL ESTADO, LA SOCIEDAD CIVIL Y LA IRREALIDAD DEL ESTADO DE DERECHO

La razonable limitación de tiempo exige que no me entretenga en el concepto de Estado —en suma, un artefacto destinado al servicio de una sociedad humana y de sus miembros— y ni siquiera en el denominado «Estado moderno», (me refiero siempre al mundo occidental u occidentalizado). Es sustancialmente acertado que, como dice ACTON, «*las Leyes* de PLATÓN y *la Política*, de ARISTÓTELES, son, si puedo confiar en mi propia experiencia, los libros de los que más podemos aprender sobre los principios de la política» («*the Laws of [Plato], the Politics of [Aristotle], are, if I may trust my own experience the books from which we may learn the most about the principles of politics*».) Aunque el «Estado moderno» no existía en los tiempos de PLATÓN y de ARISTÓTELES, sus lecciones valen en cuanto referidas al poder y a su uso y en cuanto núcleos sobre los que se han formado depósitos de sabiduría, a los que hemos podido acudir desde hace siglos y podemos acudir hoy.

Centrémonos en la relativamente reciente noción de «Estado de Derecho». Es un Estado que no se coloca por encima del Derecho, sino por debajo. Un Estado en el que los poderes están divididos, diversificados y limitados. La división, diversificación y limitación de los poderes se logra por la sumisión de todos ellos a la ley y al Derecho.

Government by idea: un Estado ideológicamente no neutral, que inevitablemente será absoluto[10].

Pero esto no es aún suficiente para la libertad: debe tratarse, además, de un Estado al servicio del libre desarrollo de la personalidad de todos y de cada uno de sus ciudadanos. Y eso significa que el Estado sea ideológicamente neutral, en el sentido de no concentrarse ni definirse por una sola idea. ACTON lo señala con clarividencia y expresividad: «*Government by idea tends to take in everything, to make the whole of society obedient to the idea. Spaces not so governed are unconquered, beyond the border, unconverted, a future danger*». «El Gobierno conforme a una idea [AOS: un gobierno ideológico] tiende a englobar en ella todo y a hacer al conjunto de la sociedad obediente a esa idea. Los espacios no gobernados así son espacios aún

sin conquistar, más allá de la frontera, espacios no sometidos, un peligro futuro». «Donde quiera que un solo objeto definido es tomado como suprema finalidad del Estado, trátese de la ventaja de una clase, de la seguridad del poder del país, de la máxima felicidad del mayor número de personas o del apoyo a una idea especulativa, el Estado, con el tiempo, se convierte inevitablemente en absoluto». («*Whenever a single definite object is made the supreme end of the State, be it the advantage of a class, the safety of the power of the country, the greatest happiness of the greatest number, or the support of any speculative idea, the State becomes for the time inevitably absolute*»).

Se trata, pues, advierte ACTON, de que el Estado no pretenda suplantar ni conquistar a la *sociedad civil*, un concepto clave del pensamiento de ACTON[11], para quien «el objeto de la sociedad civil es la justicia, no la verdad ni la virtud ni la riqueza, el conocimiento o la gloria del poder». «La justicia —remata Acton—, que es seguida por la igualdad y la libertad» (*The object of civil society is justice, not truth, virtue, wealth, knowledge, glory or power. Justice is followed by equality and liberty*»).

Libertad, buen gobierno y Derecho: la libertad como finalidad de la política

Con un Estado al servicio de la sociedad civil y bajo el imperio del Derecho, de las leyes, se habría logrado la libertad, porque, siempre según ACTON, «la libertad es la armonía entre la voluntad y la ley» («*liberty is the harmony between the will and the law*»).

«Libertad y buen gobierno no se excluyen recíprocamente y hay excelentes razones por las que deben marchar juntos» («*Liberty and good government do not exclude each other, and there are excellent reasons why they should go together*.) Bien entendido, según ACTON, que «la libertad no es un medio para un fin político más alto. Ella misma es el fin político más alto» («*liberty is not a means to a higher political end. It is itself the highest political end.*) Y, añade, «la libertad no se necesita en favor de una buena administración pública, sino para la seguridad de la consecución de los más altos objetos de la sociedad civil y de la vida privada» («*It is not for the sake of a good public administration that it is required, but for security in the pursuit of the highest objects of civil society, and of private life*»).

El Estado de Derecho ya no es real. Causas

ACTON dice: «*The state can never do what it likes in its own sphere. It is bound by all kinds of law*». («El Estado nunca puede hacer lo que le

plazca en su propio ámbito. Está vinculado por toda clase de leyes») La limitación y diversificación del poder, que lo legitima, se logra mediante las leyes, mediante el Derecho. El denominado *Estado de Derecho* ha de reconocerse como una excelente conquista histórica en la limitación y control del poder más fuerte, que era (o eso se suponía) el del Estado. Pero ahora el Estado de Derecho ya no es real. Varias son las causas de tal irrealidad.

Es muy conocida la perversión del Estado de Derecho en lo que, certera y expresivamente, se denominó y se denomina «Estado de partidos»[12]. El «Estado de partidos» hace que estos controlen dos de los tres clásicos poderes, el ejecutivo (Gobierno y Administración) y el legislativo (el Parlamento) y constantemente presionen y traten de condicionar a los titulares del Poder Judicial, ese poder tan singular, la Jurisdicción, que el mismo MONTESQUIEU considera «*en quelque façon nulle*»[13], porque no forma cuerpo, sino que se difumina al hallarse completamente personalizada en el juez o jueces que la ejercen[14].

Pero otra causa de la desaparición de un verdadero Estado de Derecho consiste en que una corrupción constantemente retroalimentada ha erosionado, hasta la completa desfiguración, los mismos conceptos (y, por supuesto, las realidades) de *Derecho* y de *ley*. *Derecho* ha pasado a ser la legislación de cualquier calidad y contenido, sin un mínimo de estabilidad. Y por *ley* ha venido a entenderse y aceptarse cualquier norma positiva, sin necesidad de que sea una ordenación racional que pretende seriamente el bien común. No es solo que las leyes se hayan concebido por innumerables políticos, de uno u otro signo, como logros positivos (presuntos) que exhibir y de los que jactarse ante la ciudadanía, como si se tratase, p. ej., de infraestructuras de claro beneficio general, sin que les importe la calidad, en fondo y forma, de la norma positiva[15]. Se trata también del cada vez más frecuente recurso del legislador (?) a la vaguedad y a la imprecisión, que abren las puertas a la arbitrariedad y a la injusticia material. Se trata de la desaparición del Derecho como elemento legitimador del poder, como constructor de mecanismos de efectiva responsabilidad y como suprema garantía de la libertad.

Ocurre que la libertad no se entiende, no se ama y, por tanto, no se desea en verdad respetarla ni promoverla. Ocurre, en suma, que el Estado no se subordina a la libertad y a la justicia de la sociedad civil, sino que, con los instrumentos del Derecho y la ley desvirtuados y falsificados, busca dominar y moldear a la sociedad y a sus miembros. Impera lo que, como hemos visto, ACTON llama *government by idea* y el poder del Estado busca ser un *poder de totalidad*, *sobre la totalidad*, sin espacio para la sociedad civil libre ni para personas libres. Se enseñorea de todos nosotros el uso (abuso) del poder para una *ingeniería social* de amplia extensión y gran intensidad, que pretende incluso disciplinar el pensamiento mismo, el conocimiento

humano del pasado, el conocimiento histórico y que literalmente legisla sobre la memoria.

No es que la libertad, la de la sociedad civil y la de cada uno, pase a un segundo plano. Es que cae, ha caído, en el olvido. Como Acton ya había señalado, «en todos los tiempos han sido raros los amigos sinceros de la libertad» («*at all times sincere friends of freedom have been rare*»).

A todo lo anterior hay que añadir un elemento de suma importancia: la existencia e influencia de poderes extra y ultraestatales, a menudo sin rostro claro, sin apenas limitación y sin ni siquiera mecanismos nominales de control. Este es un tema tan importante como extenso, que ahora debía mencionar, pero solo eso, porque su tratamiento desborda mi capacidad actual y, por supuesto, los límites de esta exposición.

BIBLIOGRAFÍA Y REFERENCIAS

ACTON, *Ensayos sobre la libertad y el poder*, Unión Editorial, Madrid, 1999, 406 págs.

ROLAND HILL, *Lord Acton,* New Haven, Yale University Press, 2000, abrev. Hill.

FEARS, J. Rufus (ed.), *Selected Writings of Lord Acton*, Indianapolis, Liberty Classics, 1985. (SWLA)

http://www.lewrockwell.com/orig6/flood2.html

http://oll.libertyfund.org/index.php?Itemid=260&id=1148&option=com_content&task=view

https://acton.org/research/about-acton-research

NOTAS

[1] Puedo afirmar con fundamento que ambos autores son, si no anti-sistema, sí, desde luego intelectuales *anti-establishment.* Como, por otra parte, también lo fue CHESTERTON.

[2] De hecho, ha habido, hay y habrá personas con poder que no han generado corrupción ni se han corrompido ellas mismas.

[3] Por si acaso se quiere leer completa la frase original, es esta: «*I cannot accept your canon that we are to judge Pope and King unlike other men, with a favorable presumption that they did not wrong. If there is any presumption it is the other way against holders of power, increasing as the power increases. Historic responsibility has to make up for the want of legal responsibility. Power tends to corrupt and absolute power corrupts absolutely. Great men are almost always bad men, even when they exercise influence and not authority: still more when you superadd the tendency or the certainty of corruption by authority. There is no worse heresy than that the office sanctifies the holder of it*». A más de uno, eso de que «los grandes hombres son casi siempre malas personas» puede sonarle a salida de tono, muy exagerada. No me parece que ACTON fuese aficionado a las *boutades* y, en cambio, era un concienzudo historiador. No faltan en las bibliotecas libros, algunos conocidísimos, que apoyarían esa afirmación de ACTON. Yo me inclino decididamente a considerarla veraz y acertada, aunque, sin duda, muy poco *correcta*.

[4] Descarto tratar ahora la obvia responsabilidad de quienes disponían y disponen del poder y deber (o facultad) de reaccionar con instrumentos jurídicos (administrativos y judiciales) contra cualquier clase de corrupción y no utilizan esos instrumentos. No dejo a un lado aquí tan clara y grave responsabilidad porque la considere menor, sino porque se ampliaría enormemente el objeto de este ensayo y saldríamos claramente del ámbito de la responsabilidad moral, que es el que ahora me interesa.

[5] Es muy frecuente que, ante la exposición de una realidad con rasgos negativos, al exponente se le digan literalmente estas palabras. «No, si tienes toda la razón, pero…» Llevo años haciendo notar que si en verdad se tiene *toda la razón*, no es coherente ningún «pero». Otra cosa es que se pueda e incluso se deba, cuando se tiene razón, procurar no exponerla de forma innecesariamente hiriente.

[6] En esa larga carta se lee esta muy conocida frase: «*Caso de verme obligado a hablar de religión en un brindis de sobremesa —desde luego, no parece cosa muy probable— beberé "¡Por el Papa!" con mucho gusto. Pero primero "¡Por la conciencia!", después "¡Por el Papa!"*».

Es una frase atrevida, que no pocos considerarían entonces —y a buen seguro bastantes consideran todavía ahora— escasamente respetuosa con quien, para un católico, es nada menos que el Vicario de Cristo en la tierra. Pero no era en absoluto irrespetuosa y sí perfectamente exacta y católicamente ortodoxa. Tan es así que el *Catecismo de la Iglesia Católica* (p. 1778), aprobado por JUAN PABLO II el 15 de agosto de 1997, cita literalmente a NEWMAN [«La conciencia es el primero de todos los vicarios de Cristo» (Juan Enrique NEWMAN, *Carta al duque de Norfolk,* 5)]. NEWMAN fue canonizado el 13 de octubre de 2019.

[7] Cuando muchos hablan, por ejemplo, de una España que ya no es católica, pienso que la corrupción en España es un indicador tanto o más expresivo de la autenticidad católica que la menor asistencia dominical a misa, la disminución de matrimonios canónicos, etc. Lo mismo vale para otras confesiones religiosas, que, todas, tienen trabajo por delante. Lo digo, no ya con respeto, sino con el máximo afecto hacia quienes (muchos amigos míos) no pertenecen a ninguna confesión, pero en los que la elevación moral está vitalmente presente porque están provistos de una conciencia alimentada por la captación y la asunción de fuertes exigencias morales inherentes a la dignidad de todo ser humano y perfectamente susceptibles de ser conocidas sin necesidad de la fe.

[8] Y tampoco hay actuaciones anticorrupción definitivas o de efecto prolongado. En su momento archivé este interesante testimonio sobre la *Tangentopoli* italiana: http://www.elconfidencial.com/mundo/2014-11-04/con-tangentopoli-solo-conseguimos-que-los-corruptos-se-volvieran-mas-habiles_434814/

[9] De combatir esta cultura del éxito me ocupé hace algunos años, el 31 de enero de 2010, en mi blog «Por derecho» en un post de mucho interés porque difundía unas expresivas palabras de Tomás Moro sobre la educación de sus hijas: PAPÁS: NO QUERÁIS HIJOS «TRIUNFADORES»: http://andresdelaoliva.blogspot.com.es/search/label/Tom%C3%A1s%20Moro)

[10] No defiendo aquí (ni pienso que lo defendiese Acton de ningún modo) que los políticos, los gobernantes, deben carecer de ideología. Personalmente, entiendo que es habitual y, desde luego legítimo, tener alguna ideología o idea. Lo que aquí se defiende es que el Gobierno no se rija por una ideología que pretenda imponer. Lo que se defiende es que los políticos que acceden al Gobierno entiendan que deben respetar la autonomía y la libertad de la sociedad civil en su conjunto y la libertad de todos y cada uno de sus miembros.

[11] En la actualidad también se habla constantemente de «sociedad civil», pero no se atribuye a esta expresión el contenido y sentido que le da Acton, sino que se utiliza el mucho más trivial, superficial y restringido de conjunto de entidades no públicas del tipo de fundaciones, asociaciones, ONGs, etc.

[12] La expresión se utiliza tempranamente, con claro significado, en el fundamento jurídico decimotercero, penúltimo párrafo *in fine*, de la STC Pleno 108/1986, de 29 de julio.

A finales del mismo año 1986, Manuel GARCÍA PELAYO, primer presidente del Tribunal Constitucional español, publicó *El Estado de Partidos*, Alianza Editorial, 220 págs.

[13] Charles DE SECONDAT DE MONTESQUIEU, *De l"esprit des lois*, Seconde Partie, Livre XI: *Des lois qui forment la liberté politique dans son rapport avec la constitution,* Chapitre VI, *De la constitution d'Angleterre.*

[14] Desde hace 50 años, sigo muy de cerca, en la Universidad y ya fuera de ella, lo que sucede en la Justicia. Y al menos desde hace 30 de esos años, lo más llamativo en España ha sido el casi constante intento de controlarla por el único poder (el de los partidos), procurando neutralizar la independencia de los jueces y magistrados.

[15] De este fenómeno me ocupé ya, hace mucho tiempo, en mi breve trabajo «Respetar la ley», publicado en la *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, núm. 1, 1974. Se trataba, dije, del respeto que, ante todo, debe el legislador al concepto mismo de ley.

(Trabajo recibido el 30-12-2019 y aceptado para su publicación el 31-1-2020)

Reserva de dominio y derechos del comprador

Reservation of title and buyer rights[*]

por

ANTONIO LEGERÉN-MOLINA
Profesor Contratado-Doctor de Derecho civil
Universidade da Coruña

RESUMEN: En la actualidad son numerosas las compraventas de bienes muebles a plazos en que se acude a la reserva de dominio como mecanismo de garantía. El examen de la normativa que alude a este pacto que las partes pueden introducir en la compraventa revela cierta asimetría: mientras que la situación del vendedor se regula de manera expresa en varias leyes reconociéndosele derechos específicos, no sucede algo similar respecto del comprador. A la vista de ello y de la inexistencia de una construcción acabada sobre la naturaleza del pacto de reserva de dominio, el presente artículo tiene por objeto estudiar de manera ordenada y a la luz de la jurisprudencia la situación del comprador de un bien con dicha reserva y las medidas a que puede acudir para proteger su posición jurídica, de manera particular en los supuestos en que se produce el embargo del bien adquirido o el concurso del vendedor.

ABSTRACT: Nowadays, there are numerous purchases of movable property in installments in which the retention of title is used as a security. The

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto I+D+I del MINECO, DER2016-77053-P (AEI/FEDER, UE), denominado «Reserva de dominio y transmisión de propiedad en garantía: eficacia nacional y transnacional» (ReDoG) (IIPP CARO GÁNDARA / RODRÍGUEZ-ROSADO).

study of the regulations which make references to this agreement the parties can introduce in the sale reveals an asymmetry: while the seller's situation is expressly regulated in several laws recognizing him specific rights, nothing similar happens regarding the buyer. Based on this and in the absence of a finished construction on the nature of the retention of the title, this paper aims to study in an orderly manner and in light of the jurisprudence the status of that buyer and the measures he can use to protect its legal position, in particular in the cases in which there is a seizure of the acquired property or the bankruptcy of the seller.

PALABRAS CLAVE: Reserva de dominio. Comprador. Tercería de dominio. Embargo. Concurso de acreedores.

KEY WORDS: Retention of the title. Buyer. Third-party proceedings. Seizure. Bankruptcy.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. LA ASIMETRÍA DE REGULACIÓN LEGAL ENTRE EL COMPRADOR Y EL VENDEDOR CON RESERVA DE DOMINIO.—II. LA REGULACIÓN LEGAL DE LA RESERVA DE DOMINIO: 1. La Ley de Venta a plazos de bienes muebles. 2. La Ley concursal. 3. La Ley de medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. 4. Conclusión.—III. LA NATURALEZA DE LA RESERVA DE DOMINIO: 1. Preliminar. 2. La reserva de dominio como prenda sin desplazamiento. La teoría garantista. 3. La reserva de dominio como condición resolutoria. 4. La reserva de dominio como condición suspensiva. La teoría clásica.—IV. LOS DERECHOS DEL COMPRADOR CON RESERVA DE DOMINIO DESDE UNA PERSPECTIVA JURISPRUDENCIAL: 1. Introducción. 2. La posesión de que goza el comprador. 3. El derecho de adquirir la cosa. 4. La situación jurídica del comprador que cumple. En concreto, la posibilidad de entablar una «tercería de dominio». 5. La necesaria inscripción del pacto de reserva de dominio en el Registro.—V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN. LA ASIMETRÍA DE REGULACIÓN LEGAL ENTRE EL COMPRADOR Y EL VENDEDOR CON RESERVA DE DOMINIO

Como es sabido, en un contrato de compraventa, vendedor y comprador pueden incluir, entre otros, el conocido como «pacto de reserva de

dominio»[1]. Por medio de él, mayoritariamente se admite que las partes convienen en que, a pesar de que exista un título y un modo hábil para transmitir la propiedad, tal efecto no se producirá hasta el completo pago del precio[2]. Aunque se volverá sobre esta cuestión, basta ahora retener que, por virtud del referido acuerdo, la adquisición por el comprador del dominio sobre el bien objeto del contrato se *pospone* hasta el momento señalado[3]. El indicado «retraso» *compensa* en cierta medida la situación en que se halla el vendedor quien, a pesar de haber transferido el objeto del negocio —y, por tanto, privándose de la posibilidad de utilizarlo—, aun no ha recibido el precio total convenido. La «reserva del dominio» sobre la cosa desarrolla entonces una función de garantía de cobro para el vendedor: hasta dicho momento continúa siendo propietario[4].

Cuando el calendario de pago y la posición jurídica de ambas partes no sufre alteración alguna (p. ej., un embargo, un concurso de acreedores, etc.) todo transcurre con relativa normalidad. La realización del, en su caso, último pago consumará el contrato y producirá el efecto transmisivo del dominio querido por aquellas[5].

Los problemas surgen cuando durante la vida del contrato se producen alteraciones en la situación jurídica de cualquiera de los contratantes. En dicho contexto, la lectura de la normativa que alude a los pactos de reserva de dominio muestra con claridad cierta asimetría: la situación del vendedor se regula de manera expresa en varias leyes reconociéndosele derechos específicos —lo que hasta cierto punto es lógico pues tal cláusula se estableció en su favor—, sin que suceda algo similar respecto del comprador. En efecto, mientras que, por ejemplo, legalmente se reconoce la facultad del vendedor de agredir el bien o adjudicárselo para pago de la deuda (cfr. art. 16 de la Ley 28/1998, de 14 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles), poco o nada se indica de manera explícita en relación al comprador a fin de defender los derechos que, en su caso, le correspondan. De todas formas, la jurisprudencia ha ido *dulcificando* la referida asimetría a la vez que ha ido reconociendo determinadas vías para proteger la situación jurídica del comprador sobre la base de argumentos diversos que serán objeto de análisis en las páginas que siguen.

El presente trabajo tiene por objeto estudiar, de manera ordenada y a la luz de la jurisprudencia, la situación del comprador con reserva de dominio bajo el amparo de la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles, así como las medidas existentes para proteger su posición jurídica; de manera particular en los supuestos en que se produce un embargo del bien o el concurso del vendedor. A tal fin, y con la perspectiva indicada, se comenzará con un breve examen de la normativa legal que mostrará de manera más pormenorizada lo que se ha anticipado: la inexistencia de una regulación sistemática de la situación jurídica del comprador de un bien con reserva de dominio (apartado II). Tras ello, se efectuará una breve reseña de las

diversas tesis que se han elaborado sobre la naturaleza de la figura objeto de estudio, ya que, según se verá, constituyen una herramienta fundamental para *rellenar* el referido *vacío legal*, pues posibilitan deducir las medidas de protección del comprador (apartado III). Finalmente, la atención se centrará en los pronunciamientos jurisprudenciales que han ido reconociendo a aquel específicas medidas de protección, colmando así los huecos derivados de la insuficiente construcción legal (apartado IV).

II. LA REGULACIÓN LEGAL DE LA RESERVA DE DOMINIO

1. La Ley de Venta a plazos de bienes muebles

Dejando de lado la regulación foral existente en Navarra (Leyes 483 a 485 de la Compilación del Derecho civil Foral de Navarra), en el ámbito estatal la reserva de dominio aparece mencionada fundamentalmente en tres leyes que a continuación se analizan: la ya señalada Ley 28/1998, de 14 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles, la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, y la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales[6]. En el Derecho estatal también existe una referencia incidental a la reserva de dominio en la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista[7].

Por lo que atañe a la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles, se alude a la figura que se examina en el artículo 7, cuando se recogen algunos de los pactos que las partes pueden establecer en los negocios que entran bajo la órbita de la mencionada Ley. En el número 10 de dicho precepto se señala como potencial cláusula del contrato de compraventa tanto la reserva de dominio en sí misma —«*la cláusula de reserva de dominio, si así se pactara*»— como «*el derecho de cesión de la misma o cualquier otra garantía de las previstas y reguladas en el ordenamiento jurídico*»[8]. Según se advierte, la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles equipara la cláusula de reserva de dominio a una garantía, sin que explicite si se trata solo de una figura que cumple tal función o goza también de carácter típico.

Cuando el comprador-deudor incumpla la obligación de pagar por plazos el importe total de la venta, la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles permite al vendedor-acreedor en su artículo 16 que, si la reserva de dominio está inscrita en el Registro habilitado a tal efecto y el contrato se ha formalizado en el modelo oficial que prevé, se dirija «*directa y exclusivamente contra los bienes adquiridos a plazos*» de acuerdo con el procedimiento que expone[9]. Igualmente, dicho precepto recoge la posibilidad de aquel de optar por la «*adjudicación de los bienes para pago de la deuda sin necesidad de acudir a la pública subasta*». En ninguno de los dos casos apuntados la opción ejercida

impide «*la reclamación entre las partes de las cantidades que correspondan*» (art. 16.2.e y f LVPBM).

Si el bien objeto de la venta con reserva de dominio se encontrase en poder de un tercero distinto del comprador, el vendedor podrá requerir al que lo posee para que «*pague el importe reclamado o desampare el bien*» (art. 16.3 LVPBM)[10]. De proceder al pago, el poseedor «*se subrogará en el lugar del acreedor satisfecho contra el comprador*». Si desampara el bien, con tal acción se entienden incluidas las diligencias del trámite ejecutorio y se entregará al «poseedor» el «*remanente que pudiera resultar después de pagado el actor*». Si, en cambio, el «poseedor» se opusiese al pago o al desamparo, se procederá a la venta en pública subasta[11].

Lo expuesto confirma que la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles, además de recoger al menos la función de garantía que realiza la reserva de dominio, reconoce, cuando se cumplen los requisitos señalados, diversos derechos única y exclusivamente en relación con el vendedor; entre otros: un poder de agresión del bien ante el incumplimiento del deudor, la posibilidad de su adjudicación para pago de la deuda o la viabilidad de reclamar al tercero que posea el bien objeto de la reserva. Nada se apunta, en cambio, de manera específica respecto del comprador: la LVPBM no da respuesta expresa a la situación del comprador ante, por ejemplo, el embargo del bien por deudas del acreedor[12].

2. La Ley Concursal

La Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, alude a la figura que se comenta cuando reconoce que el crédito derivado de una compraventa con reserva de dominio goza de un privilegio especial. En concreto, el artículo 90.1.4 de la Ley Concursal dispone que «*son créditos con privilegio especial*», entre otros, «*los créditos por contratos (…) de compraventa con precio aplazado de bienes muebles o inmuebles, a favor de los (…) vendedores (…) sobre los bienes (…) vendidos con reserva de dominio, con prohibición de disponer o con condición resolutoria en caso de falta de pago*»[13].

También desde la perspectiva del vendedor, el artículo 201.1 de la Ley Concursal señala que sus derechos en relación a los bienes vendidos con reserva de dominio al concursado se regirán por la ley del Estado donde se encuentren tales objetos en el momento de la declaración del concurso[14].

Junto con las menciones apuntadas referidas a la situación jurídica del vendedor, la Ley Concursal alude de manera expresa a la del comprador en el artículo 201.2 cuando prescribe que «*la declaración de concurso del vendedor de un bien con reserva de dominio que ya haya sido entregado y que al momento de la declaración se encuentre en el territorio de otro Estado no constituye, por sí sola, causa de resolución ni de rescisión de la venta y no impedirá al com-*

prador la adquisición de su propiedad»[15]. Aserto que cabría entender como un reconocimiento implícito de que el comprador no es un mero *detentador* pues su posición jurídica no queda impedida por la declaración de concurso. Antes al contrario, su posesión —orientada a la adquisición de la propiedad— goza de cierta protección: «*la adquisición de su propiedad*» sigue su curso[16].

3. La Ley de medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales

La tercera normativa que ahora se examina respondió, como es conocido, a la necesidad de incorporar la Directiva 2000/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de junio de 2000 al Derecho interno —hoy reemplazada por la Directiva 2011/7/UE—[17]. Además de ello, y en lo que en este momento importa, una de las peculiaridades de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, es que en su Exposición de Motivos realiza una descripción de la reserva de dominio. En concreto, se señala que «a estas medidas se añade la posibilidad de pactar cláusulas de reserva de dominio a los efectos de que el vendedor conserve la propiedad de los bienes hasta el pago total de la deuda»[18]. Por tanto, describe la operatividad de la reserva de dominio, que luego vuelve a mencionar en el artículo 10. En este precepto se dispone que «*en las relaciones internas entre vendedor y comprador, aquel conservará la propiedad de los bienes vendidos hasta el pago total del precio, siempre que se haya convenido expresamente una cláusula de reserva de dominio entre comprador y vendedor antes de la entrega de los bienes*»[19]. Así pues, la norma transcrita describe, de manera coherente con lo señalado en la Exposición de Motivos, el contenido de la reserva de dominio y uno de sus efectos principales.

De modo similar a las leyes anteriormente citadas, la que ahora se analiza solamente alude de manera expresa a la posición jurídica del vendedor. En efecto, junto con lo ya transcrito, el mismo artículo 10 indica en su párrafo segundo que «*sin perjuicio de la aplicación del artículo 1112 del Código civil, el vendedor podrá subrogar en su derecho a la persona que, mediante la realización de anticipos, financiación o asunción de la obligación, realiza la contraprestación por cuenta del deudor o permite a este último adquirir derecho sobre el objeto de la reserva de dominio o utilizarlo cuando dicha contraprestación se destina, efectivamente, a ese fin*». Algo parecido ocurre en el párrafo tercero del mismo precepto cuando menciona que «*entre las medidas de conservación de su derecho, el vendedor o el tercero que haya financiado la operación podrá retener la documentación acreditativa de la titularidad de los bienes sobre los que se haya pactado la reserva de dominio*». Nada, por tanto, indica respecto de la posición jurídica del comprador.

4. Conclusión

Recapitulando lo señalado en los epígrafes anteriores, cabe destacar dos cuestiones. La primera: las pocas menciones expresas a la reserva de dominio existentes en la regulación legal tienen en cuenta únicamente, de manera casi unánime, la perspectiva del vendedor. A excepción del caso mencionado en la Ley Concursal (art. 201 LC), mayoritariamente se regulan los derechos y medidas de conservación de los vendedores de bienes con reserva de dominio. Situación que hasta cierto punto resulta coherente con la finalidad protectora a que responde la figura que se examina.

La segunda conclusión que cabe señalar ahora es que de las leyes mencionadas no se deduce una concepción unitaria y acabada sobre la reserva de dominio ni sobre su naturaleza; lo que, en parte, puede justificarse porque se trata de regulaciones sectoriales. En efecto, la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles equipara más bien la figura que se examina a una garantía real y reconoce al vendedor ciertos derechos sobre el objeto de aquella. La Ley Concursal no señala de manera positiva cual sea la naturaleza de la reserva de dominio, aun cuando parece deducirse que actúa como condición suspensiva, excluyendo —eso sí— que se configure como condición resolutoria. Y, finalmente, la Ley 3/2004 sobre lucha contra la morosidad concibe la reserva de dominio como condición suspensiva de la transmisión de la propiedad.

Así las cosas, en lo que en este trabajo interesa —la situación jurídica del comprador—, de lo expuesto únicamente se deduce que la declaración de concurso del vendedor no impide la adquisición de la propiedad del bien, lo que tendrá lugar tras el pago total del precio. Siendo ello así, y antes de examinar los pronunciamientos de la jurisprudencia sobre los derechos del comprador con reserva de dominio, parece oportuno analizar, siquiera sea brevemente, las distintas tesis doctrinales elaboradas sobre la figura que se estudia ante la inexistencia de una construcción legal acabada sobre qué sea y cómo actúa. Ello permitirá arrojar algo más de luz sobre los derechos del comprador, pues se habrán de derivar de manera lógica y coherente con las tesis que tratan de explicar la naturaleza de la reserva de dominio.

III. LA NATURALEZA DE LA RESERVA DE DOMINIO

1. Preliminar

Tres han sido las tesis que tradicionalmente han tratado de dar una explicación de la operativa de la reserva de dominio: concebirla como una prenda sin desplazamiento, entender que opera como una condición resolutoria, o asimilarla en su funcionamiento a una condición suspensiva de la transmisión

del dominio. Aun cuando hasta la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles el debate sobre esta cuestión era muy vivo, entiendo que tras la promulgación de dicha norma, así como de la Ley Concursal y de la Ley 3/2004 de lucha contra la morosidad, la mencionada controversia, ya sea a nivel doctrinal, ya jurisprudencial, ha perdido buena parte de su viveza e intensidad. Y es que, según se verá, actualmente parece más claro que legislativamente se concibe que la reserva a que se alude actúa como una condición suspensiva del dominio, aun cuando tal tesis no se formule de manera acabada y perfectamente coherente en las disposiciones legales[20]. De todas maneras, parece oportuno hacer una breve reseña de las tesis enunciadas —su examen detenido no es la finalidad que se pretende en este trabajo— pues servirá para tener una idea cabal de las consecuencias que producen en la posición jurídica del comprador del bien los sucesos que eventualmente pueden tener lugar durante la vida del contrato —p. ej. un concurso del vendedor—[21].

2. La reserva de dominio como prenda sin desplazamiento. La teoría garantista

Sin duda la figura más representativa en defensa de esta tesis es BERCOVITZ, quien toma apoyo en las similitudes existentes entre la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de 1954, la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles de 1965 y la subsiguiente creación del pertinente Registro a efectos de la publicidad de la reserva de dominio[22]. Esta formulación se basa en el reconocimiento de que lo esencial en la figura que se comenta es la finalidad de garantía de cobro del precio y, además, que se configura como un derecho real limitado similar a otros que realizan la misma función. De acuerdo con esta tesis, el comprador se convierte en propietario de la cosa desde el momento de la perfección del contrato y la entrega del bien, pudiendo utilizar en virtud de tal cualidad todos los medios de protección y defensa que le correspondan. El vendedor sería titular de un derecho real de garantía en cosa ajena, conservando el comprador la posesión del bien. Al reconocerle a ambas partes una titularidad real se protegen de modo equilibrado tanto los derechos del vendedor como los del comprador sin conceder primacía a ninguno de ellos, además de que, según el autor citado, se ofrece una mejor respuesta a la situación posesoria que se crea, a la atribución de riesgos que tiene lugar y que respondería al referido traspaso dominical y, en fin, al respeto de la titularidad provisional existente[23].

En contra de esta construcción y entre otras críticas que ha recibido se ha señalado que, aun cuando la reserva de dominio tenga una *función de garantía* (cfr. art. 7.10 LVPBM), ello no resulta suficiente para considerarla

como un *derecho real de garantía* autónomo y separado; máxime cuando no hay manifestación legal expresa en tal sentido. Además, cuando las partes suscriben una compraventa con reserva de dominio no están pactando una prenda, sino, en efecto, una figura —la reserva de dominio— a modo de garantía; esto es, para realizar tal función. Y es que, a lo que parece, han de distinguirse las *instituciones de garantía* —la prenda, la hipoteca— de la mera *función de garantía* que se puede conseguir por vías variadas sin que todo lo que sirve a esta haya de ser reconocida como institución. Una cosa es la función y otra la tipicidad[24].

Así pues, aunque la tesis que se examina presenta, en lo que ahora interesa, una ventaja clara —permite reconocer una acción de tercería de dominio al comprador que cumple ante el embargo del bien por los acreedores del vendedor— tiene también, entre otras, tres dificultades. La primera: en nuestro ordenamiento jurídico no constituye una obligación esencial del vendedor la transmisión de la propiedad[25]. Si en el caso que ahora se estudia la transmisión de la propiedad tuviera lugar con la perfección del contrato y entrega del bien, el comprador podría disponer de él o este podría ser embargado por terceros, resintiéndose entonces la función de garantía que la reserva de dominio concede al vendedor. La salida del bien del patrimonio del comprador dificulta entonces una eventual ejecución por el vendedor[26]. Segunda: en caso de embargo del bien, el vendedor únicamente podrá interponer una tercería de mejor derecho respecto de los plazos vencidos pero no respecto de los que no tengan tal cualidad (cfr. STS de 27 de diciembre de 1974 *[RJ* 1974, 4943]) sin que resulte aplicable aquí el vencimiento del plazo de acuerdo con el artículo 1129.3 del Código civil. Y tercera: a diferencia de la tercería de dominio que impide la ejecución, la de mejor derecho no produce tal efecto.

Sea ello como fuere, la tesis a que ahora se alude tenía, a mi juicio, más sentido con anterioridad a la normativa de consumidores y a la actual Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles, pues, entre otras cosas, valía para evitar una sobreprotección del comprador. Actualmente tiene menor consistencia pues, aun cuando en la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles haya elementos que parecen encajar mejor con la teoría garantista, los artículos 5.3 y 7.10 distinguen claramente la reserva de dominio de la prenda sin desplazamiento, excluyendo esta de la ley y admitiendo aquella[27]. Asimismo, el artículo 10 de la Ley 3/2004 o el artículo 201 de la Ley Concursal parecen descartar también la presente tesis.

3. La reserva de dominio como condición resolutoria

Por medio de esta segunda tesis también se defiende que la propiedad del bien vendido se transmite en el mismo momento de la perfección del con-

trato y entrega de la cosa, pero el impago del precio aplazado se configura como la condición que, de verificarse, pone fin a tal dominio y produce una retransmisión al vendedor[28]. Según defienden los partidarios de esta tesis, como con la condición resolutoria se realiza de manera adecuada la función de garantía de pago —finalidad principal de la reserva de dominio— carece de sentido entonces suspender la transmisión de la propiedad, tal y como postula la tesis clásica. En consecuencia, el comprador sería propietario y gozaría de los medios de protección de tal derecho —*ad ex.* tercería de dominio, acción de separación y acción reivindicatoria—. De todos modos y aunque concebir la reserva de dominio como condición resolutoria no daría lugar a ninguna duda respecto del traspaso de los riesgos al comprador, dejaría desprotegido al vendedor frente a un embargo del bien por los acreedores de aquel, pues solo podría «ejecutar» la reserva recuperando la propiedad cuando concurra el incumplimiento de la obligación de pago, que es el evento a que se somete la condición resolutoria. En efecto, a pesar de pretender una redistribución de los medios de protección entre ambas partes, esta tesis no ofrece una solución adecuada para los supuestos en que el vendedor necesita ejercitar los remedios oportunos antes o en circunstancias distintas de las del incumplimiento —p. ej. una tercería de dominio ante un embargo de un tercero—[29].

Como ha quedado señalado con anterioridad, el propio artículo 90 de la Ley Concursal distingue la reserva de dominio de la condición resolutoria. Tal hecho, aun cuando legalmente no exista una construcción unitaria y definitiva de la reserva, parece un apoyo suficiente para negar la existencia de una condición resolutoria en la figura que se examina. Junto con ello, otro obstáculo para admitir esta tesis reside en que lo condicionado en la compraventa con pacto de reserva de dominio no es el contrato mismo, sino únicamente la transmisión de la propiedad: las partes no estarían pactando la subordinación de la perfección de todo el contrato de manera resolutoria al cumplimiento de la condición[30].

4. La reserva de dominio como condición suspensiva. La teoría clásica

De acuerdo con esta última tesis —actualmente mayoritaria—, uno de los efectos esenciales del pacto de reserva de dominio incluido por las partes en la compraventa es la no transmisión de aquel hasta el abono total del precio[31]. El pacto actuaría a modo de condición suspensiva de la transmisión de la propiedad hasta entonces, realizando así una función de garantía pues, además de contar el vendedor con los remedios propios ante el incumplimiento, se vería amparado frente a la actuación del comprador y, de estar inscrita, también frente a terceros (cfr. art. 15 LVPBM). Por

esta vía se compensa la pérdida posesoria del vendedor, no equilibrada en el momento de la perfección del contrato al no recibir el pago completo. Según se advierte, se trataría de una condición que afecta al cumplimiento del contrato y no a su perfección; lo condicionado es parte de la ejecución y no el contrato mismo[32].

La tesis que ahora se comenta resulta compatible con la regla general de acuerdo con la que, aun habiendo compraventa y una *traditio*, la transmisión de la propiedad no se produce en tanto no se abone el precio[33]. Una vez realizado el pago completo, se produce *ipso iure* la transmisión del dominio —evidentemente, si se tenía— y se considera propietario al comprador desde el momento de la perfección del contrato y la entrega de la cosa (arg. *ex* art. 1120 CC). Del indicado modo de operar de la reserva de dominio se deriva tanto la imposibilidad del comprador de disponer del bien —hasta el pago completo no es propietario—, como la de los acreedores de hacerse con aquel mediante embargo —como tal, no forma parte del patrimonio del comprador— o por medio de su inclusión en la masa concursal de este[34].

Esta tercera teoría es la actualmente defendida por la doctrina y jurisprudencia mayoritarias, tal y como veremos en el siguiente apartado[35]. De todos modos, y aunque en apoyo de esta «tesis clásica» quepa aludir al artículo 201 de la Ley Concursal o a la ya señalada Exposición de Motivos de la Ley 3/2004, que apunta que el vendedor conserva la propiedad hasta el pago total del precio —aspecto corroborado por el artículo 10 de la misma Ley—, también suscita algunas dificultades para su perfecto encaje en la legislación, debido, en buena parte, a la inexistencia de una construcción unitaria y sistemática de la naturaleza de la reserva de dominio[36]. A título de ejemplo, cabría señalar que algunas de las facultades que la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles reconoce al acreedor-vendedor (cfr. arts. 16.2 y 16.5 LVPBM) encajan mejor con las que caracterizan a los derechos reales de garantía, o que de reconocerse el carácter suspensivo de la condición se estaría permitiendo un embargo en cosa propia[37]. Aunque algunas de estas dificultades no sean definitivas y en la propia Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles también existan argumentos a favor de la tesis clásica, resulta evidente que el encaje no es perfectamente acabado[38]. Con todo, parece la que mejor se adapta a los textos legales y a la interpretación que, de acuerdo con la manera de desarrollarse el contrato, se ha venido ofreciendo últimamente. En efecto, siendo su principal debilidad la desprotección que caracteriza al comprador —con una interpretación estricta, nada adquiere hasta el pago—, tal y como se verá en las páginas que siguen se han ido admitiendo algunas medidas para proteger su situación jurídica. Así pues, el efecto fundamental del pacto de reserva de dominio consistiría en suspender la transmisión de la propiedad hasta el completo pago —el vendedor hace una *reserva de dominio* hasta entonces—, aun cuando, además de la función de garantía y, en

el ámbito de la realización del valor, tal figura vaya más allá de la prenda e hipoteca al permitir hacer efectivo un derecho mediante una ejecución singular o una tercería de dominio (arg. *ex* art. 16 LVPBM). Lo que, a mi parecer, no supone vulneración o fraude a la prohibición del pacto comisorio[39].

Así las cosas, la inexistencia de una visión completa y coherente de la naturaleza de la reserva de dominio en los textos legales y las explicaciones ofrecidas por las diversas tesis doctrinales han de complementarse necesariamente con las soluciones aportadas por la jurisprudencia[40]. De esta manera, y en lo que al objeto de este trabajo atañe, podremos averiguar a la luz de las diversas resoluciones judiciales cuáles son los medios de protección del comprador de un bien con reserva de dominio. A esta tarea se dedican los siguientes epígrafes[41].

IV. LOS DERECHOS DEL COMPRADOR CON RESERVA DE DOMINIO DESDE UNA PERSPECTIVA JURISPRUDENCIAL

1. Introducción

De manera acorde con el reconocimiento de que la reserva de dominio opera al modo de una condición suspensiva, la jurisprudencia de forma mayoritaria ha venido señalando que, por virtud del referido pacto, no se transfiere la propiedad hasta el completo pago del precio[42]. La transmisión dominical, sujeta a la indicada condición, tiene lugar *ipso iure* cuando aquella se cumple[43].

Del hecho de que el comprador no se convierta en propietario hasta el abono total del precio parecen seguirse las siguientes conclusiones. Primera: como la propiedad la retiene el vendedor hasta entonces, el comprador no podría interponer una tercería de dominio pues no tiene «dominio» alguno que defender frente a terceros (cfr. STS de 11 de julio de 1983 [*RJ* 1983, 4208])[44]. Segunda: al no operarse una transmisión de la propiedad hasta el momento señalado no se podría incluir el bien objeto de la reserva en el inventario del comprador en un eventual concurso de acreedores (cfr. STS de 13 de mayo de 1982 [*RJ* 1982, 3166]). Tercera: tampoco habría posibilidad de extinguir derechos por confusión al carecer el comprador del dominio hasta el pago total (cfr. STS de 17 de julio de 2007 [*RJ* 2007, 4961]). Y cuarta, y a modo de ejemplo: el comprador de un inmueble con reserva de dominio, por la razón apuntada no podría concurrir a una escritura de constitución o modificación de la propiedad horizontal (cfr. STS de 30 de marzo de 1999 [*RJ* 1999, 2421] y de 11 de diciembre de 2009 [*RJ* 2009, 853]).

De todos modos, la tesis conforme a la que no se transmite la propiedad hasta el abono completo del precio ha sido matizada por la jurisprudencia

en el sentido de que ello no implica admitir que, hasta entonces, el comprador carezca de una posición jurídica que pueda ser defendida ni que su situación sea la de un simple detentador, de manera especial el que cumple con regularidad[45]. Este último elemento —el cumplimiento de la obligación de pago en los periodos pactados por las partes— junto con el hecho de que la reserva de dominio esté inscrita en el Registro de Bienes Muebles constituyen dos aspectos relevantes para determinar la situación jurídica del comprador y su protección; elementos que se abordarán seguidamente, tras el análisis de la posesión de que goza el comprador o su derecho de adquirir la cosa objeto del contrato en caso de concurso del vendedor.

2. La posesión de que goza el comprador

Una primera cuestión que cabe examinar es la relativa a la posesión del comprador pues configura su estatuto jurídico y, lógicamente, los medios de protección de que dispone. En relación con ella no existe una opinión unánime sobre si hasta el momento de consumación del contrato —o su resolución— la posesión de que goza el comprador es en concepto de dueño —tendría derecho de poseer y a poseer—, en concepto de «dueño condicional», si es una posesión inmediata y la del vendedor mediata, o, finalmente, si se trata de una posesión *sui generis*[46].

De entrada, no parece que pueda conceptuarse al comprador como un *mero detentador*. Tras la entrega de la cosa, la posesión de que goza se encuentra plenamente justificada pues se fundamenta en el título de compraventa y en el traspaso posesorio subsiguiente (cfr. art. 438 CC): recibe la posesión de hecho y un derecho a seguir poseyendo mientras dure la situación de «*pendente conditione*»; esto es, hasta el abono completo del precio. Elementos que ya fueron reconocidos por la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1915 *(JC,* CXXXIV, núm. 119) cuando señaló que hasta el completo pago del precio al comprador se le transmite el uso y disfrute de la cosa vendida. En atención a que el traspaso posesorio está justificado por un título no parece encajar la concepción del comprador como mero detentador o poseedor precario[47].

Ello expuesto, una peculiaridad de la posesión del comprador en una compraventa con reserva de dominio es que, por su propia configuración, se orienta al uso y disfrute de la cosa con vistas a la definitiva adquisición de la propiedad cuando se efectúe totalmente el pago, careciendo hasta entonces del derecho a disponer de ella. En atención a lo señalado, es preciso apuntar dos cuestiones. La primera: por la función desempeñada, la posesión del comprador absorbe facultades propias del dominio, de manera que la propiedad del vendedor se ve «vaciada» de algunas de ellas —confi-

gurándose en consecuencia como un dominio «limitado» o «reducido» (arg. *ex* arts. 15 y 16 LVPBM)—, pero conservando las necesarias para mantener la reserva de dominio pactada por aquellos. Y la segunda: que aunque en un sentido *material* la posesión pudiera asemejarse a una «a título de dueño» —antes que tener que devolverse la cosa cuando se consume el contrato se consolidará entonces la situación del comprador—, jurídicamente no es tal y, por ello y por virtud del pacto de reserva de dominio establecido por las partes, el comprador no puede usucapir la propiedad (cfr. art. 447 CC)[48].

Así las cosas, a mi juicio, la mencionada *modalización* de la propiedad en función de la garantía de pago y de la expectativa de la futura adquisición del dominio por el comprador, justifica que la posesión de este haya de calificarse como *sui generis*[49]: la posesión del comprador no es a título de dueño, aspira a la propiedad —a ser dueño, lo que ocurrirá tras el completo pago del precio— y está justificada por un título. Su situación se diferencia de la del arrendatario y del comodatario pues estos no aspiran a la propiedad, de la del precarista que carece de título, o de la de un depositario quien tiene un régimen jurídico diverso al del comprador[50].

De lo señalado en los párrafos anteriores cabe deducir dos consecuencias que seguidamente se mencionan de manera separada.

En primer lugar, si, según se ha expuesto, la posesión del comprador se fundamenta y justifica en el contrato de compraventa (cfr. STS de 24 de julio de 2012 *[RJ* 2012, 9334]) gozará de los medios necesarios para defenderla, ya sea frente al vendedor, ya frente a terceros. En efecto, ejercitada una eventual acción reivindicatoria por el acreedor-vendedor —salvo que ello sea consecuencia del ejercicio de la acción de resolución ante un incumplimiento—, el comprador saldrá vencedor debido a la plena justificación de su posesión (cfr. STS de 24 de julio de 2012 *[RJ* 2012, 9334]). Tal y como señala la referida sentencia «resulta claro que la posesión del comprador está plenamente justificada mientras no se produzca la resolución y, en consecuencia, siendo el comprador un poseedor de derecho no cabe contra él la acción reivindicatoria, pues uno de los requisitos de la misma es que el poseedor —demandado— no tenga título posesorio válido». Igualmente, la situación posesoria del comprador le habilita para el ejercicio de los «interdictos» en caso de despojo o perturbación de la posesión (cfr. arts. 441 y 446 CC y 250 LEC)[51].

Asimismo, al igual que la posesión del comprador está *modalizada* por el objetivo final de adquirir la propiedad, la situación dominical del vendedor también se encuentra *afectada* por dicha finalidad. En lo que ahora interesa, de ello se deriva que el vendedor conserva la obligación de mantener al comprador en el uso pacífico de la cosa, sin que perciba sus frutos (cfr. art. 451 CC *a contrario*) y que, a pesar de que sea el titular formal de la propiedad hasta el completo pago, existe una reserva de disponibilidad del

bien derivada de la peculiaridad del dominio de que goza —tal y como ha reconocido la jurisprudencia en variadas ocasiones—[52]. Lógica consecuencia de ello es que el comprador puede ejercitar las acciones procedentes para impugnar la que, en su caso, tenga lugar (cfr. STS de 14 de octubre de 2003 *[RJ* 2003, 6498]; *vid.* también la Ley 483 de la Compilación del Derecho civil Foral de Navarra). En efecto, podrá defender la posesión frente a una doble venta realizada por el vendedor, tanto si la reserva de dominio estuviese inscrita —tal inscripción impediría al tercero ser de buena fe (arg. *ex* arts. 15 LVPBM, 28 ORVPBM y 464 CC)— como si no lo está. En este último caso, su defensa tendría apoyo en el artículo 1473 del Código civil —no parece sencillo que el vendedor que no tiene la cosa pueda transmitir una posesión amparada por el artículo 85 del Código de Comercio—.

En segundo lugar, y por lo que hace a los riesgos de la cosa, entiendo que el traspaso material del bien por el vendedor también produce el de los riesgos que eventualmente puedan tener lugar (arg. *ex* art. 333 CC). En efecto, tras la perfección del contrato y efectiva puesta a disposición de la cosa en poder del comprador, *periculum est emptoris*; lo que parece lógico pues el comprador puede usarla, gozar de ella, así como protegerla de cualquier peligro mejor que el vendedor (cfr. art. 1452 CC)[53].

Lo expuesto hasta ahora permite concluir que la posesión del comprador está plenamente justificada por virtud del contrato realizado y gozará de ella hasta su consumación —si cumple con su obligación de pago— o hasta que se ejercite la reserva y/o una acción de resolución. De ocurrir esto último será preciso liquidar el estado posesorio, habiendo de abonarse los gastos al comprador y debiendo devolver este los frutos desde la terminación de cualquiera de tales acciones hasta la efectiva devolución de la cosa (cfr. arts. 451 y sigs., 1120 y 1468 CC)[54].

Admitido pues el derecho a poseer del comprador que cumple —por tanto, de usar y disfrutar de la cosa con vistas a la adquisición de su dominio, así como de defenderla incluso frente al vendedor—, hemos de preguntarnos por lo que ocurre con sus expectativas cuando aquel entra en concurso de acreedores y, de manera concreta, si el comprador conserva algún derecho a adquirir la cosa. Tras ello, se estudiará si el comprador puede ejercitar una tercería de dominio que paralice un eventual embargo.

3. El derecho de adquirir la cosa

Por lo que se refiere a la cuestión que se analiza, de entrada cabe afirmar de manera general que el procedimiento concursal carece de capacidad para modificar las relaciones jurídicas sustantivas existentes entre el concursado y sus acreedores. En atención a ello, a mi juicio, no ha de haber obstácu-

lo alguno para reconocer al comprador a plazos el derecho a continuar realizando los pagos establecidos a fin de adquirir definitivamente el bien. Cierto es que en caso de concurso de acreedores esto supondrá *imponer* a los administradores del concurso la obligación de recibir los pagos. Pero cierto es también que la consolidación de la propiedad por dicha vía es lo que *ab initio* convinieron las partes —y específicamente pretendió el comprador— al suscribir una compraventa con reserva de dominio; relación jurídica sustantiva que sigue desplegando sus efectos. Entonces, los pagos que vaya realizando el comprador a plazos serán los que se incluyan en la masa patrimonial objeto del concurso —no el bien en sí mismo—, que se corresponde además con lo que el vendedor *pretendía ir incorporando* a su patrimonio cuando suscribió la compraventa con pacto de reserva de dominio.

El razonamiento anterior está recogido legislativamente por la Ley Concursal, aunque respecto de los casos en que el bien objeto de la reserva se encuentre en el territorio de otro Estado. Así, como dispone el artículo 201.2 de la Ley Concursal, «*la declaración de concurso del vendedor de un bien con reserva de dominio que ya haya sido entregado y que al momento de la declaración se encuentre en el territorio de otro Estado no constituye, por sí sola, causa de resolución ni de rescisión de la venta y no impedirá al comprador la adquisición de su propiedad*». Si la declaración de concurso no impide al comprador «*la adquisición de su propiedad*» —esto es, continuar con los pagos a fin de adquirir el dominio cuando se produzca el abono total del precio— en los casos en que el bien se encuentra en otro Estado, cuánto más si continúa en el mismo. Por tanto, ha de admitirse la posibilidad de que el comprador adquiera el dominio por medio de la realización de los pagos pendientes[55]. De lo contrario, la consolidación de la propiedad por el comprador vendría condicionada no solo por el pago regular —como parece lógico— sino también por la inexistencia de un concurso de acreedores del vendedor o de una disposición del bien por parte de este; cuestiones que no están en el ámbito de disponibilidad de aquel[56]. Un criterio similar se recoge en la Compilación del Derecho civil Foral de Navarra[57]. Junto con lo expuesto, la titularidad formal del vendedor *modalizada* por la especial posesión del comprador y sus expectativas también permite colegir que no cabe incluir en la masa patrimonial del concursado la cosa en su totalidad. En tales casos, el comprador, que sigue teniendo el derecho a poseer podrá ejercitar un derecho de separación *ex artículo* 80 de la Ley Concursal para corregir lo que, en su caso, se haya incluido indebidamente en la masa concursal —de estar inscrita la reserva, en teoría, no debiera producirse tal error—: únicamente debe figurar lo correspondiente al vendedor y no la totalidad del bien[58]; cuestión que en breve se entenderá mejor cuando sea analizada en relación con el embargo y con la posibilidad del comprador de ejercitar una tercería de dominio[59].

4. La situación jurídica del comprador que cumple. En concreto, la posibilidad de entablar una «tercería de dominio»

Según se ha apuntado, un elemento que ha mostrado su relevancia en la delimitación de la situación jurídica del comprador con reserva de dominio es si cumple puntualmente sus obligaciones de pago aplazado o si no procede de tal forma. En efecto, mientras que el primero estaría realizando lo que está de su parte para la consumación del negocio de modo acorde con la finalidad pretendida, el segundo —al margen de la «culpabilidad» en tal actuación— no estaría actuando de la misma manera[60]. En parte con base en ello, en el ámbito jurisprudencial se ha reconocido en varias ocasiones que constituiría un «expolio» dejar sin remedio jurídico alguno al comprador que cumple con su obligación (*vid.,* por todas, la STS de 16 de marzo de 2007 *[RJ* 2007, 1857]), aludiendo también a que una aplicación estricta de la tesis de la condición suspensiva impediría de manera absoluta, en lo que ahora interesa, el ejercicio de una tercería de dominio. Veamos por qué.

De entrada, es preciso apuntar que la tercería de dominio es una acción que, aunque con analogías con la reivindicatoria, es distinta de ella[61]. En efecto, además de que la tercería de dominio no se ejerce frente al poseedor no propietario y la puede ejercitar el propietario que posee, ahora interesa destacar que su objeto es alzar una traba realizada y no tanto discutir la propiedad o devolver la cosa a su verdadero titular[62]. Por ello, para poder ejercitar la tercería basta con una prueba del dominio —aun cuando la determinación de quien sea el verdadero titular no se ventile en dicho procedimiento— e incluso la posesión de un derecho que, por disposición legal expresa, pueda enervar el embargo (cfr. art. 595 LEC)[63]. En cualquier caso «*con la demanda de tercería de dominio deberá aportarse un principio de prueba por escrito del fundamento de la pretensión del tercerista*» (art. 595.3 LEC)[64].

Siendo ello así, ¿es posible reconocer al comprador legitimación para plantear una tercería de dominio con posibilidades de éxito?¿en virtud de qué? Si la transmisión del dominio se retrasa hasta el abono completo del precio, de entrada no cabría legitimarle al comprador con reserva de dominio para plantear la acción a que se alude pues, no existiendo una «*disposición legal expresa*» (art. 595 LEC) que así lo reconozca, carece del dominio hasta entonces[65]. Tal conclusión sería, según se advierte, el resultado de efectuar una interpretación estricta del carácter suspensivo de la transmisión de la propiedad en la reserva. Con todo, a mi parecer, dicho enfoque no resulta adecuado por cuanto no se acomoda perfectamente a la situación jurídica de las partes. En efecto, la situación del comprador que realiza el primer pago de muchos no es equiparable a cuando procede al pago del último. Sí en lo que afecta a la *titularidad formal*, pero no en la realidad *material* o *sustantiva*[66]. Por ello, una interpretación sin matices sobre la operatividad y

consecuencias de la condición suspensiva no responde de manera adecuada a la realidad del comprador y vendedor. Siendo ello así, a fin de explicar de un modo más ajustado tal situación, es preciso tener en cuenta dos elementos: la doble situación jurídico-real y las expectativas protegibles.

Páginas atrás quedó señalado que la titularidad del dominio del vendedor está *modalizada* por la posesión con vistas a la consolidación de la propiedad de que goza el comprador. Y también se apuntó que una consecuencia de ello es la no disponibilidad del bien por entero por parte del vendedor al estar su propiedad *afectada* por el fin de la reserva de dominio; aserto reconocido también por la jurisprudencia, señalando que, mientras está pendiente la condición, el vendedor no tiene la plena disponibilidad sobre la globalidad de la cosa. Y es que, de admitirse que el vendedor pudiese disponer libremente de ella, podría dejar injustamente al comprador en una situación de indefensión en relación a la posesión y disfrute del bien, a pesar de que esté cumpliendo regularmente los plazos de pago. Algo parecido sucede respecto del comprador: una consecuencia del «retraso» en la transferencia dominical es que él tampoco puede disponer libremente del objeto que posee. Ninguno, por tanto, tiene plena y libre disponibilidad de la cosa en su totalidad. Pero, siendo ello así, es preciso indicar que el hecho de que, por las razones mencionadas, el bien en sí mismo no esté en el ámbito de disponibilidad de ninguno no impide reconocer su disponibilidad sobre «los derechos que tengan sobre él»[67]. En ningún caso será un derecho sobre todo el bien pues ninguno tiene la propiedad plena sobre él —el vendedor tiene una titularidad formal *modalizada* y el comprador aún no ha adquirido el dominio—, pero sí sobre los derechos que cada uno tenga en la cosa. En consecuencia, la reserva de dominio conlleva una reserva bilateral de disposición dominical[68].

Una consecuencia de lo expuesto es que cualquier embargo habrá de limitarse a los derechos que cada parte tenga en el bien —el crédito que el vendedor tenga frente al comprador, su titularidad formal o la expectativa del comprador— sin que, a consecuencia de ello, pueda recaer sobre el objeto en su totalidad, al no estar en el ámbito de disponibilidad de ninguna de las partes[69]. Lo anterior no porque se excepcione la relatividad de los contratos sino porque es lo único que existe en el patrimonio de aquellos, no pudiéndose entonces disponer globalmente de la cosa ni voluntaria ni forzosamente[70]. En coherencia con ello, y según se apuntó en el epígrafe anterior, no cabe incluir el bien en sí mismo en el patrimonio del vendedor a efectos de un concurso de acreedores, al igual que tampoco se incluyen otros que quizá esté poseyendo pero no sean de su titularidad (cfr. art. 80 LC). Sí es posible en cambio que tanto el vendedor como el comprador vendan la titularidad que tienen: *formal* el primero e *in fieri* —o *ius ad rem*, o derecho eventual a adquirir el dominio, o derecho real, según las diversas

opiniones— el segundo; disposición que no afectará, en consecuencia, a la reserva de dominio existente. Pero en ningún caso podrán vender el bien mismo[71]. Siendo ello así, resulta llamativo que el artículo 4 de la Ordenanza del Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles sancione con la nulidad de pleno derecho «*cualquier acto de enajenación o gravamen*» del comprador. Ello que resulta lógico respecto de la totalidad de la cosa —de la que no es titular— no lo es, en cambio, en relación a su titularidad *in fieri*[72].

Así las cosas, y aunque no se defienda que a cada pago que se realice jurídicamente se «incremente» la propiedad del comprador y se «disminuya» la del vendedor, sí parece claro que el cumplimiento reiterado y adecuado de las obligaciones por el comprador —que todavía no es propietario del bien— ha de generar una situación protegible[73]. Con apoyo en lo establecido por el artículo 1121 del Código civil, hasta tanto se cumpla la condición —en este caso suspensiva de la transferencia de titularidad— cabe ejercitar las acciones que resulten procedentes para conservar los derechos que se tengan, así como desplegar la actividad necesaria a fin de evitar la imposibilidad de cumplimiento de aquella[74]. De admitirse que una de las obligaciones que convencionalmente asume el vendedor en la compraventa con reserva de dominio es la transferencia de la propiedad, el texto del precepto citado resulta perfectamente aplicable pues alude fundamentalmente al acreedor respecto de su «crédito». De entenderse que no cabe conceptuar al comprador como acreedor de la propiedad en relación al vendedor, también existen varios argumentos que, a mi juicio, permiten la aplicación de este precepto a la situación de aquel[75]. Primero: el vendedor, aunque se defienda que no tiene la obligación de transmitir la propiedad, sí tiene la de garantizar el goce pacífico de la cosa hasta —en el caso que se comenta— la consumación del contrato (cfr. art. 1474 CC); lo que, en consecuencia, permitiría la aplicación del ya señalado artículo 1121 del Código civil[76]. Segundo: al tratarse de un negocio bilateral, las dos partes son acreedoras y deudoras y, por analogía, parecería lógico admitir la defensa y «*conservación de su derecho*» a que alude el artículo 1121 del Código civil; en lo que ahora incumbe, de la expectativa de la adquisición del dominio por parte del comprador. Tercero: razones de justicia material abonan la misma solución; de lo contrario, la imposibilidad de ejercer acciones de defensa y conservación del derecho del comprador le dejarían desprotegido pues, por ejemplo, de existir el concurso del vendedor, perdería la cosa y posiblemente el precio, al ser el vendedor el que entró en tal situación jurídica a causa de una insuficiencia patrimonial[77]. Cuarto: de no admitirse la aplicación del artículo 1121 del Código civil y, en consecuencia, la defensa del comprador de su derecho, la adquisición del dominio por él quedaría sometida a una doble condición —el pago del precio y la inexistencia de embargo del vendedor— cuando tal no parece ser lo acordado por las

partes en el negocio[78]. Y quinto: el *ius possidendi* del comprador —con las facultades que absorbe de la titularidad dominical— debe ser respetado de manera que el embargo podrá ser sobre el crédito que el vendedor tenga sobre el comprador pero no sobre toda la cosa[79].

El razonamiento expuesto es el que, a mi parecer, sirve de fundamento para que el comprador que esté cumpliendo sus obligaciones de pago pueda entablar una tercería de dominio para alzar un embargo trabado sobre todo el bien a pesar de no ser titular de «dominio» alguno[80]. Cierto es que el bien no es de su propiedad hasta la consumación del contrato; pero cierto es también que puede ejercitar acciones para defender los derechos que tenga sobre él, que, como señalamos, es una posesión con la expectativa de la adquisición del pleno dominio[81]. Sobre el bien, según se apuntó, existe una reserva bilateral de disponibilidad, y en consecuencia, podrían embargarse los derechos que sobre él tengan ambas partes —no han perdido tal disponibilidad—, pudiéndose enervar el que recaiga sobre el bien en su totalidad al alcanzar más derechos que los que cada uno es titular[82]. De lo anterior se concluye que es la peculiar posesión del comprador del bien con reserva de dominio y la expectativa ínsita —protegible— la que le legitima para ejercitar una tercería de dominio a pesar de carecer del dominio y de que lo apuntado no se contenga en una disposición legal expresa (cfr. art. 595.3 LEC). Y es que no parece existir otro mecanismo que permita al comprador que ha venido realizando todo lo que está en su ámbito de disponibilidad —el pago regular de los plazos y la conservación de la cosa— para proteger sus expectativas y levantar la traba sobre el bien, respecto del que, recordemos, ni el vendedor ni el comprador tienen la plena disponibilidad[83].

En el ámbito jurisprudencial, el Tribunal Supremo ha ido admitiendo la posibilidad que se menciona y ha fundamentado tal decisión en razones de equidad (cfr. art. 3.2 CC), en los principios generales y normas de la contratación —«*pacta sunt servanda*» o la imposibilidad de dejar el cumplimiento del contrato al arbitrio de una parte (cfr. art. 1256 CC)—, así como en el ya referido artículo 1121 del Código civil[84]. Así las cosas y a la vista de lo hasta ahora señalado, no estaría de más una modificación legal de la reserva de dominio para dotarla de un estatuto acabado y coherente, donde se admita la tercería de dominio del comprador con los requisitos expuestos y donde quizá también se modifique el propio término de «reserva de dominio» aludiendo mejor a la «reserva bilateral de disponibilidad del bien».

Sea ello como fuere, resulta oportuno aludir al segundo elemento que antes se ha mencionado que, junto con el de que esté cumpliendo puntualmente su obligación, ordinariamente suele concurrir para que pueda tener lugar el levantamiento del embargo señalado: la inscripción en el Registro.

5. La necesaria inscripción del pacto de reserva de dominio en el Registro

El segundo elemento relevante al que se ha aludido es la inscripción de la reserva de dominio en el Registro de Bienes Muebles[85]. Tal inscripción, que no cambia la cualidad del comprador, resulta necesaria de acuerdo con la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles para que los derechos que las partes tienen sobre el bien resulten «*oponibles frente a terceros*» (cfr. art. 15 LVPBM y 28.2 ORVPBM)[86]. Asimismo, el artículo 15 de la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles presume que los derechos inscritos «*existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo*», de modo que, en lo que ahora concierne, permiten frenar o alzar un embargo sobre la totalidad de la cosa interpuesto por un tercero, sea este un particular, sea persona jurídica privada o pública —Hacienda, Tesorería de la Seguridad Social, etc.—[87]. Y, de acuerdo con el artículo 15.3 de la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles, «*en caso de embargo preventivo o ejecución forzosa respecto de bienes muebles se sobreseerá todo procedimiento de apremio respecto de dichos bienes o sus productos o rentas tan pronto como conste en autos, por certificación del registrador, que sobre los bienes en cuestión constan inscritos derechos en favor de persona distinta de aquella contra la cual se decretó el embargo o se sigue el procedimiento*».

Expuesto lo anterior, cabe preguntarse si puede el comprador ejercer la tercería de dominio con posibilidades de éxito en caso de no estar inscrita la compraventa. En este contexto, ha habido algunas sentencias que han admitido tal posibilidad[88]. Asimismo hay una línea doctrinal que, sobre el carácter no constitutivo de la inscripción en el Registro y sobre la inteligencia del término «*tercero*» también suscribe tal posibilidad. A efectos de la protección del Registro, «*tercero*» sería únicamente un tercer adquirente de buena fe. No sería tal un acreedor. Y es que este únicamente tiene derecho a lo que exista en el patrimonio del, en este caso, vendedor, que según se ha dicho y respecto de la cosa objeto de la reserva de dominio, se circunscribe a la titularidad *formal*. Si ello es así, cualquier embargo sobre la totalidad del bien excede entonces de lo que es titular el vendedor y, en consecuencia, sobre ello no puede tener derecho el acreedor[89]. De acuerdo con lo señalado, cabría reconocer entonces legitimación al, en este caso, comprador para el ejercicio de una tercería a fin de levantar el embargo sobre la totalidad —y, paralelamente, para el ejercicio del derecho de separación en el ámbito concursal[90]— a pesar de no estar inscrita la compraventa. No gozaría en cambio el comprador de la protección registral ante una enajenación de buena fe: de existir la inscripción le ampararía frente a una eventual doble venta por parte del vendedor pues la publicidad de aquel impide el desconocimiento de la situación jurídica del bien por parte del tercero (cfr. art. 464 CC)[91]. En caso de no inscripción de la compraventa con reserva de

dominio, únicamente será la mera posesión del comprador la que le proteja en caso de enajenación por el vendedor a un tercero que desconociese la situación jurídica del bien (arg. *ex* art. 1473 CC). Con todo, al señalar el artículo 1473 del Código civil que «*la propiedad se transferirá a la persona que primero haya tomado posesión de ella con buena fe, si fuere mueble*» se dificulta que, estando el comprador en su posesión, se pueda transferir a un tercero y que, de ocurrir, la posesión de este esté amparada por la norma. Ahora bien, dejando de lado este supuesto de enajenación, conviene recordar que son las menos las resoluciones que han admitido la tercería de dominio en caso de no inscripción de la compraventa en el Registro[92].

Finalmente, un apunte más: respecto de la inscripción, para que tengan lugar los efectos mencionados es preciso que esté vigente en el Registro de Bienes Muebles al tiempo del embargo[93].

V. CONCLUSIONES

De lo expuesto en páginas precedentes, y en lo que atañe a los derechos del comprador de un bien con reserva de dominio, cabe deducir, entre otras, las cuatro conclusiones siguientes. Primera: el comprador tiene una posesión *sui generis* que puede defender frente al vendedor, dentro y fuera del concurso. Segunda: la posesión *modalizada* y orientada a la adquisición del dominio de que goza el comprador impide la libre disponibilidad de toda la cosa por parte del vendedor, de manera que, en caso de concurso de este último, no puede incluirse el bien completo en su masa concursal. Tercera: en los casos en que el vendedor entre en concurso, el artículo 201 de la Ley Concursal reconoce al comprador el derecho de adquirir la cosa objeto de la reserva de dominio, continuando, por tanto, con los pagos aplazados. Y cuarta: hasta el abono total del precio existe una reserva bilateral de disponibilidad dominical del bien en su totalidad tanto para el comprador como para el vendedor —no de los derechos que cada uno tenga sobre la cosa— que permite enervar cualquier embargo que se realice sobre todo el bien. Por ello, a pesar de que no haya un reconocimiento legal explícito que legitime al comprador para interponer una tercería de dominio —*carece del dominio* y su posesión no está incluida entre los supuestos a que alude el artículo 595.1 LEC—, parece oportuno reconocerle tal legitimación, que la jurisprudencia ha venido sujetando a un doble requisito: que esté cumpliendo adecuadamente su obligación de pago y que la reserva de dominio esté inscrita en el Registro —elemento este último que suscita no pocos inconvenientes doctrinales—. Algunas razones que justifican la indicada legitimación —cuyo consagración legal resultaría deseable— son la equidad, la aplicación de un criterio de justicia, el propósito de blindar al comprador ante eventos derivados de causas

ajenas a su ámbito de disponibilidad y, de manera particular, el texto del artículo 1121 del Código civil. Precepto que habilita, «*pendente conditione*», para el ejercicio de las acciones de protección y defensa de los derechos, que, señaladamente y respecto del comprador con reserva de dominio, se concreta en la tercería de dominio. En consecuencia, en mi opinión resulta erróneo apoyarse de manera radical en la «tesis clásica» de que hasta el completo pago no se transfiere el dominio para negar al comprador legitimación para el ejercicio de la mencionada tercería. Además de no responder a la situación jurídico-real existente, tal interpretación supone dejar a aquel desprotegido, cuando está cumpliendo su parte en la relación negocial.

ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

Sentencias del Tribunal Supremo

- STS de 16 de febrero de 1894 (*JC* 1910, tomo I, núm. 53)
- STS de 6 de marzo de 1906 (*JC* CIII, núm. 85)
- STS de 1 de diciembre de 1909 (*JC* CXVI, núm. 76)
- STS de 13 de diciembre de 1911 (*JC* CL, núm. 162)
- STS de 30 de noviembre de 1915 (*JC* CXXXIV, núm. 119)
- STS de 14 de enero de 1929 (*JC* 1930, tomo I, núm. 36)
- STS de 6 de febrero de 1929 (*JC* 1930, tomo I, núm. 104)
- STS de 11 de marzo de 1929 (*JC* 1931, tomo II, núm. 59)
- STS de 20 de marzo de 1930 (*RJ* 1930, 781)
- STS de 15 de marzo de 1934 (*RJ* 1934, 462)
- STS de 10 de junio de 1958 (*RJ* 1958, 2142)
- STS de 23 de enero de 1970 (*RJ* 1970, 500)
- STS de 27 de diciembre de 1974 (*RJ* 1974, 4943)
- STS de 26 de enero de 1976 (*RJ* 1976, 51)
- STS de 10 de abril de 1981 (*RJ* 1981, 1532)
- STS de 4 de junio de 1981 (*RJ* 1981, 2495)
- STS de 13 de mayo de 1982 (*RJ* 1982, 3166)
- STS de 19 de octubre de 1982 (*RJ* 1982, 5563)
- STS de 30 de marzo de 1983 (*RJ* 1983, 1653)
- STS de 20 de junio de 1983 (*RJ* 1983, 3635)
- STS de 11 de julio de 1983 (*RJ* 1983, 4208)
- STS de 18 de noviembre de 1983 (*RJ* 1983, 6487)
- STS de 21 de febrero de 1985 (*RJ* 1985, 563)
- STS de 28 de febrero de 1986 (*RJ* 1986, 939)
- STS de 8 de mayo de 1986 (*RJ* 1986, 2348)
- STS de 28 de junio de 1986 (*RJ* 1986, 8130)

- STS de 3 de julio de 1987 (*RJ* 1987, 5047)
- STS de 1 de diciembre de 1987 (*RJ* 1987, 9172)
- STS de 15 de julio de 1988 (*RJ* 1988, 5716)
- STS de 7 de noviembre de 1988 (*RJ* 1988, 8421)
- STS de 19 de mayo de 1989 (*RJ* 1989, 3778)
- STS de 10 de mayo de 1990 (*RJ* 1990, 3699)
- STS de 28 de mayo de 1990 (*RJ* 1990, 4092)
- STS de 18 de diciembre de 1990 (*RJ* 1990, 10283)
- STS de 11 de marzo de 1991 (*RJ* 1991, 2210)
- STS de 10 de junio de 1991 (*RJ* 1991, 4438)
- STS de 10 de diciembre de 1991 (*RJ* 1991, 8926)
- STS de 21 de enero de 1992 (*RJ* 1992, 1517)
- STS de 22 de junio de 1992 (*RJ* 1992, 5459)
- STS de 12 de marzo de 1993 (*RJ* 1993, 1794)
- STS de 3 de junio de 1993 (*RJ* 1993, 4385)
- STS de 16 de julio de 1993 (*RJ* 1993, 6450)
- STS de 4 de octubre de 1993 (*RJ* 1993, 7456)
- STS de 6 de octubre de 1993 (*RJ* 1993, 7307)
- STS de 2 de febrero de 1994 (*RJ* 1994, 861)
- STS de 2 de julio de 1994 (*RJ* 1994, 6423)
- STS de 23 de febrero de 1995 (*RJ* 1995, 1701)
- STS de 26 de mayo de 1995 (*RJ* 1995, 4129)
- STS de 7 de octubre de 1995 (*RJ* 1995, 7025)
- STS de 3 de julio de 1996 (*RJ* 1996, 5555)
- STS de 12 de julio de 1996 (*RJ* 1996, 5886)
- STS de 10 de febrero de 1998 (*RJ* 1998, 970)
- STS de 30 de julio de 1998 (*RJ* 1998, 6607)
- STS de 2 de diciembre de 1998 (*RJ* 1998, 9612)
- STS de 30 de marzo de 1999 (*RJ* 1999, 2421)
- STS de 29 de mayo de 1999 (*RJ* 1999, 4383)
- STS de 19 de julio de 1999 (*RJ* 1999, 5959)
- STS de 16 de octubre de 1999 (*RJ* 1999, 8158)
- STS de 28 de diciembre de 1999 (*RJ* 1999, 9618)
- STS de 17 de febrero de 2000 (*RJ* 2000, 1338)
- STS de 20 de junio de 2000 (*RJ* 2000, 5294)
- STS de 21 de diciembre de 2000 (*RJ* 2000, 10401)
- STS de 31 de octubre de 2001 (*RJ* 2001, 9638)
- STS de 2 de noviembre de 2001 (*RJ* 2001, 228)
- STS de 8 de febrero de 2002 (*RJ* 2002, 2238)
- STS de 14 de febrero de 2002 (*RJ* 2002, 1448)
- STS de 4 de abril de 2002 (*RJ* 2002, 3114)
- STS de 7 de octubre de 2002 (*RJ* 2002, 9265)

- STS de 23 de diciembre de 2002 (*RJ* 2002, 1037)
- STS de 30 de diciembre de 2002 (*RJ* 2003, 331)
- STS de 21 de marzo de 2003 (*RJ* 2003, 2761)
- STS de 30 de septiembre de 2003 (*RJ* 2003, 7007)
- STS de 14 de octubre de 2003 (*RJ* 2003, 6498)
- STS de 18 de noviembre de 2003 (*RJ* 2003, 8331)
- STS de 30 de diciembre de 2003 (*RJ* 2003, 9000)
- STS de 23 de enero de 2004 (*RJ* 2004, 208)
- STS de 5 de mayo de 2005 (*RJ* 2005, 3976)
- STS de 18 de mayo de 2005 (*RJ* 2005, 4234)
- STS de 13 de julio de 2006 (*RJ* 2006, 4967)
- STS de 11 de octubre de 2006 (*RJ* 2006, 6590)
- STS de 16 de marzo de 2007 (*RJ* 2007, 1857)
- STS de 26 de abril de 2007 (*RJ* 2007, 3177)
- STS de 25 de junio de 2007 (*RJ* 2007, 4961)
- STS de 17 de julio de 2007 (*RJ* 2007, 4672)
- STS de 7 de septiembre de 2007 (*RJ* 2007, 5303)
- STS de 8 de noviembre de 2007 (*RJ* 2007, 7418)
- STS de 6 de julio de 2009 (*RJ* 2009, 4453)
- STS de 11 de febrero de 2010 (*RJ* 2010, 531)
- STS de 24 de julio de 2012 (*RJ* 2012, 9334)
- STS de 4 de octubre de 2013 (*RJ* 2013, 7053)
- STS de 12 de noviembre de 2014 (*RJ* 2014, 5905)

Otras resoluciones

- ATS de 4 de noviembre de 2014 (*RJ* 2015, 17566)
- STJUE de 26 de octubre de 2006 (asunto C-302/05)
- Resolución de la DGRN de 18 de julio de 2001 (*RJ* 2002, 2394)
- Resolución de la DGRN de 16 de marzo de 2004 (*RJ* 2004, 2388)
- Resolución de la DGRN de 12 de mayo de 2010 (*RJ* 2010, 2748)
- Resolución de la DGRN de 4 de diciembre de 2010 (*RJ* 2011, 551)
- Resolución de la DGRN de 28 de noviembre de 2017 (*RJ* 2017, 5680)
- Resolución de la DGRN de 10 de enero de 2018 (*RJ* 2018, 47)

BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO GARCÍA, M. (1947). La obligación de transmitir la propiedad en la compraventa. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, vol. I, 409-500.

ALONSO PÉREZ, M. (1972). *El riesgo en el contrato de compraventa*, Madrid: Montecorvo.

AMORÓS GUARDIOLA, M. (1972). El pacto de reserva de dominio en los bienes inmuebles. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 488, enero-febrero, 9-41.

APALATEGUI, P. (1941). El pacto de reserva de dominio. Su naturaleza jurídica. *Revista de la Facultad de Derecho de Madrid*, núm. 4-5, 26-46.

ARANA DE LA FUENTE, I. (2014). Sobre la propiedad en función de garantía, en VVAA, *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor José María Miquel*, tomo I. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 309-352.

ATAZ LÓPEZ, J. (1992). Comentario a la STS de 10 de diciembre de 1991. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 28, enero-marzo, 123-133.

BARRALDO ORELLANA, R. (1999). Aproximación al pacto de reserva de dominio según la Ley 28/1998, de Venta a Plazos de Bienes Muebles. *Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña*, núm. 82, 272-298.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (1971). *La cláusula de reserva de dominio. Estudio sobre su naturaleza jurídica en la compraventa a plazos de bienes muebles.* Madrid: Moneda y Crédito.

— (1983). Comentario a la STS de 11 de julio de 1983. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 3, septiembre-diciembre, 873-879.

— (1989). Comentario a la STS de 19 de mayo de 1989. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 20, abril-agosto, 571-582.

— (1990). Comentario a la STS de 10 de mayo de 1990. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 23, abril-agosto, 641-651.

BLANCO GASCÓ, F. de P. (2000). *Las ventas a plazos de bienes muebles.* Valencia: Tirant lo Blanch.

CABALLERO LOZANO, J. M. (2001). La prohibición de disponer en la venta a plazos de bienes muebles. *La Ley*, 2001-2, 1620-1628.

CABANILLAS GALLAS, P. (1965). Defensa en Cortes del Proyecto de Ley de Venta de Bienes Muebles a Plazos. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 448, septiembre-octubre, 1139-1152.

CANDIL Y CALVO, F. (1915). *Pactum de reservati dominio*. Madrid: Imprenta Ibérica.

CARO GÁNDARA, R. (2018). La reserva de dominio como garantía funcional del comercio internacional: su eficacia en España. *Revista electrónica de estudios internacionales* (REEI), núm. 36, 1-46.

CARRASCO PERERA, A. (2005). Morosidad y reserva de dominio. *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 663, abril, 3.

— (2009). *Los derechos de garantía en la Ley Concursal,* 3.ª edición. Madrid: Thomson Reuters Civitas.

— (2012). Reservas de dominio sobre universalidades de bienes (stocks de vehículos) destinados a la reventa al público. A propósito de la resolución de la DGRN de 5 de junio de 2012. *Diario La Ley*, núm. 7964, 881-886.

CASAS VALLÉS, R. (1986). La reserva de dominio en la venta de inmuebles. Apuntes sobre su naturaleza jurídica a la vista de algunas sentencias del Tribunal Supremo. *Revista Jurídica de Cataluña*, vol. 85, núm. 3, 605-648.

CLARET, P. (1930). El contrato de compraventa con reserva de dominio según la legislación y jurisprudencia española. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, vol. 79, núm. 156, 516-520.

DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R. (1983). El proyecto de Convención europea sobre la reserva de dominio simple. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 556, 561-580.

DE VERDA Y BEAMONTE. J. R. (2009). El pacto de reserva de dominio en el artículo 4.1 de la Directiva 2000/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de junio de 2000 (A propósito de la STJCE de 26 de octubre de 2006). *Noticias de la Unión Europea*, núm. 290, 3-15.

DÍEZ-PICAZO, L. (2008). *Fundamentos de Derecho civil Patrimonial*, tomo III, 5.ª ed. Madrid: Thomson Civitas.

EGUSQUIZA BALMASEDA, M. A. (1991). Sobre el pacto de reserva de dominio (a propósito de la Sentencia de 19 de mayo de 1989). *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 602, 9-42.

ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. (2006). *La reserva de dominio inmobiliaria en el concurso*. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi.

— (2008). La eficacia de la reserva de dominio inmobiliaria. *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 20, 321-333.

— (2009). La reserva de dominio mobiliaria en el concurso del comprador. Comentario a la Sentencia núm. 592/2007, de 19 de diciembre, del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Bilbao *(AC* 2007, 2068). *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 23, 331-341.

FERNÁNDEZ-ESPINAR, G. (1996). Acotaciones a una delimitación de la naturaleza jurídica y la vinculación contractual de las partes contratantes en la compraventa a plazos con reserva de dominio. *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 19, 121-148.

GARCÍA RIPOLL MONTIJANO, M. (2013). Reserva de dominio en venta a plazos de bienes muebles, en VVAA, *Tratado de la compraventa. Homenaje al profesor Rodrigo Bercovitz* —dir. Carrasco Perera—. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 597-606.

GARCÍA SOLÉ, F. (1999). *Comentarios a la Ley de Venta a plazos de bienes muebles.* Madrid: Civitas.

GARCÍA-VILLARUBIA, M. y SOBEJANO, D. (2018), La reserva de dominio en el concurso de acreedores. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, núm. 29, 253-264.

GARRIGUES, J. (1961). Estudios sobre el contrato de compraventa mercantil. *Revista de Derecho mercantil*, vol. XXXI, núm. 80, abril-junio, 265-317.

GALICIA AIZPURÚA, G. (2014). *Fiducia, leasing y reserva de dominio*. Madrid: Reus.

JORDANO FRAGA, F. (1989). Comentario a la STS de 4 de marzo de 1988. *Anuario de Derecho Civil*, IV, 1349-1365.

MARÍN LÓPEZ, M. J. (2003). Comentario a la STS de 30 de diciembre de 2002. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 63, octubre-diciembre, 953-967.

— (2006). Comentario a la STS de 5 de mayo de 2005. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 70, enero-abril, 427-455.

— (2015). Eficacia, régimen concurrencial y realización de la reserva de dominio sobre bienes muebles, en CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y MARÍN LÓPEZ, *Tratado de los Derechos de garantía*, tomo II, 3.ª edición. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 435-513.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. (1988). *Las ventas a plazos de bienes muebles*. Madrid: Tecnos.

MARTÍNEZ ROSADO, J. (2003). Consideraciones en torno a modernas figuras de garantía: las reservas de dominio complejas. *Revista de Derecho Privado*, núm. 87, 4, 461-506.

— (2005). *La compraventa a plazos de bienes muebles con reserva de dominio en el concurso*. Madrid.

MENÉNDEZ HERNÁNDEZ, J. (1996). La condición suspensiva o la reserva de dominio en las compraventas: Sus secuelas fiscales. *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 5, 1495-1497.

MIQUEL, J. M. (2007). La reserva de dominio, en VVAA, *Historia de la propiedad. Crédito y garantía*. Madrid: Servicio de estudios del Colegio de Registradores, 523-599.

— (2012). La reserva de dominio, en VVAA, *Nuevas perspectivas del Derecho contractual* —dir. Bosch Capdevila—. Barcelona: Bosch, 139-224.

MONTÁNCHEZ RAMOS, M. (2006). *Algunas reflexiones respecto del pacto de reserva de dominio*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

MONTES PENADÉS, V. L. (1989). Comentarios al artículo 1113 del Código civil, en VVAA, *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, tomo XV, volumen I —dirigidos por ALBALADEJO—. Madrid: Edersa, 988-1038.

OCAÑA RODRÍGUEZ, A. (2001). *Garantía de la venta a plazos y contrato de leasing conforme a la nueva LEC*. Madrid: La Ley.

OLIVA BLÁZQUEZ, F. (2006). La reserva de dominio como instrumento de lucha contra la morosidad en la Directiva 2000/35/CEE (LCEur 2000, 2084) y en la Ley 3/2004 *(RCL* 2004, 2678). *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 16, 93-119.

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

PÉREZ GURREA, R. (2011). La transmisión de dominio en la compraventa: el pacto de reserva de dominio. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 724, marzo-abril, 1143-1159.

PINO ABAD, M. (2015). La cláusula de reserva de dominio en los contratos de venta de bienes muebles con precio aplazado, en VVAA, *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Madrid: Universidad Carlos III, 1720-1739.

QUICIOS MOLINA, S. (2009). *Efectos de las garantías reguladas por la ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles en caso de incumplimiento del comprador y concurrencia de acreedores*. Cizur Menor: Thomson Reuters.

RIVERA FERNÁNDEZ, M. (1994). *La posición del comprador en la venta a plazos con pacto de reserva de dominio*. Valencia: Tirant lo Blanch.

— (2001). Directiva 2000/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio de 2000, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (DO núm. L 200 de 8 de agosto de 2000). *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 6, 519-525.

RODRÍGUEZ-ROSADO, B. (2020). La reserva de dominio: naturaleza y efectos sobre muebles e inmuebles, *pro manuscripto*.

RUBIO TORRANO, E. (2000). La morosidad en operaciones comerciales: nueva Directiva comunitaria. *Aranzadi Civil*, 2000-II, 2232-2233.

TORRES LANA, J. A. (1975). Notas críticas a la Ley de Venta de Bienes Muebles a Plazos. *Revista de Derecho Privado*, tomo LIX, julio-agosto, 601-635.

NOTAS

[1] Ya se contenían referencias al «pacto de reserva de dominio» en el Digesto (libro XLIII, título XXVI, Ley 20) o en las Partidas (Tercera Partida, Título XXVIII, Ley 46), acrecentándose su uso como garantía en el tráfico inmobiliario durante la Edad Media como alternativa a la hipoteca romana (cfr. CANDIL Y CALVO, 1915: 85-87). En lo que a la jurisprudencia atañe, ya desde antiguo han sido numerosas las resoluciones del Tribunal Supremo que reconocen la plena validez del «*pactum de reservati dominii*» (cfr., entre otras muchas, las de 16 de febrero de 1894 *[JC,* 1910, tomo I, núm. 53], 6 de marzo de 1906 *[JC,* CIII, núm. 85], 30 de noviembre de 1915 *[JC,* CXXXIV, núm. 119], 14 de enero de 1929 *[JC,* 1930, tomo I, núm. 36], 6 de febrero de 1929 *[JC,* 1930, tomo I, núm. 104], 11 de marzo de 1929 *[JC,* 1931, tomo II, núm. 59], 20 de marzo de 1930 *[RJ* 1930, 781], 10 de junio de 1958 *[RJ* 1958, 2142], 19 de octubre de 1982 *[RJ* 1982, 5563], 19 de mayo de 1989 *[RJ* 1989, 3778], 12 de marzo de 1993 *[RJ* 1993, 1794], 16 de julio de 1993 *[RJ* 1993, 6450], 18 de noviembre de 2003 *[RJ* 2003, 8331] ó 16 de marzo de 2007 *[RJ* 2007, 1857]), ya se refiera aquel a bienes muebles —que son los que aquí se examinan— ya a inmuebles, pudiendo en tal caso inscribirse en el Registro de la Propiedad (cfr. art. 23 de la Ley Hipotecaria; sobre la inscribibilidad en el Registro, *vid.,* AMORÓS GUARDIOLA, 1972: 35-39 y MONTÁNCHEZ RAMOS, 2006: 77-91). En efecto, en virtud del artículo 1255 del Código civil, las partes pueden incluir el referido pacto en las compraventas de cualquiera de las clases de bienes mencionados; pacto que, como señala la STS de 11 de julio de 1983 *[RJ* 1983, 4208], no altera la esencia de dicho negocio. De todos modos, también ha habido resoluciones que han calificado el pacto a que se alude como cláusula *no natural* de la compraventa (*vid.,* por todas, la STS de 13 de diciembre de 1911 *[JC,* CL, núm. 162]). Lo que, en cierto sentido, resulta correcto: la necesidad de su inclusión específica para que forme parte del negocio (cfr. *ad ex.* art. 7.10 de la Ley 28/1998, de 14 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles —en adelante LVPBM—) o que su configuración como condición suspensiva pueda entenderse que supone cierta alteración de la tradicional tesis del título y el modo a efectos de la transmisión del dominio, evidencian que no constituye su contenido *natural* o *esencial* (considerando, con anterioridad a la aprobación de la LVPBM, al pacto de reserva de dominio nulo por ser contrario a la ley —arts. 609 y 1085 CC— *vid.,* MENÉNDEZ HERNÁNDEZ, 1996: 1495-1497). Respecto de la legislación más reciente, y según se verá más adelante, aun cuando ya existían referencias expresas a la reserva de dominio en la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles de 1998 —lo que, por sí mismo, supone un reconocimiento de su plena validez legal—, no es hasta la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, cuando se incluye una descripción en la norma legal de qué sea dicho pacto o cómo opera. Finalmente, cabe apuntar que la figura a que se alude también es generalmente reconocida en los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno (*vid., ad ex*. los arts. 1523 a 1526 del *Codice civile* italiano, el § 449 del BGB alemán o los arts. 2367-2372 del *Code civil* francés; respecto de estos últimos ordenamientos, *vid.,* CARO GÁNDARA, 2018: 12-18).

[2] Si, como generalmente sucede, se admite que no constituye una obligación *esencial* del vendedor transmitir efectivamente la propiedad, es posible la perfección de un

contrato de compraventa que difiera tal adquisición a un momento convenido por las partes (de esta opinión es ALBALADEJO, 1947: 409-500; considerando que la transmisión del dominio es la obligación principal del vendedor —al menos, convencionalmente así establecido cuando existe reserva de dominio—, *vid.,* MIQUEL, 2007: 523-599; en especial 557 y sigs.; un resumen de las distintas opiniones doctrinales y jurisprudenciales sobre esta cuestión se encuentra en PÉREZ GURREA, 2001: 1145-1151). Consistiendo el pacto de reserva de dominio en lo señalado en el texto, con facilidad se advierte que carece de sentido su establecimiento en una compraventa que se paga al contado en el momento de la perfección (cfr. STS de 22 de junio de 1992 [*RJ* 1992, 5459]). Buena prueba de lo anterior es que, usualmente, la reserva de dominio se incluye en compraventas con precio aplazado —ordinariamente a plazos—. Siendo ello así, tampoco ha de identificarse «aplazamiento del pago convenido» con reserva de dominio pues cabe aquel sin esta (cfr. STS de 21 de febrero de 1985 [*RJ* 1985, 563]). Y es que la incorporación del referido pacto en una compraventa exige un acuerdo de las dos partes —no cabe por medio de la declaración unilateral del comprador (cfr. STS de 20 de junio de 1983 [*RJ* 1983, 3635])—, constituyendo un elemento determinante de su existencia el contenido de lo convenido y no tanto el uso o la ausencia de los términos «reserva de dominio» (cfr. STS de 21 de enero de 1992 [*RJ* 1992, 1517]). De manera particular, la STS de 18 de diciembre de 1990 [*RJ* 1990, 10283] señaló la innecesariedad de incluir de modo específico la expresión «reserva de dominio» para que esta exista; basta que se incluya otra equivalente o se arbitren los efectos de aquella sin mención alguna; mención que, de ser expresa, lógicamente, simplificaría la cuestión. Así las cosas, se advierte ya desde ahora que el presente trabajo se refiere fundamentalmente a la compraventa a plazos con reserva de dominio sujeta a la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles —en la práctica, la mayoritaria— y que, respecto de la naturaleza de dicha figura, se asume como más acertada la tesis denominada como «clásica» —aspecto que más adelante se tratará de justificar oportunamente—. Aun cuando se realizará alguna mención incidental, no se tratarán de manera específica, por tanto, las reservas de dominio sobre inmuebles ni las que se efectúan al margen de la ley especial citada. Sobre esta materia, *vid.,* RODRÍGUEZ-ROSADO, 2020: *pro manuscripto**.

(* Agradezco al autor la deferencia de haberme permitido manejar el trabajo a que se alude y que próximamente será publicado en el *Anuario de Derecho Civil*).

[3] La «posposición» de la transmisión del dominio explica que carezca de sentido introducir la reserva a que se alude en un contrato de arrendamiento, pues no tiene una finalidad traslativa de la propiedad (cfr., en este sentido, el ATS de 4 de noviembre de 2014 [*RJ* 2015, 17566]). De defenderse la teoría prendaria o la que entiende que la reserva de dominio opera al modo de una condición resolutoria —que luego se examinarán—, no existiría el mencionado «retraso» sino que la transmisión del dominio sería inmediata, dándose lugar en la tesis mencionada en último lugar a una retransmisión en caso de verificarse la condición consistente en el incumplimiento de la obligación de pago por el comprador.

[4] Entre otras muchas, reconocen que la reserva de dominio tiene una función de garantía o de cobro, las SSTS de 15 de marzo de 1934 [*RJ* 1934, 462], 19 de mayo de 1989 [*RJ* 1989, 3778], 12 de marzo de 1993 [*RJ* 1993, 1794], 3 de julio de 1996 [*RJ* 1996, 5555], 12 de julio de 1996 [*RJ* 1996, 5886], 10 de febrero de 1998 [*RJ* 1998, 970], 14 de octubre de 2003 [*RJ* 2003, 6498], 16 de marzo de 2007 [*RJ* 2007, 1857] o la de 6 de julio de 2009 [*RJ* 2009, 4453] aunque esta última como *obiter dicta*. Destacando que, además de ser la reserva de dominio una cláusula de garantía de cobro, es «valladar impeditivo para terceros del embargo del bien» por los motivos que luego se desarrollarán en el texto, *vid.,* la STS de 11 de marzo de 1991 [*RJ* 1991, 2210]. Asimismo, una cuestión relevante y que luego también se abordará es la determinación de si la reserva de dominio únicamente desarrolla una «función de garantía» o también constituye una «garantía típica».

[5] La función económica de la reserva de dominio constituye un elemento que permite distinguirla de otras figuras que puedan tener efectos parcialmente similares (un resumen de tales figuras con sus semejanzas y diferencias con la reserva de dominio se contiene en RIVERA FERNÁNDEZ, 1994: 48-57). En tal sentido, es muy abundante la jurisprudencia que la diferencia del *leasing* o arrendamiento con opción de compra (*vid.,* entre otras, las SSTS de 10 de abril de 1981 [*RJ* 1981, 1532], 18 de noviembre de 1983 [*RJ* 1983, 6487], 28 de mayo de 1990 [*RJ* 1990, 4092], 30 de julio de 1998 [*RJ* 1998, 6607], 2 de diciembre de 1998 [*RJ* 1998, 9612], 29 de mayo de 1999 [*RJ* 1999, 4383], 19 de julio de 1999 [*RJ* 1999, 5959], 8 de febrero de 2002 [*RJ* 2002, 2238], 14 de febrero de 2002 [*RJ* 2002, 1448], 4 de abril de 2002 [*RJ* 2002, 3114], 7 de octubre de 2002 [*RJ* 2002, 9265], 23 de diciembre de 2002 [*RJ* 2002, 1037], 30 de diciembre de 2002 [*RJ* 2003, 331] y el comentario a esta sentencia de MARÍN LÓPEZ (2003: 953-967), 30 de diciembre de 2003 [*RJ* 2003, 9000], 23 de enero de 2004 [*RJ* 2004, 208], 18 de mayo de 2005 [*RJ* 2005, 4234], 13 de julio de 2006 [*RJ* 2006, 4967] y 11 de octubre de 2006 [*RJ* 2006, 6590]), no pudiendo mantenerse con carácter general que el bajo valor residual en relación al total del bien denote que el negocio en cuestión sea una compraventa con reserva de dominio y no un contrato de *leasing* (cfr. STS de 31 de octubre de 2001 [*RJ* 2001, 9638]; un conjunto de similitudes y diferencias entre el *leasing* y la reserva de dominio se recoge en FERNÁNDEZ-ESPINAR, 1996: 132-134). Nuevamente, para distinguir las figuras a que se alude se ha de atender primariamente al contenido del contrato y sus efectos, y no tanto a su denominación (cfr. art. 3 LVPBM, y las SSTS de 29 de mayo de 1999 [*RJ* 1999, 4383], 23 de diciembre de 2002 [*RJ* 2002, 1037] o de 11 de febrero de 2010 [*RJ* 2010, 531]).

[6] Las Leyes 483 a 485 de la Compilación del Derecho civil Foral de Navarra regulan específicamente la reserva de dominio y la configuran como una condición suspensiva de la transmisión de la propiedad. En efecto, la Ley 483 dispone que «*por el pacto de reserva de dominio el vendedor conserva la propiedad de la cosa vendida hasta que el precio sea pagado por completo, y podrá ejercitar las tercerías de dominio y demás acciones en defensa de su derecho. El contrato queda perfeccionado desde su celebración, pero el efecto de transmisión de la cosa quedará diferido hasta el pago total. Mientras tanto, corresponde al comprador la posesión y disfrute de la cosa vendida, con las limitaciones pactadas en su caso, así como estarán a su cargo el riesgo y todos los gastos inherentes a aquella; el vendedor, por su parte, queda obligado a no disponer de la cosa. Inscrita la venta en el Registro de la Propiedad u otro Registro, todo acto de disposición de la cosa por parte del vendedor será sin perjuicio del derecho del comprador. En caso de embargo de bienes, concurso o quiebra del vendedor, quedará a salvo el derecho del comprador para adquirir la propiedad mediante pago íntegro del precio en los plazos convenidos*».

[7] En concreto, el artículo 17.2 de dicha norma señala que «*los comerciantes a quienes se efectúen las correspondientes entregas quedarán obligados a documentar, en el mismo acto, la operación de entrega y recepción con mención expresa de su fecha. Del mismo modo, los proveedores deberán indicar en su factura el día del calendario en que debe producirse el pago. Si todas o alguna de las mercancías estuvieran afectadas por una cláusula de reserva de dominio, la factura expresará asimismo esta circunstancia, que deberá responder en todo caso a un acuerdo entre proveedor y comerciante documentado con anterioridad a la entrega. Las facturas deberán hacerse llegar a los comerciantes antes de que se cumplan treinta días desde la fecha de entrega y recepción de las mercancías*».

[8] Dos interesantes casos donde se discutió si la cesión del crédito comprendía también la de las reservas de dominio se contienen en la STS de 10 de mayo de 1990 [*RJ* 1990, 3699] y en la STS de 30 de septiembre de 2003 [*RJ* 2003, 7007], resueltas ambas en sentidos diversos. *Vid.* también el comentario de la primera resolución efectuado por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 1990: 649-651, y el artículo 7.11 de la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles.

[9] Sobre si tal poder de agresión se configura como una garantía sustantiva o como un procedimiento especial para el cumplimiento forzoso de la obligación, *vid.* QUICIOS

MOLINA, 2009: 22-29. De otro lado, ha de apuntarse que el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles fue creado por la Orden Ministerial de 8 de julio de 1966, posteriormente derogada y reemplazada por la Ordenanza de 15 de noviembre de 1982 y por la Ordenanza del Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles de 19 de julio de 1999, que es la que actualmente está en vigor (en adelante ORVPBM). Asimismo, también se ha de mencionar que el RD 1828/1999, de 3 de diciembre, creó el Registro de Bienes Muebles —que entró en funcionamiento el 23 de febrero de 2000— donde se integró el de Venta a Plazos de Bienes Muebles existente. De acuerdo con la Disposición Adicional única de dicho RD, se trata de un registro de titularidades y no meramente de gravámenes. A él también tienen acceso las compraventas que, no entrando en el ámbito de aplicación de la LVPBM, contengan un pacto de reserva de dominio.

[10] Según se ha dicho, la que otorga la facultad de agresión directa de los bienes en caso del incumplimiento del comprador recogida en el artículo 16.2 de la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles es la formalización del contrato en el modelo previsto y su inscripción en el Registro. La inclusión de una reserva de dominio inscrita es lo que concedería la nota de la reipersecutoriedad, posibilitando el uso del procedimiento contenido en el precepto indicado cuando el bien está en manos de un tercero. Cfr. MARÍN LÓPEZ, 2006: 438.

[11] A los efectos que ahora importan, existe otra referencia expresa a la reserva de dominio en la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles que reconoce al acreedor «*la preferencia y prelación establecidos en los artículos 1922.2 y 1926.1.a del Código civil*» para el cobro de los créditos nacidos de los contratos formalizados en el modelo oficial e inscritos en el Registro, así como el derecho de no incluir en la masa concursal del deudor los bienes objeto de la reserva de dominio inscrita «*mientras no esté satisfecho el crédito garantizado*» (art. 16.5 LVPBM). Asimismo, se apunta que «*en los supuestos de suspensión de pagos el acreedor tendrá la condición de singularmente privilegiado*» (art. 16.5 LVPBM). Por tanto, preferencia de cobro, derecho de separación —o, mejor dicho, derecho a que el bien no se incluya en la masa hasta que no se pague el crédito— y reconocimiento como crédito privilegiado. No han sido incluidos en el texto pues, además de que no inciden directamente en el objeto de estudio de este trabajo —los derechos del comprador con reserva de dominio—, no existe unanimidad sobre si el apartado 5.II del artículo 16 de la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles sigue vigente o ha de entenderse derogado por la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, siendo, en tal caso, de aplicación los artículos 56 y 90 LC que regulan de manera específica la situación de un bien comprado a plazos en caso de concurso. Tales preceptos otorgan al vendedor la opción de recuperar el bien o satisfacer su crédito —concediéndole entonces un privilegio especial de cobro—, lo que podría entenderse como la negación del «derecho de separación» a que se ha hecho referencia. En relación a estas cuestiones y a favor de la derogación tácita, *vid.* MARTÍNEZ ROSADO, 2005: 63 y 207, QUICIOS MOLINA, 2009: 121-122 y 148-150 y DE VERDA Y BEAMONTE, 2009: 12. En contra, ESPEJO LERDO DE TEJADA, 2009: 336 y MIQUEL, 2007: 593-594 quien ofrece una interpretación compatibilizadora.

[12] Al margen de lo que luego se dirá, algunas de las facultades recogidas por la Venta a Plazos de Bienes Muebles aproximan la reserva de dominio a una garantía real. En efecto, la adjudicación para pago revelaría que el vendedor-acreedor no es el propietario pues carecería de sentido tal facultad teniendo el dominio (aportando también otros argumentos que le conducen a la conclusión señalada y, de manera coherente, a considerar ilegales los artículos 11.8 y 24 de la ORVPBM, por oponerse a ella, *vid.* MARÍN LÓPEZ, 2006: 439-445). Asimismo, la referencia al «*sobrante del precio obtenido en la subasta*» que se lleva a la masa concursal (cfr. art. 16.5 LVPBM) parece más acorde con la configuración de la reserva como una garantía prendaria. En cualquier caso, y como se expondrá, no parece existir en la LVPBM una concepción coherente y uniforme de cuál sea la naturaleza de la reserva de dominio.

[13] Según se advierte, y aunque de manera incidental, el precepto transcrito en el texto, al distinguir la reserva de dominio de los contratos con condición resolutoria en caso de

falta de pago, aleja de esta a aquella. Por su parte, la concesión del privilegio especial *ex* artículo 90.1.4 LC aproxima la reserva a una garantía real que se ejecuta realizando el valor del bien, no considerándose entonces al vendedor como propietario. En coherencia con ello, la Ley Concursal establece para la ejecución de la reserva de dominio el mismo límite de plazo señalado para los acreedores que tengan garantías reales sobre bienes del concursado que resulten necesarios para que este continúe su actividad profesional. Hasta que se apruebe un convenio que no afecte al ejercicio de tales garantías o transcurra un año desde la declaración del concurso sin abrirse el periodo de liquidación no podrán realizarse aquellas y, de acuerdo con el artículo 56 LC, «*tampoco podrán ejercitarse durante ese tiempo: a) las acciones tendentes a recuperar los bienes vendidos a plazos o financiados con reserva de dominio mediante contratos inscritos en el Registro de Bienes Muebles*».

[14] En particular, el precepto mencionado en el texto dispone que «*1. Los efectos del concurso sobre derechos reales de un acreedor o de un tercero que recaigan en bienes o derechos de cualquier clase pertenecientes al deudor, comprendidos los conjuntos de bienes cuya composición pueda variar en el tiempo, y que en el momento de declaración del concurso se encuentren en el territorio de otro Estado se regirán exclusivamente por ley de este. La misma regla se aplicará a los derechos del vendedor respecto de los bienes vendidos al concursado con reserva de dominio*».

[15] El último apartado del artículo 201 LC establece que «*lo dispuesto en los apartados anteriores se entiende sin perjuicio de las acciones de reintegración que en su caso procedan*». El precepto a que aludimos trae causa del Reglamento 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre Procedimientos de insolvencia —hoy sustituido por el Reglamento 2015/848, de 20 de mayo de 2015, aplicable a los procedimientos que se hayan abierto a partir del 26 de junio de 2017—, y, como se advierte, aproxima la reserva de dominio a la tesis clásica de retención de la propiedad.

[16] En atención a las diversas configuraciones que resultan de los preceptos de la Ley Concursal (cfr. notas núm. 13 y 15), parece que, en lo que a la naturaleza de la reserva de dominio se refiere, nada puede colegirse de ella con carácter definitivo. En efecto, mientras que, por un lado, el artículo 90.1 LC, en general, aproxima la reserva de dominio a una garantía real, por otro, parece asimilarla a una condición suspensiva pues la posibilidad que enuncia el artículo 56.1.a LC implica reconocer como propietario al vendedor que quiere recuperar el bien. Igualmente, el artículo 201.2 LC parece avenirse mejor a la consideración de la reserva como condición suspensiva. En otro orden de cosas, resulta oportuno señalar que las contradicciones que parecen deducirse de los artículos 56 y 90 LC no resultan definitivas si se considera que la LC reconoce una doble opción al vendedor-propietario: puede optar por la recuperación del bien resolviendo el contrato en caso de incumplimiento (art. 56 LC), o, por el contrario, optar por el cumplimiento beneficiándose entonces del privilegio especial del artículo 90 LC (cfr. GARCÍA-VILLARUBIA y SOBEJANO, 2018: 256). Asimismo, esta interpretación resolverá alguno de los problemas que suscita el artículo 16 de la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles si se entiende que dicho precepto únicamente contempla la segunda de las opciones apuntadas.

[17] En su día se suscitó una viva polémica sobre la finalidad del artículo 4.1 de la Directiva 2000/35/CE a que se alude en el texto: si únicamente pretendía garantizar la eficacia de la reserva de dominio en todos los Estados miembro cuando de acuerdo con la legislación nacional se cumpliesen los requisitos para la validez —e incluso dando entrada a tal pacto en los que hasta entonces era inviable—; o si, por el contrario, trataba de armonizar la regulación señalando los requisitos necesarios para su oponibilidad frente a terceros. Entre otros, de la primera opinión eran RUBIO TORRANO, 2000: 2233 y RIVERA FERNÁNDEZ, 2001: 523; de la segunda, CARRASCO PERERA, 2005: 3 y OLIVA BLÁZQUEZ, 2006: 107. La STJUE de 26 de octubre de 2006 (asunto C-302/05) consagró la primera de las tesis apuntadas (algunas consideraciones sobre la referida resolución se contienen en DE VERDA Y BEAMONTE, 2009: 3-8). Un completo exa-

men sobre los antecedentes de la Directiva, su desarrollo y el texto definitivo se contiene en OLIVA BLÁZQUEZ, 2006: 93-119 y en la doctrina que allí se cita. La Directiva a que se alude ha sido derogada por el artículo 13 de la vigente Directiva 2011/7/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. De todos modos, el texto del artículo 4 de la Directiva derogada se recoge, con idéntica redacción, en el artículo 9 de la vigente.

[18] Según se advierte con facilidad, tanto la Directiva como la ley española que la traspone conciben la reserva de dominio como una condición suspensiva respecto de la transmisión del dominio; concepción que ya latía en la mayoría de las propuestas antecedentes de la Directiva. Sobre esta materia, OLIVA BLÁZQUEZ, 2006: 96 y sigs.; respecto del reconocimiento de la naturaleza de condición suspensiva, *ídem*, 2006: 104, 105, 109 y 114; en particular, respecto del proyecto de Convención europea de 1982, *vid.,* DE ÁNGEL YAGÜEZ, 1983: 568 a 580 quien explica, además, que el párrafo 3 del proyectado artículo 2 se incluyó para recoger los contratos de aquellos Estados en que la propiedad se transmite al comprador con la entrega, reteniendo el vendedor una garantía sobre los bienes configurada como un derecho real (*ídem*, 1983: 569-570).

[19] El precepto transcrito ha sido criticado pues reconoce el efecto señalado —básico en la reserva de dominio— únicamente «*en las relaciones internas entre vendedor y comprador*», cuando el pacto a que se alude muestra su verdadera utilidad en las relaciones con terceros. En tal sentido, la norma, tal y como está redactada, no añade nada pues el vendedor siempre tendría la opción de acudir a la resolución por incumplimiento. Es más, cuando pretenda ejercitar la reserva de dominio también habrá de resolver el contrato pues, hasta entonces, el comprador goza de una posesión legítima. De norma «totalmente superflua» y que «carece de sentido» califica tal precepto CARRASCO PERERA (2005: 3); y de «consagración de una norma inútil», consolándose en que «podía haber sido peor», OLIVA BLÁZQUEZ (2006: 115 y 116). Ello es así de manera aun más llamativa si, con OLIVA BLÁZQUEZ (2006: 113, nota 157), se entiende que lo que se pretendía trasponer con la Directiva ya se había hecho respecto del ordenamiento jurídico español de manera parcial —sin afectar a la eficacia— por medio de la Ley 47/2002, de 19 de diciembre, que reformó el artículo 17 de la LOCM —ya transcrito en estas páginas—. Así las cosas, a lo que parece, el texto del artículo 10 de la Ley 3/2004, por lo menos, no excluiría la eficacia del pacto de reserva de dominio en las relaciones o en su dimensión externa (de esta opinión es DE VERDA Y BEAMONTE, 2009: 15; en contra, CARRASCO PERERA, 2005: 3 y MARÍN LÓPEZ, 2006: 444).

[20] Conviene advertir ya desde ahora que en las páginas que siguen únicamente se examina la llamada reserva de dominio simple, dejando de lado la «ampliada» y la «prolongada»; esto es, aquella en la que el bien vendido puede garantizar otros créditos distintos del originado por la propia compraventa y la que perdura aunque el comprador haya revendido la cosa. Sobre ellas *vid.,* MARTÍNEZ ROSADO, 2003: 461-506.

[21] Otras tesis que también han tratado de explicar la naturaleza de la reserva han identificado la compraventa con reserva de dominio con una venta a término (cfr. la crítica que formula RIVERA FERNÁNDEZ, 1994: 33-34) o han apuntado que en ellas se produce una adquisición progresiva del dominio existiendo una «propiedad en tránsito» y unas cuotas variables a lo largo de la vida del contrato (cfr. EGUSQUIZA BALMASEDA, 1991: 41). Aunque elaborado con anterioridad a las tres leyes que se han mencionado en el apartado anterior, un resumen de las distintas tesis sobre la naturaleza de la reserva de dominio se contiene en RIVERA FERNÁNDEZ, 1994: 26-40. *Vid.,* también, ya con posterioridad a la LVPBM, OCAÑA RODRÍGUEZ, 2001: 51-67 o, más recientemente, RODRÍGUEZ-ROSADO, 2020; *pro manuscripto*.

[22] Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 1971: 43 y sigs.; opinión posteriormente mantenida, entre otros lugares, en 1983: 876 y sigs., donde apunta que la reserva de dominio sobre muebles es similar a la prenda sin traspaso posesorio y la que versa

sobre inmuebles a la condición resolutoria explícita. También son partidarios de esta tesis, AMORÓS GUARDIOLA, 1972: 9-41, RIVERA FERNÁNDEZ, 1994: 127-136, GARCÍA SOLÉ, 1999: 157, BARRALDO ORELLANA, 1999: 279, CABALLERO LOZANO, 2001: 1624, MARÍN LÓPEZ, 2006: 437 y sigs., GARCÍA RIPOLL, 2013: 603 y sigs., y GALICIA AIZPURÚA, 2014: 95 y sigs. Con anterioridad, también consideraba la reserva de dominio como una garantía —aunque con no pocos matices—, APALATEGUI, 1941: 38-39. Por su parte, CARRASCO PERERA, 2012: 882, concibe la reserva de dominio como una garantía pignoraticia aunque admite que la Ley 3/2004 permite a las partes configurarla como un derecho de propiedad retenido. En este contexto, también existen otras tesis que consideran que se trata de un derecho real de garantía diverso de la prenda; *ad ex.*, la que lo concibe como una hipoteca sobre la cosa y la que lo configura como una garantía *sui generis* de mayor fuerza que la misma hipoteca (cfr. OCAÑA RODRÍGUEZ, 2001: 58). En la jurisprudencia, en su día se reconoció la configuración de la reserva de dominio como una figura próxima a la prenda en la STS de 13 de diciembre de 1911 *[JC,* CL, núm. 162] cuando se señaló que «por no ser natural» del contrato de compraventa, «que tiene sus caracteres, condiciones y efectos señalados en la ley, no puede desnaturalizarlo, y hay que convenir en que estableció no una limitación del dominio y sí una especie de prenda o garantía para asegurar el total cobro del precio».

[23] Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 1989: 580.

[24] Algo similar a lo mencionado en el texto tiene lugar con la solidaridad o la *exceptio non adimpleti contractus*: realizan la función de garantía sin que se confundan con la institución de la fianza o el derecho de retención. Por otra parte, según se advierte, lo señalado en el texto tiene evidentes conexiones con la discusión —clásica en el ámbito de los derechos reales— de si el criterio del ordenamiento jurídico es de *numerus apertus* o *clausus*; y, de seguirse el primero, sobre los elementos exigibles —comúnmente, forma, publicidad, especialidad y utilidad de la función—. Un repaso general de los argumentos a favor y en contra de esta opinión —la autonomía de la voluntad de las partes, la causa del contrato, que sea la única tesis que respetaría la prohibición del pacto comisorio, etc.— se contiene en RODRÍGUEZ-ROSADO, 2020: *pro manuscripto*.

[25] Cfr. nota núm. 2.

[26] De similar opinión es BLANCO GASCÓ, 2000: 86.

[27] En concreto, el artículo 5 de la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles excluye «*de la presente ley: 3. Los préstamos y ventas garantizados con hipoteca o prenda sin desplazamiento sobre los bienes objeto de contrato*». ¿Podría argumentarse que el texto transcrito no resulta suficiente a fin de descartar la tesis que se examina por cuanto la LVPBM también excluye en el mismo precepto los «*contratos de venta a plazos o préstamos para su financiación cuya cuantía sea inferior a la que se determine reglamentariamente*» —negocios que, lógicamente, pueden realizarse con reserva de dominio— (art. 5.4 LVPBM)? No lo creo así pues esta última limitación a que ahora se alude parece responder a una cuestión de «eliminar burocracia» suprimiendo con tal exclusión las exigencias formales que prescribe la norma para los contratos de tal clase.

[28] Partidarios de la configuración de la reserva de dominio como condición resolutoria son DÍEZ-PICAZO (1983), 2008: 882-883, CASAS VALLÉS, 1986: 607, MONTES PENADÉS, 1989: 1034, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, 2001: 435 y sigs.; OCAÑA RODRÍGUEZ, 2001: 117 y sigs. y QUICIOS MOLINA, 2009: 191 y sigs.

[29] *Vid.,* RODRÍGUEZ-ROSADO, 2020: *pro manuscripto* donde analiza de manera pormenorizada otros argumentos y críticas de esta tesis: su relación con los artículos 11 y 23 de la Ley Hipotecaria, la eventual desprotección del comprador en caso de incumplimiento, etc.

[30] El reconocimiento de que la reserva de dominio no opera como condición resolutoria también se encuentra en alguna jurisprudencia del Tribunal Supremo. En tal sentido, cabe destacar ahora las sentencias de 4 de junio de 1981 *[RJ* 1981, 2495] y de 7

de septiembre de 2007 [*RJ* 2007, 5303] que señalan las diferencias entre una compraventa con condición resolutoria y el «*pactum reservati dominii*» —la última a modo de *obiter dicta*—. *Vid.* también la sentencia de 24 de julio de 2012 [*RJ* 2012, 9334] que aparentemente defiende tal tesis, aunque una lectura detenida evidencia que no. En el ámbito registral, la resolución de la DGRN de 4 de diciembre de 2010 [*RJ* 2011, 551] configura la reserva como condición resolutoria, aunque tal resolución ha sido posteriormente contradicha tanto por la de 28 de noviembre de 2017 [*RJ* 2017, 5680] como por la de 10 de enero de 2018 [*RJ* 2018, 47].

[31] Si se considera que una de las obligaciones del vendedor en la compraventa es la transmisión del dominio, podría criticársele a esta tesis la falta de *animus* traslativo en el vendedor. De todas maneras, a mi parecer, tal no constituye una obligación del referido contrato, bastando con transmitir la posesión y mantener al comprador en el disfrute pacífico (cfr. art. 1474 CC). De esta opinión es ALBALADEJO, 1947: 409-500. En contra, JORDANO FRAGA, 1989: 1362-1364. *Vid.,* también la nota núm. 2 de este trabajo.

[32] Efectuando una distinción entre consumación y perfección de la compraventa con reserva de dominio y señalando que esta afecta únicamente a la primera *vid.,* entre otras muchas, las SSTS de 15 de marzo de 1934 [*RJ* 1934, 462], 10 de junio de 1958 [*RJ* 1958, 2142], 10 de diciembre de 1991 [*RJ* 1991, 8926], 12 de marzo de 1993 [*RJ* 1993, 1794], 23 febrero de 1995 [*RJ* 1995, 1701] o 16 de marzo de 2007 [*RJ* 2007, 1857]. En efecto, la reserva de dominio no es una condición sobre todo el contrato (cfr. STS de 24 de julio de 2012 [*RJ* 2012, 9334] y el art. 3 LVPBM). Finalmente, considerando que la suspensión del efecto transmisivo supera los necesarios para que la reserva de dominio cumpla la función de garantía de pago del precio aplazado que pretende, *vid.* BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 1989: 579.

[33] Cuestión distinta es que, al ser de carácter dispositivo la regla general señalada en el texto, las partes pacten lo contrario. Pero ello no es lo que sucede en la reserva de dominio. Las partes mantienen la regla general —ya reconocida en el Derecho romano—, sin que pueda concebirse el que se haya dado plazo para el pago como una excepción (cfr. STS de 21 de febrero de 1985 [*RJ* 1985, 563]). La consecuencia de lo anterior es la imposibilidad de calificar el pacto de reserva de dominio como algo anómalo o que vaya contra los principios del Derecho civil, como parecía sugerirse en algunas sentencias antiguas. Si el vendedor está de acuerdo en anticipar la entrega de la cosa sin recibir el precio, mantener la propiedad hasta que aquel pague el precio resulta de todo punto conforme a la relación sinalagmática que les une (cfr., sobre esta cuestión, la STS de 10 de junio de 1958 [*RJ* 1958, 2142]).

[34] Igualmente se deriva la legitimación del vendedor para ejercitar una tercería de dominio; aspecto que ha sido reconocido por numerosas sentencias ya desde antiguo. *Vid.,* entre otras, las SSTS de 16 de febrero de 1894 [*JC,* 1910, tomo I, núm. 53], 30 de noviembre de 1915 [*JC,* CXXXIV, núm. 119], 14 de enero de 1929 [*JC,* 1930, tomo I, núm. 36], 6 de febrero de 1929 [*JC,* 1930, tomo I, núm. 104], 20 de marzo de 1930 [*RJ* 1930, 781], 10 de junio de 1958 [*RJ* 1958, 2142], 23 de enero de 1970 [*RJ* 1970, 500] o la de 26 de enero de 1976 [*RJ* 1976, 51].

[35] Entre otros muchos, defienden esta tesis, MARTÍNEZ DE AGUIRRE, 1988: 101 y sigs., BLANCO GASCÓ, 2000: 86, MARTÍNEZ ROSADO, 2005: 101 y sigs. —matizando su opinión en 152 y sigs.—, ESPEJO LERDO DE TEJADA, 2006: 55 y sigs., MIQUEL, 2012: 139 y sigs., ARANA DE LA FUENTE, 2014: 309 y sigs. y RODRÍGUEZ-ROSADO, 2020: *pro manuscripto*. A lo que parece, también es mayoritaria la configuración de la reserva de dominio como condición suspensiva en los diversos ordenamientos de los países europeos (cfr. OLIVA BLÁZQUEZ, 2006: 109-110).

[36] Por su interés, transcribimos de nuevo, aunque parcialmente, el referido artículo 10 de la Ley 3/2004: «*en las relaciones internas entre vendedor y comprador, aquel conservará la propiedad de los bienes vendidos hasta el pago total del precio, siempre que se haya convenido expresamente una cláusula de reserva de dominio entre comprador y vendedor antes de la*

entrega de los bienes». Por otra parte, en el discurso de defensa del Proyecto de la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles de 1965 —antecedente de la LVPBM actual— sí se aludía de manera expresa a la no adquisición de la propiedad hasta realizarse el pago completo (cfr. CABANILLAS GALLAS, 1965: 1150-1151). Finalmente, y en lo que hace a la ORVPBM, sus artículos 4.c, 11.8 y 24 parecen mostrar con claridad la asunción de la teoría que ahora se examina respecto de la naturaleza de la reserva de dominio.

[37] Una dificultad que tradicionalmente se le achacó a la tesis clásica consiste en cómo explicar el embargo de la cosa por parte del vendedor, pues estaría embargando una cosa propia. Además ello tampoco sería compatible con el privilegio del artículo 90.1.4 LC pues, si no se transfiere el dominio hasta el completo pago, al tener la propiedad carece de sentido que tenga preferencia alguna (cfr. CARRASCO PERERA, 2012: 883). La explicación a que mayoritariamente se ha acudido consiste en entender que el embargo del vendedor implica una renuncia tácita a la cosa —que pasaría al dominio del comprador— de modo que ya no embargaría una cosa propia. Explicación que, en palabras de BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (1971: 97), resulta «un juego muy artificioso», cuando la tesis que él defiende daría, según afirma, respuesta cumplida a tal situación. De todas maneras, tampoco sería un obstáculo insalvable el embargo de cosa propia pues, en tal caso, al acreedor-vendedor lo que le interesa no es recuperar la cosa —de hecho, la ha vendido—, sino que se ejecute y cobrar con las resultas (sobre la controversia doctrinal suscitada por el embargo de cosa propia, *vid.* BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 1971: 97 y sigs., RIVERA FERNÁNDEZ, 1994: 64-68, FERNÁNDEZ-ESPINAR, 1996: 136-137, y la doctrina que allí se cita). Buena prueba de lo expuesto es que la jurisprudencia ha admitido tal embargo en alguna ocasión (*vid., ad ex*., la STS de 7 de noviembre de 1988 *[RJ* 1988, 8421]). Asimismo, también se ha criticado que la retención del dominio por parte del vendedor no mejora sus opciones para recuperar el bien en caso de incumplimiento del comprador, pues en todo caso ha de resolver el contrato —opción de la que ya goza *ex* artículo 1124 del Código civil—. Como mucho gozará de un privilegio procesal *ex* artículo 250 LEC, pero que corresponde a todo vendedor con una compraventa a plazos que esté inscrita, contenga o no una reserva de dominio (cfr. CARRASCO PERERA, 2012: 883-885). La indicada necesidad de resolución se explica por la imposibilidad de ejercitar una reivindicatoria, al tener el comprador derecho a poseer la cosa. Sobre la naturaleza precautoria de la reserva de dominio y su compatibilidad con los remedios ante el incumplimiento *vid.,* RODRÍGUEZ-ROSADO, 2020: *pro manuscripto*.

[38] En efecto, varias de las facultades *ex* artículo 16 de la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles que se mencionan en el texto se derivan de haberse formalizado los contratos de acuerdo con las reglas de la LVPBM —que conste en escritura pública o en el modelo oficial, según los casos, e inscrito en el Registro— y no de contener en él una reserva de dominio. Tales facultades existirían, por tanto, aunque el contrato no contuviese un pacto de tal clase. Asimismo, también cabe señalar que la posibilidad de que el bien esté en manos de un tercero y el vendedor-acreedor lo pueda reclamar por el procedimiento recogido en la LVPBM (cfr. art. 16.3), que el comprador pueda entregar la posesión —no la propiedad que no tiene— (cfr. art. 16.2 b. LVPBM) o la posibilidad de paralizar la ejecución del bien objeto de la reserva de dominio acreditando esta (cfr. art. 15.3 LVPBM) constituyen argumentos a favor de la consideración de la reserva como condición suspensiva.

[39] Sobre la no vulneración de la prohibición del pacto comisorio por la reserva de dominio, *vid.,* la STS de 20 de junio de 2000 *[RJ* 2000, 5294] y las resoluciones de la DGRN de 12 de mayo de 2010 *[RJ* 2010, 2748] y 28 de noviembre de 2017 *[RJ* 2017, 5680].

[40] La inexistencia de una tesis acabada en los textos legales afecta también al ámbito tributario. En efecto, de una parte, el artículo 2 de la Ley y del Reglamento del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados (aprobados por RDL 1/1993, de 24 de septiembre y por RD 828/1995, de 29 de mayo, respectivamente), señalan que «*el impuesto se exigirá con arreglo a la verdadera naturaleza jurídica del acto*

o contrato liquidable, cualquiera que sea la denominación que las partes le hayan dado» y que «*en los actos o contratos en que medie alguna condición, su calificación se hará con arreglo a las prescripciones contenidas en el Código civil. Si fuere suspensiva no se liquidará el impuesto hasta que esta se cumpla, haciéndose constar el aplazamiento de la liquidación en la inscripción de bienes en el registro público correspondiente*». Tras las afirmaciones transcritas, que parecen apostar de manera decidida por una calificación de acuerdo con la naturaleza *sustantiva*, únicamente en el ámbito reglamentario se añade que «*cuando en el contrato se establezca la reserva del dominio hasta el total pago del precio convenido se entenderá, a efectos de la liquidación y pago del impuesto, que la transmisión se realiza con la condición resolutoria del impago del precio en las condiciones convenidas*». Como fácilmente se advierte, este último aserto —en contradicción con la jurisprudencia mayoritaria del Tribunal Supremo y lo que parece deducirse de las leyes examinadas en el texto— impone por imperativo legal una interpretación que configura la reserva de dominio como condición resolutoria «*a efectos de la liquidación y pago del impuesto*». Las preguntas, lógicamente, surgen de inmediato: ¿se mantiene la configuración como condición suspensiva para las cuestiones materiales, no «meramente recaudatorias»?, ¿es admisible mantener por motivos recaudatorios esta doble configuración? De otra parte, en lo que respecta al impuesto sobre el valor añadido, el artículo 75 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, indica que, en las entregas de bienes, se devengará el impuesto «*cuando tenga lugar su puesta a disposición del adquirente o, en su caso, cuando se efectúen conforme a la legislación que les sea aplicable. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, en las entregas de bienes efectuadas en virtud de contratos de venta con pacto de reserva de dominio o cualquier otra condición suspensiva, (…), se devengará el impuesto cuando los bienes que constituyan su objeto se pongan en posesión del adquirente*». En fin, de los textos transcritos se concluye que mientras que el Tribunal Supremo defiende de manera mayoritaria —y la configuración que legalmente parece más adecuada— la naturaleza suspensiva de la reserva —de acuerdo con la cual habrían de deducirse sus consecuencias—, a efectos recaudatorios se excepciona su operatividad en beneficio de la Agencia Tributaria, a pesar de que se indique que «*el impuesto se exigirá con arreglo a la verdadera naturaleza jurídica del acto o contrato liquidable, cualquiera que sea la denominación que las partes le hayan dado*», y a pesar también de que la propia Ley del IVA —con un criterio contrario al Reglamento del ITPAJD— asimile el «*pacto de reserva de dominio*» a «*cualquier otra condición suspensiva*». Sobre esta materia, *vid.* MONTÁNCHEZ RAMOS, 2006: 65-75.

[41] A fin de facilitar la lectura, la mayor parte de las referencias jurisprudenciales se incluirán en nota, aun cuando los argumentos de tales decisiones se expliquen en el texto.

[42] *Vid.,* entre otras, las SSTS de 19 de octubre de 1982 *[RJ* 1982, 5563], 28 de junio de 1986 *[RJ* 1986, 8130], 19 de mayo de 1989 *[RJ* 1989, 3778], 10 de diciembre de 1991 *[RJ* 1991, 8926], 12 de marzo de 1993 *[RJ* 1993, 1794], 17 de febrero de 2000 *[RJ* 2000, 1338] y 4 de octubre de 2013 *[RJ* 2013, 7053]; esta última como *obiter dicta*.

[43] Reconociendo que la reserva de dominio opera como una condición suspensiva y que, una vez abonado totalmente el precio, tiene lugar *ipso iure* la transferencia dominical, *vid.,* las SSTS de 10 de junio de 1958 *[RJ* 1958, 2142], 19 de octubre de 1982 *[RJ* 1982, 5563], 1 de diciembre de 1987 *[RJ* 1987, 9172], 19 de mayo de 1989 *[RJ* 1989, 3778], 12 de marzo de 1993 *[RJ* 1993, 1794], 16 de julio de 1993 *[RJ* 1993, 6450], 12 de julio de 1996 *[RJ* 1996, 5886], 10 de febrero de 1998 *[RJ* 1998, 970], 17 de febrero de 2000 *[RJ* 2000, 1338], 14 de octubre de 2003 *[RJ* 2003, 6498], y de 16 de marzo de 2007 *[RJ* 2007, 1857].

[44] A mi juicio, no resulta acertado el razonamiento utilizado por el Tribunal Supremo en la resolución citada en el texto. Sobre esta cuestión y la evolución que ha tenido lugar en la jurisprudencia respecto de la posibilidad del comprador de ejercitar una tercería de dominio, *vid.,* el apartado IV.4.

[45] Reconociendo que el comprador que cumple no se encuentra en situación de «simple poseedor» o «simple detentador» del bien, *vid.,* las SSTS de 16 de julio de 1993

[RJ 1993, 6450], 23 de febrero de 1995 *[RJ* 1995, 1701] o 3 de julio de 1996 *[RJ* 1996, 5555]. Las resoluciones señalan que en tal caso se posee «a título legítimo de dueña» o «como efectivo y real poseedor legítimo a título de dueño»; sobre esta cuestión se volverá enseguida en el texto.

[46] Sobre la posesión a título de dueño *vid.* las resoluciones citadas en la nota anterior. Defendiendo que se trata de una posesión en concepto de «dueño condicional» *vid.* MIQUEL, 2007: 561. Y señalando que entre el comprador y el vendedor hay una relación de mediación posesoria (cfr. art. 431 CC) de modo que el primero sería poseedor inmediato en concepto distinto al de dueño y el segundo el poseedor mediato en concepto de dueño, *vid.* GARRIGUES, 1961: 276. A mi juicio, y como se apuntará en el texto, el comprador posee en nombre propio y con la intención de hacer suya la cosa; esto es, anhelando que la posesión se convierta en dominio.

[47] De todos modos, ha habido algunas resoluciones que han calificado la posesión del comprador como «precaria» aunque reconociendo a renglón seguido que concede «el uso y el goce al comprador» (STS de 10 de junio de 1958 *[RJ* 1958, 2142]), o lo consideran como un «mero tenedor de ella con obligación de conservarla *como prenda y garantía del contrato celebrado*» (STS de 11 de julio de 1983 *[RJ* 1983, 4208]; la cursiva es añadida).

[48] Lo señalado en el texto es así respecto de la usucapión ordinaria, no en relación con la extraordinaria donde no se exige justo título ni buena fe (cfr. art. 1959 CC). Cfr. sobre esta cuestión, la STS de 3 de junio de 1993 *[RJ* 1993, 4385].

[49] En el mismo sentido *vid.* TORRES LANA, 1975: 617, MARTÍNEZ DE AGUIRRE, 1988: 131 y PINO ABAD, 2015: 1731.

[50] Sobre esta cuestión *vid.* FERNÁNDEZ-ESPINAR, 1996: 141 y 142 y PINO ABAD, 2015: 1731. De opinión similar es RIVERA FERNÁNDEZ, 1994: 81 y sigs. Asimismo, la posesión del comprador tampoco parece configurarse como una típica posesión de cosa ajena en la que se procede a un reparto de gastos o cargas (cfr. ATAZ LÓPEZ, 1992: 126).

[51] De la misma opinión es RIVERA FERNÁNDEZ, 1994: 86-89.

[52] En efecto, «*pendente conditione*», el vendedor no tiene poder de disposición sobre la cosa, ya sea de manera voluntaria, ya forzosa (cfr. SSTS de 19 de mayo de 1989 *[RJ* 1989, 3778] y de 12 de marzo de 1993 *[RJ* 1993, 1794]).

[53] Cfr. STS de 24 de julio de 2012 *[RJ* 2012, 9334] y en la doctrina, por todos, ALONSO PÉREZ, 1972: 373. El interés del comprador en proteger la cosa será mayor de ser consciente de que ha de asumir las eventuales consecuencias, mientras que la residencia de la responsabilidad en el vendedor, evidentemente, incentivará menos dicho interés. Admitiendo expresamente tanto la posesión y disfrute de la cosa por el comprador como que los riesgos y los gastos son a su costa, *vid.* la Ley 483 de la Compilación del Derecho civil Foral de Navarra: «*(…) corresponde al comprador la posesión y disfrute de la cosa vendida, con las limitaciones pactadas en su caso, así como estarán a su cargo el riesgo y todos los gastos inherentes a aquella (…)*». Finalmente, señalando que el brocardo *res perit dominus* alude únicamente al hecho de que el riesgo de la pérdida del bien afecta al propietario pero no pretende dar una respuesta acabada sobre la responsabilidad derivada de ella, *vid.* RODRÍGUEZ-ROSADO, 2020: *pro manuscripto*. A tal responsabilidad se le aplica la regla señalada en el texto.

[54] De parecida opinión, RIVERA FERNÁNDEZ, 1994: 77.

[55] Evidentemente, si se prevé que el concurso de acreedores durará menos que el calendario de pagos aplazados establecido, los administradores del concurso podrán negociar con el comprador un pago anticipado o, de no admitirse, incluir el derecho de crédito en la masa patrimonial objeto de concurso, que continuará su curso. No existe un derecho de modificación unilateral de la obligación asumida por el comprador.

[56] Así lo puso de manifiesto en su día BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 1983: 879.

[57] En concreto, la Ley 483 de la Compilación del Derecho civil Foral de Navarra dispone que «*en caso de embargo de bienes, concurso o quiebra del vendedor, quedará a*

salvo el derecho del comprador para adquirir la propiedad mediante pago íntegro del precio en los plazos convenidos».

[58] Paralelamente, en caso de concurso del comprador, entre otras sentencias que reconocen el derecho de separación del vendedor, *vid.,* las SSTS de 11 de marzo de 1929 *[JC,* 1931, tomo II, núm. 59], de 13 de mayo de 1982 *[RJ* 1982, 3166], de 23 de octubre de 1991 *[RJ* 1991, 7235] y de 7 de octubre de 1995 *[RJ* 1995, 7025].

[59] El análisis de la referida materia se realiza con ocasión del embargo pues es el supuesto que se ha presentado ante los tribunales. Ello expuesto, lo señalado en el texto también se comprende si se considera la acción de separación del artículo 80 LC en el ámbito concursal como una figura paralela al embargo extra concursal. Así, si como se verá en breve, ambas partes carecen de disponibilidad plena sobre la totalidad de la cosa, ello, lógicamente, tendrá consecuencias también en la determinación de la masa concursal. En concreto, y como es conocido, el artículo 80 LC dispone que «*los bienes de propiedad ajena que se encuentren en poder del concursado y sobre los cuales este no tenga derecho de uso, garantía o retención serán entregados por la administración concursal a sus legítimos titulares, a solicitud de estos*». Si se tratase de concurso del comprador y a salvo del incumplimiento de la obligación de pago, del artículo 80 LC también se sigue que no cabe la recuperación de la posesión por el vendedor pues, aun cuando el bien sea «*de propiedad ajena*» respecto del comprador, este tiene derecho a mantener la posesión en virtud del contrato de compraventa. Por otro lado, existiendo concurso, la resolución del contrato de compraventa con reserva de dominio se encuentra con la dificultad de que los artículos 61 y 62 LC exigen la existencia de obligaciones pendientes de cumplir; lo que, de entrada, no parece encajar bien con la situación del vendedor que ya ha entregado la posesión. A fin de orillar tal dificultad y permitir la resolución del contrato, varias han sido las soluciones aportadas por la doctrina: entender que sigue pendiente la obligación de transmitir la propiedad que las partes han asumido convencionalmente como contenido contractual al condicionarla al pago completo (cfr. MIQUEL, 2007: 597) ya que el mantenimiento del uso pacífico no constituye una obligación pendiente a efectos del artículo 61 LC sino únicamente «un deber de conducta general, implícito en el *pacta sunt servanda* en su contenido sustancial ya cumplido con la propia entrega» (cfr. STS de 12 de noviembre de 2014 *[RJ* 2014, 5905]); considerar que el único requisito de los contenidos en los citados preceptos que necesariamente ha de cumplirse es que sea un contrato bilateral (cfr. CARRASCO PERERA, 2009: 184-185); o en fin, que, apoyándose en una interpretación teleológica resulta preferible acudir a la norma especial sobre resolución de la compraventa del artículo 56 LC ante el diverso régimen que se derivaría de los artículos 61 y 62 LC en relación con la reserva de dominio y la condición resolutoria expresa (cfr. ESPEJO LERDO DE TEJADA, 2009: 341).

[60] Según se ha mencionado en las páginas precedentes, ante el incumplimiento del comprador, el vendedor puede optar por resolver el contrato o exigir su cumplimiento forzoso (cfr. arts. 1124 CC y 10.1 LVPBM); opciones ambas que están disponibles sin necesidad de que se haya efectuado inscripción alguna en el Registro. Asimismo, puede ejercitar la reserva aunque ello suponga un requisito añadido respecto de la acción de resolución al ser necesario que el vendedor pruebe el dominio, por más que, a estos efectos, el resultado de las dos acciones sea similar —situación que, en mi opinión, priva de fuerza al argumento de que se estaría vulnerando la prohibición del pacto comisorio—. La opción por el cumplimiento forzoso puede terminar en una ejecución de la cosa o en el ejercicio del *ius variandi* del artículo 1124.2 del Código civil, conforme al cual se solicita la resolución ante la imposibilidad de cumplimiento (*vid., ad ex*., la STS de 15 de julio de 1988 *[RJ* 1988, 5716]).

[61] En tal sentido se ha pronunciado en numerosas ocasiones la jurisprudencia. *Vid.,* entre otras muchas, las SSTS de 19 de mayo de 1989 *[RJ* 1989, 3778], 18 de diciembre de 1990 *[RJ* 1990, 10283], 16 de julio de 1993 *[RJ* 1993, 6450], 2 de julio de 1994 *[RJ* 1994, 6423], 20 de junio de 2000 *[RJ* 2000, 5294] o 21 de diciembre de 2000 *[RJ* 2000, 10401].

[62] Así lo señalan, entre otras, las SSTS de 19 de mayo de 1989 [*RJ* 1989, 3778], de 18 de diciembre de 1990 [*RJ* 1990, 10283] o de 21 de diciembre de 2000 [*RJ* 2000, 10401]. Igualmente, la STS de 5 de mayo de 2005 [*RJ* 2005, 3976] apunta que se puede alzar el embargo con un contrato de financiación al comprador. Un resumen de las diferencias entre las dos acciones a que ahora se alude se contiene en la STS de 8 de mayo de 1986 [*RJ* 1986, 2348].

[63] En concreto, el artículo 595 de la LEC dispone que «*1. Podrá interponer tercería de dominio, en forma de demanda, quien, sin ser parte en la ejecución, afirme ser dueño de un bien embargado como perteneciente al ejecutado y que no ha adquirido de este una vez trabado el embargo. 2. Podrán también interponer tercerías para el alzamiento del embargo quienes sean titulares de derechos que, por disposición legal expresa, puedan oponerse al embargo o a la realización forzosa de uno o varios bienes embargados como pertenecientes al ejecutado*…». De manera acorde con el texto legal, la jurisprudencia no ha circunscrito los derechos que permiten levantar un embargo a la prueba del dominio (cfr. SSTS de 10 de junio de 1991 [*RJ* 1991, 4438], de 2 de febrero de 1994 [*RJ* 1994, 861] o de 25 de junio de 2007 [*RJ* 2007, 4672]). En otro orden de cosas, no está de más señalar que también caben embargos sobre derechos distintos del de dominio (cfr. STS de 21 de diciembre de 2000 [*RJ* 2000, 10401]).

[64] Reconociendo que es el tercerista-demandante quien ha de probar lo señalado en el texto, *vid.,* la STS de 28 de mayo de 1990 [*RJ* 1990, 4092] y la STS de 16 de octubre de 1999 [*RJ* 1999, 8158] *a sensu contrario*.

[65] El argumento señalado en el texto ha sido utilizado, entre otras, por la STS de 10 de diciembre de 1991 [*RJ* 1991, 8926].

[66] Aunque no sea una explicación técnica —y sin defender la tesis de la «propiedad en tránsito» (cfr. nota núm. 21)—, a pesar de que el vendedor conserve la titularidad *formal*, el cumplimiento continuado de los pagos por el comprador, digamos, que va «debilitando» el derecho de propiedad de aquel. Lo anterior únicamente en el sentido de defender que la posición del comprador genera una expectativa que ha de ser protegible y que, en cierto sentido, aumenta de valor con el transcurso del tiempo y la realización de los pagos; materia que a continuación se aborda en el texto.

[67] En efecto, cuestión distinta del poder de disposición sobre la cosa en su totalidad es, como se indica en el texto, la disponibilidad sobre los derechos que tengan sobre ella (cfr. STS de 16 de marzo de 2007 [*RJ* 2007, 1857]).

[68] En el sentido expuesto se pronuncia la STS de 23 de febrero de 1995 [*RJ* 1995, 1701]. De manera similar, aunque no señalándolo con tales palabras, sino aludiendo a la doble situación jurídica, *vid.* la STS de 19 de mayo de 1989 [*RJ* 1989, 3778] y la STS de 24 de julio de 2012 [*RJ* 2012, 9334]. Esta última indica que «la reserva de dominio da lugar a la coexistencia temporal sobre el mismo objeto de dos posiciones jurídico-reales de tipo dominical que son simultáneas, compatibles y recíprocamente recortadas en su contenido: la del vendedor y la del comprador». Y aludiendo a que la reserva de dominio es una «reserva de la disposición del dominio» y no tanto de la titularidad del bien *vid.* la STS de 16 de julio de 1993 [*RJ* 1993, 6450]. Dicho en otros términos menos precisos: hay una especie de «dominio dividido» entre el comprador y el vendedor. Ninguno es propietario pleno durante el periodo en que se están abonando los plazos y, en consecuencia, ninguno tiene una disponibilidad sobre la totalidad del bien. En tal sentido, la STS de 14 de octubre de 2003 [*RJ* 2003, 6498] señaló que el comprador no tiene poder de disposición o facultad transmisiva sobre la cosa, y, en consecuencia, no puede convertir unos bienes muebles que haya adquirido con reserva de dominio en inmuebles por incorporación hasta tanto adquiera de manera plena la propiedad (cfr. STS de 3 de julio de 1987 [*RJ* 1987, 5047]). En cambio, admitiendo el poder de disposición en relación con los derechos que se tengan *sobre la cosa*, *vid.* la STS de 16 de marzo de 2007 [*RJ* 2007, 1857].

[69] *Vid.,* en tal sentido, la STS de 28 de diciembre de 1999 [*RJ* 1999, 9618]; y en la doctrina MONTÁNCHEZ RAMOS, 2006: 125-126 y DE VERDA Y BEAMONTE, 2009: 10.

[70] Según ATAZ LÓPEZ (1992: 127), la titularidad formal del vendedor, a estos efectos, se circunscribe a la facultad de reclamar la devolución de la cosa ante el incumplimiento del comprador, así como a la preferencia para el cobro. En este contexto, *vid.* también la Instrucción de 3 de diciembre de 2002 de la DGRN que permite la anotación de embargo únicamente sobre los derechos que se ostenten, no sobre la totalidad del bien. En concreto, el apartado 15 dispone que «… los Registradores denegarán los mandamientos de embargo sobre bienes vendidos a plazos con pacto de reserva de dominio (…), en virtud de contratos inscritos en el Registro de Bienes Muebles, cuando el objeto del embargo sea la propiedad de tales bienes y el embargo se dirija contra persona distinta del vendedor, financiador o arrendador. Podrán anotarse los embargos que tengan por objeto la posición jurídica del comprador a plazos (…), pero la anotación de embargo quedará sin efecto y podrá solicitarse su cancelación en caso de que (…) el vendedor con pacto de reserva de dominio a su favor recupere los bienes ante el impago por parte del comprador del precio aplazado».

[71] De la misma opinión es DE VERDA Y BEAMONTE, 2009: 9 quien cita la resolución de la DGRN de 16 de marzo de 2004 *[RJ* 2004, 2388] que alude a «los derechos que este —el comprador— ostente en el bien embargado».

[72] De similar opinión es BLANCO GASCÓ, 2000: 88. *Vid.,* también nota núm. 74.

[73] La jurisprudencia relativa a la reserva de dominio es proclive a defender y proteger el «derecho expectante» del comprador. Así lo señalan, entre otras, las SSTS de 19 de mayo de 1989 *[RJ* 1989, 3778], de 12 de marzo de 1993 *[RJ* 1993, 1794], de 16 de julio de 1993 *[RJ* 1993, 6450] o de 16 de marzo de 2007 *[RJ* 2007, 1857].

[74] En concreto, el artículo 1121 del Código civil dispone que «*el acreedor puede, antes del cumplimiento de las condiciones, ejercitar las acciones procedentes para la conservación de su derecho. El deudor puede repetir lo que en el mismo tiempo hubiese pagado*». A mi juicio, y a pesar de que el texto del precepto aluda a «acciones», entiendo que permite el ejercicio de medidas de conservación del derecho tanto de orden judicial como extrajudicial. Asimismo, y a pesar de no defender la «tesis clásica», BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO señala que, de acuerdo con la construcción tradicional de la reserva de dominio, durante la situación jurídica de pendencia, «las titularidades provisionales deben salvaguardar la titularidad definitiva (del comprador que cumplió y pagó en su totalidad el precio aplazado), determinando la invalidez de todas aquellas actuaciones que pongan en cuestión, total o parcialmente, esta última titularidad» (1983: 878).

[75] Considerando el derecho del comprador, tras la entrega, como un derecho de carácter real aunque sometido a una garantía real hasta el completo pago, *vid.* ESPEJO LERDO DE TEJADA, 2008: 329.

[76] Cfr. PINO ABAD, 2015: 1734.

[77] En efecto, la mala situación económica del vendedor es la que está en el origen del embargo y/o del concurso de acreedores. De no admitirse acciones de defensa a favor del comprador —en lo que ahora interesa, la tercería de dominio o el derecho de separación *ex artículo* 80 LC—, posiblemente este solo tendría una acción personal para el cobro del precio que hubiese abonado, que difícilmente se realizará debido a la falta de solvencia económica del vendedor. Asimismo, en tal situación se estaría sobreprotegiendo a los acreedores de este último quienes verían ir adelante su embargo sin ningún tipo de oposición. A este respecto, en el ámbito normativo, el artículo 4 ORVPBM sí parece permitir el embargo *de la cosa* por deudas del vendedor pero no del comprador. A mi juicio, y por lo expuesto en el texto, es preciso efectuar una interpretación correctora de dicho precepto reglamentario para acomodarlo a la situación jurídico-real de las partes, pues, erróneamente, no la tiene en cuenta cuando atiende de manera estricta al carácter suspensivo de la condición, que, en lo que ahora atañe, conlleva dejar indefenso al comprador. Cierto es que tal parece ser la consecuencia que se deriva de la literalidad de la citada Ordenanza. Pero cierto es también que no existe una construcción acabada y coherente de la reserva de dominio en el ámbito legislativo y las tesis doctrinales o

jurisprudenciales más acordes a la situación real de las partes disienten de la interpretación que literalmente se deduce de dicho precepto.

[78] Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 1983: 879.

[79] Cfr. PINO ABAD, 2015: 1733.

[80] De todos modos, en el ámbito doctrinal, y en contra de exigir el cumplimiento de la obligación de pago por el comprador como requisito para el ejercicio de la tercería de dominio, se pronuncia MONTÁNCHEZ RAMOS, 2006: 123-124.

[81] En su día, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO ya reconocía que la admisibilidad de una tercería de dominio a favor del comprador no es una «consecuencia necesaria» de la construcción de la reserva de dominio como condición suspensiva (1989: 580). La mencionada es, por tanto, una de las dificultades que presenta tal tesis en el contexto legal actual.

[82] En este contexto, *vid.,* el peculiar supuesto que recoge la STS de 7 de noviembre de 1988 *[RJ* 1988, 8421] donde se embargó la cosa en su totalidad y no los derechos que el comprador tenía sobre ella. El procedimiento —iniciado por el propio vendedor— culminó con la ejecución del bien y, tras la subasta, intentó reclamar frente al tercero rematante apoyándose en la reserva de dominio existente. Reclamación que denegó el tribunal al reconocer que en tal caso el embargo no se contraía a los derechos del comprador sobre la cosa sino también a la propiedad que el vendedor ostentaba —lo que prueba en base a los importes pagados, adeudados y del remate—, de manera que la adjudicación al rematante supuso la transferencia de toda la titularidad dominical.

[83] *Vid.,* en tal sentido, la STS de 19 de mayo de 1989 *[RJ* 1989, 3778] que señala que, en el supuesto indicado, «es evidente que e*l único medio de que el comprador dispone para la conservación de su derecho*, conforme al artículo últimamente citado [alude al art. 1121 CC] *es el ejercicio de la acción de tercería de dominio* para el levantamiento del embargo trabado sobre la cosa, la cual no forma parte del patrimonio del vendedor apremiado, al no tener este, como antes se ha dicho, la libre disposición de ella, sin que esto implique desvirtuación alguna del expresado pacto de reserva de dominio, el cual solamente podrá desplegar su verdadera efectividad, en cuanto simple garantía que es del pago del precio, cuando los compradores no cumplan su obligación de pago aplazado, lo que aquí no ha ocurrido, y *sin perjuicio*, por otra parte, *de que los acreedores del vendedor*, durante el expresado periodo de «pendente conditione», *puedan trabar embargo sobre el crédito que el vendedor ostenta contra el comprador por la parte del precio cuyos plazos aún quedan por vencer, pero no sobre la cosa vendida*» (la cursiva es añadida).

[84] Cfr., entre otras, las SSTS de 19 de mayo de 1989 *[RJ* 1989, 3778], 16 de julio de 1993 *[RJ* 1993, 6450], 23 de febrero de 1995 *[RJ* 1995, 1701] y 3 de julio de 1996 *[RJ* 1996, 5555] que reconocen la tercería de dominio al comprador aun a pesar de no estar registrada. Considerando tal admisibilidad como una desnaturalización de la tercería basada en razones de justicia material y una excepción al principio de relatividad de los contratos, *vid.* DE VERDA Y BEAMONTE, 2009: 14. Y defendiendo la opinión jurisprudencial señalada en el texto *vid.* también las SSTS de 16 de marzo de 2007 *[RJ* 2007, 1857] y de 25 de junio de 2007 *[RJ* 2007, 4672]. En contra del referido criterio que admite la tercería de dominio al comprador —con los requisitos señalados— y que es mayoritario en la jurisprudencia, cabe apuntar dos resoluciones que, a mi juicio y por lo expuesto en el texto, no resultan acertadas: la ya citada STS de 11 de julio de 1983 *[RJ* 1983, 4208] que, considerando que la propiedad es del vendedor hasta el completo pago, no permite interponer tercería al comprador que paga puntualmente. Y la STS de 8 de noviembre de 2007 *[RJ* 2007, 7418] que negó la tercería de dominio a un comprador que no había pagado el precio. Esta última resolución señaló que los bienes seguían siendo del vendedor, admitiendo un embargo realizado antes de la escritura pública de compraventa que suponía consumación del negocio.

[85] El artículo 15.1.II de la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles señala que el «*Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles se llevará por los Registradores de la*

Propiedad y Mercantiles y se sujetará a las normas que dicte el Ministerio de Justicia». Todo lo relativo a su funcionamiento está contenido en la ya mencionada Ordenanza del Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles de 19 de julio de 1999. Junto con ello, y en otro orden de cosas, ha de tenerse en cuenta que la reserva de dominio es un acto de trascendencia real que, cuando afecta a inmuebles, puede publicar el Registro de la Propiedad (cfr. art. 23 LH y la STS de 24 de julio de 2012 *[RJ* 2012, 9334]).

[86] En concreto, el primero de los artículos señalados en el texto dispone que «*1. Para que sean oponibles frente a terceros las reservas de dominio o las prohibiciones de disponer que se inserten en los contratos sujetos a la presente Ley, será necesaria su inscripción en el Registro a que se refiere el párrafo siguiente. La inscripción se practicará sin necesidad de que conste en los contratos nota administrativa sobre su situación fiscal*». No sería suficiente, por tanto, la inscripción en un Registro de carácter administrativo —por ejemplo, el Registro de vehículos— pues no prejuzga la titularidad ni otras cuestiones de naturaleza civil o mercantil (cfr. art. 2.1 RD 2822/1998, de 23 de diciembre, que aprueba el Reglamento General de Vehículos; *vid.,* también la STS de 30 de diciembre de 2002 *[RJ* 2003, 331]). El segundo precepto citado en el texto dispone que *«se presume que el contenido de los derechos inscritos es conocido por todos y no podrá invocarse su ignorancia. Los actos y contratos inscribibles no inscritos no perjudicarán a tercero».*

[87] Asimismo, el párrafo 2 del artículo 15 de la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles dispone que «*igualmente se presumirá, salvo prueba en contrario, que los contratos inscritos son válidos*». Por otra parte, no ha de olvidarse que al no cambiar la no inscripción en el Registro la cualidad del comprador, no le convierte en un tercero que pueda enervar la acción del vendedor (cfr. STS de 13 de mayo de 1982 *[RJ* 1982, 3166]). Junto con ello, ha de apuntarse también que la inscripción de la compraventa con reserva de dominio en el Registro tampoco convierte al documento que la contenga en una escritura pública, para lo que, según es conocido, resulta necesaria la intervención de la autoridad correspondiente. La inscripción dará, por tanto, fe de la fecha de presentación pero no de su contenido (cfr. STS de 2 de noviembre de 2001 *[RJ* 2001, 228]).

[88] Junto con las señaladas en la nota núm. 84, *vid.* también las SSTS de 21 de marzo de 2003 *[RJ* 2003, 2761] o de 16 de marzo de 2007 *[RJ* 2007, 1857].

[89] Un resumen de esta línea doctrinal se contiene en RODRÍGUEZ-ROSADO, 2020: *pro manuscripto* y la doctrina que allí se cita.

[90] Sobre el derecho de separación a pesar de la no inscripción de una reserva mobiliaria, *vid.* las SSTS de 13 de mayo de 1982 *[RJ* 1982, 3166] y de 23 de octubre de 1991 *[RJ* 1991, 7235].

[91] No ha de olvidarse en este contexto que el artículo 7.11 de la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles dispone que puede incluirse en el contrato «*la prohibición de enajenar o de realizar cualquier otro acto de disposición en tanto no se haya pagado la totalidad del precio o reembolsado el préstamo, sin la autorización por escrito del vendedor o, en su caso, del financiador*».

[92] Entre otras muchas, reconocen la necesidad de inscripción de la reserva para su oponibilidad frente a terceros las SSTS de 10 de mayo de 1990 *[RJ* 1990, 3699], de 28 de mayo de 1990 *[RJ* 1990, 4092], de 6 octubre de 1993 *[RJ* 1993, 7307], de 26 de mayo de 1995 *[RJ* 1995, 4129], de 12 de julio de 1996 *[RJ* 1996, 5886] o de 5 de mayo de 2005 *[RJ* 2005, 3976]. En el mismo sentido, *vid.,* la STS de 26 de abril de 2007 *[RJ* 2007, 3177] que señaló que la preferencia del artículo 1922.1 del Código civil cede si se trata de una venta de bienes muebles a plazo, que exige inscripción registral para su efectividad; la STS de 16 de octubre de 1999 *[RJ* 1999, 8158] que apuntó que la reserva de dominio no puede perjudicar a un tercero que no sea parte de ella; o, finalmente, la STS de 4 de octubre de 1993 *[RJ* 1993, 7456] que afirmó que la tercería no cabe si la reserva de dominio no se inscribió en el Registro y si el embargo es anterior a la inscripción. Por otra parte, el conocimiento que tenía el tercero a pesar de la no inscripción es lo que explica la divergencia de soluciones existente entre la STS de 1 de diciembre de 1909

(JC, CXVI, núm. 76) y la STS de 30 de noviembre de 1915 *(JC,* CXXXIV, núm. 119): mientras que la primera negó la eficacia frente al tercero, la última la admitió sobre la base del referido conocimiento del pacto, permitiendo el ejercicio de una tercería de dominio (cfr. CLARET, 1930: 520). En otro orden de cosas, criticando la jurisprudencia que admite la eficacia de la reserva de dominio excluida de la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles frente a terceros, a pesar de la no inscripción, siempre que haya constancia escrita del pacto y conocimiento de su existencia, *vid.* MARÍN LÓPEZ, 2015: 501-502.

[93] Como es conocido, la Ordenanza de 15 de noviembre de 1982 contemplaba la caducidad automática de la inscripción —esto es, aunque no hubiese cancelación formal—, cuyo resultado era la pérdida de eficacia de la protección ofrecida por el Registro (señalando que la inscripción caducada supone que los derechos protegidos por ella se pierden, *vid.,* la STS de 28 de febrero de 1986 *[RJ* 1986, 939]). En tal contexto, a efectos de enervar una tercería de dominio lo relevante era la fecha del embargo, resultando irrelevante la caducidad posterior a aquel (cfr. STSS de 10 de mayo de 1990 *[RJ* 1990, 3699] y de 18 de diciembre de 1990 *[RJ* 1990, 10283]). El embargo había de mantenerse entonces si la inscripción no estaba vigente en tal momento (cfr. STS de 30 de marzo de 1983 *[RJ* 1983, 1653]; una interpretación «extensiva» de los medios para la prórroga de la vigencia eludiendo el referido automatismo se contenía en la resolución de la DGRN de 18 de julio de 2001 *[RJ* 2002, 2394]). La mencionada caducidad automática ha sido suprimida por la vigente Ordenanza de 19 de julio de 1999. Así, el artículo 22 ORVPBM solo contempla como causa de cancelación de la inscripción la solicitud a instancia de parte o la resolución judicial.

(Trabajo recibido el 31-5-2019 y aceptado para su publicación el 16-9-2019)

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 25-7-2019
BOE 4-10-2019
Registro de la Propiedad de Madrid, número 47.

PROPIEDAD HORIZONTAL: CAMBIO DE USO DE UN ELEMENTO PRIVATIVO.

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. 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, como lo acredita en este caso el mismo contenido del escrito de interposición.

Respecto del fondo de la cuestión planteada, como puso de relieve esta Dirección General ya en su resolución de 12 de diciembre de 1986, no es función de los estatutos la definición casuística del contenido dominical sobre los elementos privativos de la propiedad horizontal, sino, a lo sumo, la articulación normativa de la zona de fricción derivada de la interdependencia objetiva entre derechos de análoga naturaleza, de modo que en las hipótesis no contempladas, será regla la posibilidad de cualquier uso, siempre que este sea adecuado a la naturaleza del objeto y no vulnere los límites genéricos de toda propiedad o los específicos de la propiedad horizontal. Por su parte, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo

ha entendido reiteradamente que la mera descripción del inmueble no supone una limitación del uso o de las facultades dominicales, sino que la eficacia de una prohibición de esta naturaleza exige una estipulación clara y precisa que la establezca.

En el caso del presente recurso no concurre ninguna de las circunstancias que hacen necesaria la autorización unánime de la comunidad de propietarios. En primer lugar, no hay infracción de los estatutos. No estando expresamente limitado el cambio de uso de local a vivienda no cabe entender que ello implique una actuación en contra de lo establecido en el título, lo que solo podría llevarse a cabo modificándolo por acuerdo de la junta de propietarios. Por último, no consta que la transformación realizada por los interesados cambiando el destino de su local a vivienda afecte a elementos comunes del inmueble, modifique las cuotas de participación, menoscabe o altere la seguridad del edificio, su estructura general, su configuración o estado exteriores.

Resolución de 25-7-2019
BOE 4-10-2019
Registro de la Propiedad de Chiclana de la Frontera, número 2.

SEGREGACIÓN DE FINCA: APLICABILIDAD DEL ARTÍCULO 28.4 DE LA LEY DEL SUELO.

Respecto del primer defecto recurrido, esta Dirección General en su resolución de 17 de octubre de 2014 reconoció la analogía en la admisión de la vía de la prescripción acreditada para inscribir no solo edificaciones, sino también divisiones o segregaciones antiguas, aplicable también en cuanto a las cautelas y actuaciones que de oficio ha de tomar el registrador, con carácter previo y posterior a la práctica del asiento. Por ello, a falta de una norma que declare expresamente la nulidad radical del acto jurídico de segregación sin licencia —cfr. sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 26 de enero de 2006— o un pronunciamiento judicial en tal sentido —*vid.* sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 11 de junio de 2010—, este tratamiento registral es compatible con la eficacia civil y situación consolidada del acto jurídico, en principio, desde el punto de vista urbanístico, por razón de su antigüedad. Y todo ello, lógicamente, sin perjuicio de lo dispuesto en materia de régimen de unidades mínimas de cultivo.

Para inscribir escrituras públicas de división o segregación de fincas es preciso acreditar a los efectos del artículo 26 de la Ley estatal de suelo —hoy artículo 28 del texto refundido de 2015— la oportuna licencia o declaración de innecesariedad o, para el supuesto de parcelaciones de antigüedad acreditada fehacientemente, podrá estimarse suficiente, como título administrativo habilitante de la inscripción, la declaración administrativa municipal del transcurso de los plazos de restablecimiento de legalidad o su situación de fuera de ordenación o similar, conforme a la respectiva normativa de aplicación, por lo que así debe entenderse la aplicación analógica matizada del artículo 28.4 de la Ley de Suelo.

De los datos que se acaban de reseñar se desprende con claridad que la pretensión del recurrente invocando prescripción urbanística de la segregación efectuada en el año 2005, en base a su situación catastral consolidada y la existencia de certificación administrativa favorable a tal pretensión, carece de todo fundamento.

Igual suerte ha de correr el recurso en cuanto al segundo defecto, relativo a la falta de aportación de las coordenadas de la finca, como exige el artículo 9 de la Ley Hipotecaria, pues el recurrente no niega que concurre tal defecto, sino que se limita a anunciar que está intentando subsanarlo.

Resolución de 25-7-2019
BOE 4-10-2019
Registro de la Propiedad de Águilas.

DOMINIO PÚBLICO MARÍTIMO TERRESTRE: SERVIDUMBRES DE USO PÚBLICO.

Para proteger el dominio público marítimo-terrestre, también se establecen una serie de limitaciones a la propiedad de los terrenos colindantes, según la zona de que se trate. Concretamente, por lo que interesa en este recurso, se configura una servidumbre legal de protección del citado dominio (sobre una franja de terreno de cien metros, ampliables hasta un máximo de otros cien metros —cfr. arts. 23 y sigs. de la Ley de Costas—), que comporta la prohibición general de determinadas actividades y, sobre todo, construcciones consideradas perjudiciales para la adecuada protección de ese medio natural tan sensible. Asimismo, se establece una servidumbre de tránsito sobre una franja de terreno —de seis metros, ampliables hasta un máximo de veinte metros— que deberá dejarse permanentemente expedita para el paso público peatonal y para los vehículos de vigilancia y salvamento.

Por ello, el artículo 49.4 del citado Reglamento dispone que no podrán inscribirse en el Registro de la Propiedad las obras y construcciones realizadas en la zona de servidumbre de protección sin que se acredite la correspondiente autorización. Asimismo, este precepto reglamentario añade que para determinar si la finca está o no incluida en dicha zona se aplicarán, con las variaciones pertinentes, las reglas establecidas en relación con las inmatriculaciones de fincas incluidas en la zona de servidumbre de protección. Y según el artículo 28 del mismo Reglamento, tratándose de edificaciones o construcciones ubicadas en la servidumbre de tránsito será exigible el informe favorable, previo, emitido por la Administración General del Estado (en el que conste que la servidumbre de tránsito queda garantizada, de acuerdo con lo dispuesto en la disposición transitoria decimocuarta, apartado 5, del mismo Reglamento), salvo que se acredite su obtención por silencio o resulte de la propia licencia de edificación.

Las sucesivas redacciones legales serán de aplicación a los documentos otorgados durante sus respectivos periodos de vigencia, aunque las correspondientes obras se hayan ejecutado en un momento anterior. Ahora bien tratándose de escrituras autorizadas con anterioridad a la entrada en vigor de una determinada norma de protección de legalidad urbanística pero presentadas en el Registro de la Propiedad durante su vigencia, debe exigir el registrador su aplicación, pues el objeto de su calificación se extiende a los requisitos exigidos para la inscripción». El artículo 28.4 de la Ley del Suelo exige la constatación de un doble hecho negativo: por un lado, «la inexistencia de anotación preventiva por incoación de expediente de disciplina urbanística sobre la finca objeto de la construcción, edificación e instalación de que se trate» y, por otro, «que el suelo no tiene carácter demanial o está afectado por servidumbres de uso público general».

En el presente caso no concurre este último requisito dado que consta incorporada al propio título calificado certificación del órgano administrativo competente (Dirección General de Sostenibilidad de la Costa y del Mar) acreditativo de que la finca a la que se refiere este expediente, si bien «no invade el dominio público marítimo-terrestre», sin embargo, «se halla sometida a las servidumbres legales de tránsito y protección establecidas en el capítulo II del título II de la vigente Ley de Costas».

Las servidumbres de uso público a que se refiere el artículo 28.4 del texto refundido de la Ley de Suelo, al regular la inscripción en el Registro de la Propiedad de las obras nuevas «prescritas», deben entenderse como «delimitaciones del contorno ordinario del derecho de dominio de las fincas afectadas más que como gravámenes singulares», de forma que siguen, en su mayoría, «produciendo sus efectos como limitaciones legales del dominio sin necesidad de inscripción separada y especial» (cfr. arts. 26.1 y 37.3 de la Ley Hipotecaria). Debe advertirse, además, que tales limitaciones al derecho de dominio del titular colindante con el demanio costero tenían sus precedentes en las servidumbres de salvamento, de paso y de vigilancia litoral establecidas en la Ley 28/1969, de 26 de abril, de costas (cfr. art. 4 y concordantes), y por tanto en fecha anterior a la ejecución del acto edificatorio aquí cuestionado

Resolución de 25-7-2019
BOE 4-10-2019
Registro de la Propiedad de Rivas Vaciamadrid.

BIENES GANANCIALES: DONACIÓN HECHA POR UNO DE LOS CÓNYUGES RATIFICADA POSTERIORMENTE POR EL OTRO.

El defecto no puede mantenerse, dado que tal y como ha quedado expuesto en los Hechos, si bien la escritura de donación fue otorgada por uno solo de los que conforme al Registro de la Propiedad figura como cónyuge titular de la finca en gananciales, posteriormente el otro ratifica la citada escritura y, por tanto, no se da el supuesto de hecho planteado en la nota de calificación.

La nulidad a la que se refiere el artículo 1378 del Código civil debe interpretarse en el sentido de que a diferencia de en los actos dispositivos a título oneroso (art. 1377 CC), en los actos a título gratuito no cabe la autorización judicial subsidiaria (cfr. resolución de 6 de octubre de 1966). El artículo no exige expresamente que la prestación del consentimiento deba ser simultánea.

Resolución de 25-7-2019
BOE 4-10-2019
Registro de la Propiedad de Elche, número 3.

CONTROL DE LOS MEDIOS DE PAGO: CANCELACIÓN POR CADUCIDAD DE UNA CONDICIÓN RESOLUTORIA

Vistos los requisitos legales (arts. 24 Ley Notariado, 177 RN, 11, 21 y 254 LH) para la exigibilidad de la constancia de los medios de pagos, procede examinar si el supuesto del documento calificado se incluye en el ámbito de aplicación de la Ley de Prevención de fraude fiscal.

La cancelación de la condición resolutoria por caducidad no es un acto o contrato a título oneroso y con existencia de contraprestación en dinero o signo que lo represente. Como apunta el recurrente, aun cuando existan pagos no acreditados, dicha circunstancia no debe impedir la caducidad convenida, puesto que el transcurso del plazo es presupuesto esencial acordado para la cancelación.

Resolución de 25-7-2019
BOE 4-10-2019
Registro de la Propiedad de Valencia, número 8.

BIENES DE INTERÉS CULTURAL EN VALENCIA: DERECHOS DE TANTEO Y RETRACTO.

A la vista de las disposiciones invocadas en la nota de calificación resulta incuestionable la transcendencia jurídica que tiene la consideración o no de la finca transmitida como bien de interés cultural, pues en caso afirmativo estaría sujeta tanto a la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, que atribuye en su artículo 38 a la Administración del Estado un derecho de tanteo en los casos de que se trate de enajenar un bien declarado de interés cultural (incluido en el Inventario General al que se refiere el artículo 26 de la misma ley), imponiendo al propietario o titular la obligación de notificar su propósito de enajenación previamente a dicha Administración declarando el «precio y condiciones» en que se proponga realizar la enajenación, como a la Ley 4/1998, de 11 de junio, del Patrimonio Cultural Valenciano, que igualmente establece sendos derechos de tanteo y retracto.

Los tanteos y retractos legales son derechos taxativamente concedidos por la ley para supuestos concretos con fundamento en el interés social, existiendo desde antiguo una jurisprudencia que se inclina a favor de su interpretación restrictiva (*vid*. sentencias del Tribunal Supremo de 24 de noviembre 1921, 9 de julio de 1958 y 3 de julio de 1959) —si bien más recientemente, la sentencia número 450/2012, de 11 de junio, en relación con los tanteos y retractos arrendaticios ha defendido un criterio de interpretación estricto, y no restrictivo.

Un elemento determinante resulta la constatación de forma clara de la concurrencia del supuesto de hecho legitimador de los derechos de tanteo y retracto, en este caso, la calificación administrativa del bien vendido como un bien de interés cultural y, en su condición de tal, su previa inclusión en el Inventario General del Patrimonio Cultural valenciano, a que se refiere el artículo 22 de la citada Ley 4/1998, de 11 de junio, de Valencia. En el presente caso, vista la documentación obrante en el expediente, que se presentó tempestivamente en el Registro junto con la escritura calificada, no puede negarse la consideración de la finca objeto de este recurso como bien de interés cultural como elemento integrante del monumento conocido como «Iglesia Parroquial denominada de los (…)».

De todo ello no cabe sino inferir que la finca objeto de la compraventa a que se refiere el presente recurso forma parte, como parte integrante, del monumento de la Iglesia Parroquial de (…), y que como tal tiene la condición de bien de interés cultural con arreglo a la Ley 4/1998, de 11 de junio, del Patrimonio Cultural Valenciano, y en consecuencia está sujeta al régimen jurídico propio de tales bienes y, por tanto, a las limitaciones derivadas de los derechos de tanteo y retracto de su artículo 22, lo que da fundamento legal a la calificación impugnada en cuanto exige como condición previa. La conclusión anterior no puede quedar desvirtuada

por el hecho de que no se haya hecho constar en el Registro de la Propiedad la cualidad de bien de interés cultural, conforme a la previsión del artículo 29.4 de la Ley 4/1998, de 11 de junio, del Patrimonio Cultural de Valencia. Al margen de otros efectos o responsabilidades que eventualmente puedan derivarse del incumplimiento de tal previsión legal, por lo que se refiere a los concretos derechos de tanteo y retracto establecidos por el artículo 22 de la citada Ley, vienen configurados con el carácter de derechos de adquisición preferente de origen legal, que se imponen como limitaciones legales del dominio (cfr. art. 26.1.ª de la Ley Hipotecaria), y a los que resulta aplicable el artículo 37.3 de la Ley Hipotecaria.

Resolución de 25-7-2019
BOE 4-10-2019
Registro de la Propiedad de Palma de Mallorca, número 4.

CONVENIO REGULADOR DE LA SEPARACIÓN Y DIVORCIO: LEY DE PAREJAS ESTABLES EN BALEARES.

En el ámbito que nos atañe, puede concluirse que el contenido del documento judicial que le confiere plena viabilidad para acceder a los libros del Registro de la Propiedad, dentro de los cauces previstos en el artículo 3 de la Ley Hipotecaria, es aquel que configura el resultado de un litigio o un pleito, y no como un simple conducto formal de constatación de un acuerdo entre las partes interesadas. Como caso específico, debe destacarse el convenio regulador de las situaciones de crisis matrimonial. Como ha puesto de relieve este Centro Directivo, es inscribible el convenio regulador sobre liquidación del régimen económico-matrimonial que conste en testimonio judicial acreditativo de dicho convenio, siempre que haya sido aprobado por la sentencia que acuerda la nulidad, la separación o el divorcio.

El caso ahora planteado, comprende la solicitud de acceso al Registro de un convenio regulador adoptado en materia de guarda y custodia de hijos no matrimoniales, el cual es objeto de aprobación judicial. Dentro de dicho convenio, además de proceder a regular las relaciones paterno filiales «*stricto sensu*» los progenitores aprovechan para disolver el condominio existente entre ambos, llevando a cabo su liquidación.

En este sentido, ha de recordarse que la disposición adicional segunda de la Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de Parejas Estables, aprobada por el Parlamento de las Illes Balears señala que «los derechos y las obligaciones establecidos para los cónyuges en el marco competencial normativo de las Illes Balears se entenderán de igual aplicación para los miembros de una pareja estable». Esta equiparación, por tanto, se hace únicamente dentro de los límites normativos de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears y a los meros efectos de reconocer a los integrantes de una pareja estable los mismos derechos y obligaciones reconocidos a los cónyuges, pero sin establecer una igualdad de régimen jurídico (y no solo en el ámbito personal, sino también en el patrimonial) en términos absolutos entre las relaciones matrimoniales y las no matrimoniales estables.

Como consecuencia, y sin entrar a valorar su eficacia y validez entre las partes como cualquier otro contrato o acuerdo privado, el título analizado debe ser observado desde las exigencias normales del principio de titulación formal plasmado en el artículo 3 de la Ley Hipotecaria, que como antes se ha contemplado exige el otorgamiento en escritura pública notarial de aquellos acuerdos que voluntariamente otorgados por las partes deseen ser incorporados a los libros del Registro de la Propiedad.

Resolución de 26-7-2019
BOE 11-10-2019
Registro de la Propiedad de Jijona.

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN DE HIPOTECA: DEMANDA Y REQUERIMIENTO DE PAGO AL TERCER POSEEDOR.

Se debate en el presente expediente sobre si es inscribible un decreto de adjudicación en procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados y practicables las consiguientes cancelaciones ordenadas en el correspondiente mandamiento de cancelación de cargas si en el procedimiento no se ha demandado a quienes, no siendo deudor del préstamo hipotecario ni hipotecante no deudor, adquirieron una participación de la finca ejecutada e inscribieron su adquisición antes de iniciarse el procedimiento y de expedirse la preceptiva certificación de dominio y cargas.

Conforme a los artículos 132 LH y 685 LEC es necesaria la demanda y requerimiento de pago al tercer poseedor de los bienes hipotecados que haya acreditado al acreedor la adquisición de sus bienes, entendiendo la Ley Hipotecaria que lo han acreditado quienes hayan inscrito su derecho con anterioridad a la nota marginal de expedición de certificación de cargas. El principio constitucional de protección jurisdiccional de los derechos y 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. De conformidad, pues, con esta doctrina constitucional el tercer adquirente debe ser demandado en el procedimiento hipotecario si antes de la interposición de la demanda tiene su título inscrito quedando suficientemente acreditada frente al acreedor (art. 685.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) desde el momento que este conoce el contenido de la titularidad publicada.

Diferente tratamiento habría de darse a un caso en el que la inscripción a favor del tercer adquirente se hubiera producido una vez interpuesta la demanda frente al que hasta entonces era titular registral y con anterioridad a la expedición de la preceptiva certificación de dominio y cargas, momento en que queda consignado registralmente el comienzo del procedimiento. En esa hipótesis resultaría de aplicación lo dispuesto en el artículo 689 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, siendo suficiente la notificación para que pudiera intervenir en la ejecución, conforme a lo dispuesto en el artículo 662 del mismo texto legal. Pero en el presente caso, la inscripción en favor del tercer poseedor se había practicado dos años antes de que se iniciara el procedimiento de ejecución hipotecaria.

Lo anterior, que llevaría a la desestimación de este recurso, no puede sostenerse, sin embargo, en el caso que motiva el presente expediente, en el que, consultado el fichero localizador de entidades inscritas (FLEI) y la propia documentación presentada, se comprueba que las alegaciones realizadas por el recurrente, relativas al hecho de que la titular registral «Gestimarton 1994, S.L.», se encuentra conformada por las mismas personas que la adjudicataria del bien, «Eternex Solutions, S.L.», así como que ambas sociedades están representadas por la misma persona, que no es otra que el cónyuge de la entonces aportante titular registral, son efectivamente ciertas; motivo por el que el juez, en las distintas diligencias que se acompañan, no estima necesario trasladar demanda y requerimiento de pago a quien ya se halla suficientemente notificado del procedimiento y no en situación de indefensión (art. 24 de la Constitución española).

No de otro modo puede entenderse el hecho de que, del proceso y de la propia representación procesal, se infiere un consentimiento de las partes al objeto del proceso, y, por ende, a todo el iter procesal, quedando excluida cualquier posibilidad de indefensión.

Resolución de 26-7-2019
BOE 11-10-2019
Registro de la Propiedad de Cazalla de la Sierra.

HERENCIA: TÍTULO SUCESORIO Y DOCUMENTOS COMPLEMENTARIOS.

Como ha puesto de relieve este Centro Directivo (cfr. resoluciones de 25 de octubre de 2005 y 16 de junio de 2010, entre otras muchas) uno de los principios básicos de nuestro sistema registral es el llamado principio de legalidad que, por la especial trascendencia de efectos derivados de los asientos del Registro (que gozan «*erga omnes*» de la presunción de exactitud y validez y se hallan bajo la salvaguardia jurisdiccional —artículos 1 y 38 de la Ley Hipotecaria—), está fundado en una rigurosa selección de los títulos inscribibles sometidos a la calificación del registrador, y así el artículo 3 de la Ley Hipotecaria establece, entre otros requisitos, la exigencia de documento público o auténtico para que pueda practicarse la inscripción en los libros registrales, y esta norma se reitera a través de toda la Ley Hipotecaria, así como de su Reglamento, salvo contadas excepciones que son ajenas al caso ahora debatido.

El testamento responde tanto al concepto de título material como formal, pues es ante todo un negocio jurídico «*mortis causa*» que expresa la voluntad del testador que es la ley de la sucesión y la que decide con plenos efectos el destino de los bienes constituyendo el título o causa de adquisición de los mismos, una vez que el llamamiento se completa con la aceptación y adjudicación de herencia (cfr. arts. 609 y 670 CC). Por otra parte, desde el punto de vista formal, la doctrina de este Centro Directivo admite (véanse resoluciones citadas en los «Vistos») como suficiente a los efectos del Registro, en las inscripciones basadas en escrituras públicas de partición de herencia, la presentación de las primeras copias, testimonios por exhibición y traslados directos del testamento, o bien que figuren insertos en la escritura.

Además de la copia autorizada del testamento del causante y de la instancia suscrita por el heredero único, con su firma legitimada notarialmente, será necesario también para poder practicar la inscripción a favor del heredero único que se aporten el certificado de defunción del causante y el certificado del Registro General de Actos de Última Voluntad del mismo que no resulte contradictorio con el título sucesorio presentado, tal como exigen los artículos 76, 78 y 79 del Reglamento Hipotecario. El artículo 33 del Reglamento Hipotecario define el título a efectos de la inscripción en el Registro y distingue entre el título inscribible propiamente dicho y los documentos complementarios, que son aquellos que completan el carácter fehaciente del documento inscribible. Los documentos complementarios pueden ser documentos privados, salvo que por disposición legal requieran la forma pública, como es el caso de los certificados de defunción y del Registro General de Actos de Última Voluntad. El certificado del Registro General de Actos de Última Voluntad que ha sido aportado a este expediente se encuentra firmado electrónicamente y cuenta con un código seguro de verificación que permite comprobar su autenticidad e integridad.

Por todo ello, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso solo en cuanto a la necesidad de aportar el original del certificado del Registro General de Actos de Última Voluntad y revocar la calificación impugnada en ese único aspecto, y desestimar el recurso en lo que se refiere a los demás defectos, la insuficiencia de la copia simple del testamento y de fotocopia del certificado de defunción, y confirmar la calificación impugnada en cuanto a estos extremos.

Resolución de 26-7-2019
BOE 11-10-2019
Registro de la Propiedad de Madrid, número 22.

RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO.

El objeto del expediente de recurso contra calificaciones de registradores de la Propiedad es exclusivamente determinar si la calificación negativa es o no ajustada a Derecho, como resulta de los artículos 19 y 19 bis de la Ley Hipotecaria. No tiene en consecuencia por objeto cualquier otra pretensión del recurrente, señaladamente la improcedencia de un asiento ya practicado al entender aquel que se fundamenta en una calificación errónea, cuestión reservada al conocimiento de los tribunales (art. 66 de la Ley Hipotecaria). Por otro lado, carece de todo fundamento la alegación de que no es posible prorrogar una anotación preventiva de embargo vigente por el hecho de que el titular registral del dominio sea una persona distinta del deudor contra el que se siguió el procedimiento y titular registral de dicho dominio en el momento de practicarse las anotaciones preventivas de embargo.

Cuestión distinta es que pudiera procederse a la cancelación de las anotaciones preventivas de embargo posteriores a la inscripción de un arrendamiento con opción de compra en el momento de ejercitarse dicha opción, como apunta el registrador en su informe y defiende el recurrente en su recurso. Pero no puede ser objeto de esta resolución este problema, pues la instancia presentada se limita a solicitar la cancelación por caducidad y el recurso y su resolución solo pueden versar sobre el título presentado y la nota de calificación por la que se deniega la práctica de los asientos solicitados.

Resolución de 26-7-2019
BOE 11-10-2019
Registro de la Propiedad de Vitoria, número 5.

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: DEMANDA CONTRA HERENCIA YACENTE EN PROCESOS MONITORIOS DE RECLAMACIÓN DE DEUDAS DE PROPIEDAD HORIZONTAL.

En primer lugar, debemos recordar que el recurso contra la calificación puede versar únicamente en relación al título objeto de presentación a calificación y laca nota emitida por el registrador al verificar esta, tal y como se recoge en el artículo 326 de la Ley Hipotecaria. Por ello, cualquier pretensión, alegación o justificación basada en otra documentación (como la emitida por el recurrente en relación a los documentos anexos relacionados) no pueden ser tenida en consideración.

Atendiendo al primero de los defectos alegados, en cuanto a la necesidad de acreditar el fallecimiento del titular registral, debe recordarse que el artículo 166 del Reglamento Hipotecario señala en su número 1 que «si se pidiese anotación preventiva de embargo en procedimientos seguidos contra herederos indeterminados del deudor, por responsabilidades del mismo, se expresará la fecha del fallecimiento de este». Tanto la causa de la apertura de la sucesión, originada por el fallecimiento del titular registral como la fecha del óbito, habrán de incluirse en el mandamiento o en el decreto por el que se despacha ejecución, por lo que la exigencia del registrador es en este caso acertada.

El indicado principio de tracto sucesivo interrumpido, reflejo de la interdicción de la indefensión y de la protección de la tutela judicial efectiva consignada en el artículo 24 de la Constitución Española, impone que no podrá alterarse la posición registral vigente en los libros del registro en tanto no comparezca dicho titular registral autorizando la alteración que se solicita, o bien que en un procedimiento judicial o administrativo dirigido contra él o sus herederos se inste la misma, obteniendo resolución firme que así lo establezca. En los casos en que interviene la herencia yacente, la doctrina de este Centro Directivo, impone que toda actuación que pretenda tener reflejo registral deba articularse bien mediante el nombramiento de un administrador judicial, en los términos previstos en los artículos 790 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, bien mediante la intervención en el procedimiento de alguno de los interesados en dicha herencia yacente. Esta doctrina se ha matizado en los últimos pronunciamientos en el sentido de considerar que la exigencia del nombramiento del defensor judicial debe limitarse a los casos en que el llamamiento a los herederos desconocidos sea puramente genérico y no haya ningún interesado en la herencia que se haya personado en el procedimiento considerando el juez suficiente la legitimación pasiva de la herencia yacente.

Esta regla general, una vez más, queda matizada en el ámbito de las deudas generadas en los casos de gastos generales devengados en el marco de las comunidades de propietarios. Del artículo 21 LPH se deduce que en este supuesto de demanda contra la herencia yacente y contra los herederos indeterminados o desconocidos del causante viene a ser la parte demandada que sustituye al propietario fallecido mientras no conste la aceptación de herederos determinados, por lo que constando dicho causante como titular registral, se cumple el requisito de demandar a la herencia yacente y herederos indeterminados o desconocidos del titular registral, pues no consta ningún otro titular que se haya preocupado de hacer constar en el Registro su titularidad a efectos de sus relaciones con la comunidad de propietarios, pero ello siempre que dicha herencia yacente haya intervenido cumpliendo los requisitos mínimos antes analizados que impidan su indefensión y garanticen la tutela judicial efectiva, es decir, que la demanda se haya notificado a algún posible interesado en la comunidad hereditaria, o que haya sido nombrado un administrador judicial para el caso.

Resolución de 26-7-2019
BOE 11-10-2019
Registro de la Propiedad de Daimiel.

PROCEDIMIENTO DE APREMIO ADMINISTRATIVO POR DEUDAS A LA HACIENDA PÚBLICA: NUEVO RÉGIMEN DE ADJUDICACIÓN TRAS EL RD 1071/2017.

Cuando el ejercicio de las potestades administrativas haya de traducirse en una modificación del contenido de los asientos del Registro de la Propiedad, se ha

de sujetar, además de a la propia legislación administrativa aplicable, a la legislación hipotecaria, que impone el filtro de la calificación en los términos previstos por los artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 99 de su Reglamento, habida cuenta de los efectos que la propia legislación hipotecaria atribuye a aquellos asientos, y entre los que se encuentran no solo los derivados del principio de legitimación registral (con los que solo en parte se confunden los resultantes de la presunción de validez del artículo 39.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas), sino también otros distintos y superiores, también con transcendencia «*erga omnes*», como el de inoponibilidad de lo no inscrito y el de fe pública registral de los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria (*vid.* resoluciones de 15 de enero de 2013 y 11 de julio de 2014, o entre las más recientes la de 6 de febrero de 2019).

Como hemos visto, en el presente caso el registrador cuestiona la idoneidad del procedimiento de adjudicación directa seguido para la realización del bien, al considerar que en el supuesto de hecho de este expediente no concurre ninguna de las causas legales habilitantes de la adjudicación directa, como procedimiento excepcional frente a la regla general de la enajenación mediante subasta, al haber sido suprimida entre tales causas habilitantes la relativa a haber quedado desierta la subasta del bien, en virtud de la reforma del artículo 107 del Reglamento General de Recaudación en virtud del Real Decreto 1071/2017, de 29 de diciembre, reforma que estaba en vigor el día 25 de abril de 2018 en que se celebró la subasta y el día 5 de septiembre de 2018 en que se abrió el procedimiento de adjudicación directa. Discutiéndose, por tanto, la idoneidad o admisibilidad legal del procedimiento seguido, y siendo este extremo uno de los que conforme a las disposiciones y doctrina antes expuestos están sujetos a la calificación registral, no cabe sino desestimar este primer motivo de oposición a la calificación impugnada.

Señala el Preámbulo del Real Decreto 1071/2017 que «la adjudicación directa se elimina como procedimiento posterior y subsiguiente al procedimiento de subasta. Se trata de simplificar el procedimiento de enajenación para potenciar la concurrencia en el mismo, así como su transparencia y agilidad». Esta novedad se concreta en la nueva redacción del artículo 107, apartado 1, del Reglamento General de Recaudación. El debate se centra, en consecuencia, no tanto en el alcance y significado de la reforma en este punto, sino en la delimitación de su eficacia temporal al discrepar sobre la interpretación que haya de darse al régimen transitorio incorporado a dicho Real Decreto. Se hace necesario, por tanto, analizar dicho régimen.

En cuanto al ámbito de la eficacia temporal del reiterado Real Decreto 1071/2017, de 29 de diciembre, se establece en su disposición final única que el mismo «entrará en vigor el día 1 de enero de 2018». Por su parte, la disposición transitoria tercera del Reglamento General de Recaudación, aprobado por el Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, establece en el párrafo segundo de su apartado 1 que «las actuaciones de enajenación de bienes continuarán rigiéndose por la normativa vigente antes de la entrada en vigor de este reglamento cuando el acuerdo de enajenación mediante subasta, la autorización para la enajenación por concurso o el inicio del trámite de adjudicación directa se hayan producido antes de la entrada en vigor de este reglamento». Finalmente, el citado Real Decreto 1071/2017 introduce en el mismo Reglamento General de Recaudación, a través del apartado 39 de su artículo único, una nueva disposición transitoria cuarta, conforme a la cual «las normas relativas al desarrollo del procedimiento de subasta a través del Portal de Subastas de la Agencia Estatal Boletín Oficial

del Estado se aplicarán a los procedimientos iniciados a partir del 1 de septiembre de 2018».

El hecho de que la adjudicación directa haya sido contemplada, hasta la reforma introducida por el Real Decreto 1071/2017, como un procedimiento alternativo a la subasta para el caso de que esta haya quedado desierta, no autoriza a confundirlo en modo alguno con el propio procedimiento de la subasta, por el mero hecho de compartir su condición de procedimientos de enajenación forzosa en un expediente de apremio. Como claramente resulta del Preámbulo del citado Real Decreto «la adjudicación directa se elimina como procedimiento posterior y subsiguiente al procedimiento de subasta». Se trata de un procedimiento «posterior y subsiguiente» al procedimiento de subasta, es decir, claramente distinto de este. Así lo confirma también, destacando su autonomía en el plano del derecho transitorio como modos de enajenación distintos, el contenido de la disposición transitoria tercera, apartado 1, del Reglamento General de Recaudación, en su redacción originaria. Se distinguen, por tanto, con toda claridad, como fases distintas del procedimiento que pueden estar sujetas a regímenes normativos diferentes y sucesivos en función de sus respectivas fechas de vigencia, la subasta y la enajenación directa (además del concurso). Esta disposición transitoria tercera del Reglamento General de Recaudación, al igual que sucede en el caso de las transitorias del Código civil, debe guiar como criterio interpretativo las cuestiones de derecho transitorio no contempladas específicamente por el Real Decreto 1071/2017. Criterio jurisprudencial de interpretación estricta de los supuestos de excepción a la regla general de la enajenación mediante subasta que choca frontalmente con la interpretación extensiva postulada por el recurrente de la reiterada disposición transitoria cuarta, interpretación que, por ser claramente contraria a su tenor literal y a su explícita finalidad (reflejada en el Preámbulo del Real Decreto 1071/2017), desborda claramente el ámbito de aplicación propio de la misma.

Igual suerte desestimatoria debe correr el recurso en relación con las otras dos líneas argumentales esgrimidas en el escrito de interposición. Así en cuanto al argumento de que la supresión del procedimiento de enajenación directa responde en la reforma al hecho de que las nuevas subastas electrónicas maximizan la concurrencia y así evitan las subastas desiertas, que por tanto no estarían a partir de la reforma contempladas en el Reglamento General de Recaudación, se trata de un razonamiento que partiendo de una premisa correcta (el nuevo régimen de subastas electrónicas resultará más eficaz al aumentar la concurrencia y la transparencia), se apoya simultáneamente en otra que no lo es.

Finalmente entiende el recurrente, en contra de lo que resulta de la calificación impugnada (en la que se afirma que la adjudicación directa perjudica gravemente al deudor, sin generar un beneficio a la Hacienda Pública, favoreciendo únicamente al adjudicatario que adquiriría el bien por una cantidad muy inferior a su valor), que el deudor tiene garantizados sus derechos al poder intervenir en todo el procedimiento de apremio, «y en el caso de la adjudicación directa mediante la garantía de un precio mínimo de adjudicación (art. 107.4 RGR)». Pero tampoco esta afirmación se compadece ni con el contenido del título calificado, ni con el contenido real del precepto invocado en su apoyo, pues lo que establece la norma invocada es exactamente lo contrario de lo que se afirma en el recurso.

Por el contrario, conforme a la nueva redacción dada por el reiterado Real Decreto 1071/2017 al artículo 107 del Reglamento, una vez declarada desierta la subasta lo procedente, al no ser admisible acudir a la adjudicación directa,

sería aplicar la previsión del artículo 109.1 del mismo, que de conformidad con el artículo 172.2 de la Ley General Tributaria, dispone que «cuando en el procedimiento de enajenación regulado en la anterior subsección no se hubieran adjudicado alguno o algunos de los bienes embargados, el órgano de recaudación competente podrá proponer de forma motivada al órgano competente su adjudicación a la Hacienda Pública en pago de las deudas no cubiertas» —o en caso de no entender procedente esta adjudicación a la Hacienda Pública, iniciar un nuevo procedimiento de enajenación a través de una nueva subasta, conforme al artículo 112.2 del Reglamento General de Recaudación—.

Como ha señalado reiteradamente este Centro Directivo (*vid.*, por todas, la reciente resolución de 5 de abril de 2019) al pronunciarse sobre la interpretación de las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil relativas al precio de adjudicación de los bienes en los procedimientos de ejecución judicial (en particular en relación con los artículos 670 y 671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, invocada en el preámbulo del Real Decreto de reforma del Reglamento General de Recaudación, como hemos visto) «admitir que el acreedor pueda solicitar la adjudicación de la finca por una cantidad que represente menos del 50% del valor de tasación de la finca, supone romper el equilibrio que el legislador ha querido que el procedimiento de apremio garantice entre los intereses del ejecutante (obtener la satisfacción de su crédito con cargo al bien hipotecado), y del ejecutado (no sufrir un perjuicio patrimonial mucho mayor que el valor de lo adeudado al acreedor). La interpretación de una norma no puede amparar el empobrecimiento desmesurado y sin fundamento de una parte, y el enriquecimiento injusto de la otra».

Resolución de 26-7-2019
BOE 11-10-2019
Registro de la Propiedad de Pego.

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 671 LEC. RESOLUCIONES DE LA DGRN: IMPORTANCIA DE SU DOCTRINA.

Entre esos aspectos sujetos a calificación se encuentra la congruencia del mandato con el procedimiento o juicio en que se hubiere dictado. Es evidente que la privación de la titularidad de una finca como consecuencia de la ejecución de la hipoteca que la grava, solo puede llevarse a cabo por los trámites de alguno de los procedimientos regulados en la Ley de Enjuiciamiento Civil y en la Ley Hipotecaria. Dicho procedimiento solo será reconocible si se respetan una serie de garantías básicas que impiden la indefensión del demandado que va a terminar perdiendo la propiedad del bien objeto de ejecución. Entre esas garantías fundamentales está la de que la adjudicación, en caso de que la subasta quede desierta, se haga al ejecutante por una cantidad que respete unos porcentajes mínimos del valor de tasación de la finca hipotecada. Si dichos límites no se respetan, no puede sostenerse que se ha seguido un procedimiento adecuado para provocar el sacrificio patrimonial del ejecutado, y el registrador debe, incluso con más rigor que en el procedimiento ejecutivo ordinario, rechazar el acceso al Registro de la adjudicación.

En base a los principios generales de interpretación de normas jurídicas recogido en el artículo 3 del Código civil que señala que «las normas se inter-

pretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas» parece, que la interpretación del artículo 671 no puede ser la puramente literal, ya que puede producir un resultado distorsionado. Conforme al artículo 670 existiendo postores cabe la posibilidad de que el remate sea inferior al 50% del valor de tasación siempre que cubra al menos, la cantidad por la que se haya despachado la ejecución, incluyendo la previsión para intereses y costas. Y en este caso, como garantía complementaria la Ley atribuye al letrado de la Administración de Justicia la apreciación y valoración de las circunstancias concurrentes, oídas las partes, y establece que, en caso de que se realice el remate en esos términos, existirá la posibilidad de presentar recurso de revisión frente al decreto de adjudicación. Esta norma especial, prevista por el legislador para circunstancias extraordinarias y con una serie de garantías específicas, parece que debe integrarse igualmente para el supuesto del artículo 671, por lo que en esta hipótesis será preciso que se dé cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 670.4 (cfr. art. 4.1 CC).

Como bien dice la registradora en su informe, el propio Tribunal Supremo ha declarado en sentencia de 29 de enero de 1996 que «habría que dilucidar cuál es la autoridad que se ha de dar a las resoluciones de la citada Dirección General y, en ese sentido, las sentencias de 22 de abril de 1987 y 15 de marzo de 1991, establecieron que si bien la doctrina de las mismas no es propiamente jurisprudencia dado el carácter administrativo del Centro, sin embargo es usual concederles una reconocida autoridad y sobre todo en los casos en que ninguna otra doctrina o norma se aducen en contra de la opinión fundada de dicho Centro».

En el presente caso, la nota de calificación recurrida, si bien fundamentada en diversas resoluciones de este Centro Directivo que transcribe parcialmente, señala como defecto simple y llanamente el de que «no puede adjudicarse la finca por una cantidad inferior a dicho 50% del tipo de subasta», omitiendo toda referencia a la posible actuación del letrado de la Administración de Justicia en cuanto a la apreciación y valoración de las circunstancias concurrentes al caso, de forma que, oídas las partes y firme el decreto de aprobación del remate, nada obstaría para la inscripción de la adjudicación por cantidad inferior al 50% del valor de subasta, como consecuencia de la interpretación integradora de los preceptos citados conforme se ha expuesto anteriormente. Por tanto, ese defecto señalado en la nota de calificación, tal y como consta redactado, ha de ser revocado.

En el presente caso, la nota de calificación recurrida, si bien fundamentada en diversas resoluciones de este Centro Directivo que transcribe parcialmente, señala como defecto el de que «la adjudicación en subastas sin postores de fincas que no tengan carácter de vivienda habitual tenga en todo caso como límite inferior el 50% de su valor de tasación», omitiendo toda referencia a la posible actuación del letrado de la Administración de Justicia en cuanto a la apreciación y valoración de las circunstancias concurrentes al caso, de forma que, oídas las partes y firme el decreto de aprobación del remate, nada obstaría para la inscripción de la adjudicación por cantidad inferior al 50% del valor de subasta, como consecuencia de la interpretación integradora de los preceptos citados conforme se ha expuesto anteriormente.

Resolución de 26-7-2019
BOE 11-10-2019
Registro de la Propiedad de Daimiel.

PROCEDIMIENTO DE APREMIO ADMINISTRATIVO POR DEUDAS A LA HACIENDA PÚBLICA: NUEVO RÉGIMEN DE ADJUDICACIÓN TRAS EL RD 1071/2017.

Cuando el ejercicio de las potestades administrativas haya de traducirse en una modificación del contenido de los asientos del Registro de la Propiedad, se ha de sujetar, además de a la propia legislación administrativa aplicable, a la legislación hipotecaria, que impone el filtro de la calificación en los términos previstos por los artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 99 de su Reglamento, habida cuenta de los efectos que la propia legislación hipotecaria atribuye a aquellos asientos, y entre los que se encuentran no solo los derivados del principio de legitimación registral (con los que solo en parte se confunden los resultantes de la presunción de validez del artículo 39.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas), sino también otros distintos y superiores, también con transcendencia «*erga omnes*», como el de inoponibilidad de lo no inscrito y el de fe pública registral de los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria (*vid.* resoluciones de 15 de enero de 2013 y 11 de julio de 2014, o entre las más recientes la de 6 de febrero de 2019).

Como hemos visto, en el presente caso el registrador cuestiona la idoneidad del procedimiento de adjudicación directa seguido para la realización del bien, al considerar que en el supuesto de hecho de este expediente no concurre ninguna de las causas legales habilitantes de la adjudicación directa, como procedimiento excepcional frente a la regla general de la enajenación mediante subasta, al haber sido suprimida entre tales causas habilitantes la relativa a haber quedado desierta la subasta del bien, en virtud de la reforma del artículo 107 del Reglamento General de Recaudación en virtud del Real Decreto 1071/2017, de 29 de diciembre, reforma que estaba en vigor el día 25 de abril de 2018 en que se celebró la subasta y el día 5 de septiembre de 2018 en que se abrió el procedimiento de adjudicación directa. Discutiéndose, por tanto, la idoneidad o admisibilidad legal del procedimiento seguido, y siendo este extremo uno de los que conforme a las disposiciones y doctrina antes expuestos están sujetos a la calificación registral, no cabe sino desestimar este primer motivo de oposición a la calificación impugnada.

Señala el Preámbulo del Real Decreto 1071/2017 que «la adjudicación directa se elimina como procedimiento posterior y subsiguiente al procedimiento de subasta. Se trata de simplificar el procedimiento de enajenación para potenciar la concurrencia en el mismo, así como su transparencia y agilidad». Esta novedad se concreta en la nueva redacción del artículo 107, apartado 1, del Reglamento General de Recaudación. El debate se centra, en consecuencia, no tanto en el alcance y significado de la reforma en este punto, sino en la delimitación de su eficacia temporal al discrepar sobre la interpretación que haya de darse al régimen transitorio incorporado a dicho Real Decreto. Se hace necesario, por tanto, analizar dicho régimen.

En cuanto al ámbito de la eficacia temporal del reiterado Real Decreto 1071/2017, de 29 de diciembre, se establece en su disposición final única que el mismo «entrará en vigor el día 1 de enero de 2018». Por su parte, la disposición transitoria tercera del Reglamento General de Recaudación, aprobado por el Real

Decreto 939/2005, de 29 de julio, establece en el párrafo segundo de su apartado 1 que «las actuaciones de enajenación de bienes continuarán rigiéndose por la normativa vigente antes de la entrada en vigor de este reglamento cuando el acuerdo de enajenación mediante subasta, la autorización para la enajenación por concurso o el inicio del trámite de adjudicación directa se hayan producido antes de la entrada en vigor de este reglamento». Finalmente, el citado Real Decreto 1071/2017 introduce en el mismo Reglamento General de Recaudación, a través del apartado 39 de su artículo único, una nueva disposición transitoria cuarta, conforme a la cual «las normas relativas al desarrollo del procedimiento de subasta a través del Portal de Subastas de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado se aplicarán a los procedimientos iniciados a partir del 1 de septiembre de 2018».

El hecho de que la adjudicación directa haya sido contemplada, hasta la reforma introducida por el Real Decreto 1071/2017, como un procedimiento alternativo a la subasta para el caso de que esta haya quedado desierta, no autoriza a confundirlo en modo alguno con el propio procedimiento de la subasta, por el mero hecho de compartir su condición de procedimientos de enajenación forzosa en un expediente de apremio. Como claramente resulta del Preámbulo del citado Real Decreto «la adjudicación directa se elimina como procedimiento posterior y subsiguiente al procedimiento de subasta». Se trata de un procedimiento «posterior y subsiguiente» al procedimiento de subasta, es decir, claramente distinto de este. Así lo confirma también, destacando su autonomía en el plano del derecho transitorio como modos de enajenación distintos, el contenido de la disposición transitoria tercera, apartado 1, del Reglamento General de Recaudación, en su redacción originaria. Se distinguen, por tanto, con toda claridad, como fases distintas del procedimiento que pueden estar sujetas a regímenes normativos diferentes y sucesivos en función de sus respectivas fechas de vigencia, la subasta y la enajenación directa (además del concurso). Esta disposición transitoria tercera del Reglamento General de Recaudación, al igual que sucede en el caso de las transitorias del Código civil, debe guiar como criterio interpretativo las cuestiones de derecho transitorio no contempladas específicamente por el Real Decreto 1071/2017. Criterio jurisprudencial de interpretación estricta de los supuestos de excepción a la regla general de la enajenación mediante subasta que choca frontalmente con la interpretación extensiva postulada por el recurrente de la reiterada disposición transitoria cuarta, interpretación que, por ser claramente contraria a su tenor literal y a su explícita finalidad (reflejada en el Preámbulo del Real Decreto 1071/2017), desborda claramente el ámbito de aplicación propio de la misma.

Igual suerte desestimatoria debe correr el recurso en relación con las otras dos líneas argumentales esgrimidas en el escrito de interposición. Así en cuanto al argumento de que la supresión del procedimiento de enajenación directa responde en la reforma al hecho de que las nuevas subastas electrónicas maximizan la concurrencia y así evitan las subastas desiertas, que por tanto no estarían a partir de la reforma contempladas en el Reglamento General de Recaudación, se trata de un razonamiento que partiendo de una premisa correcta (el nuevo régimen de subastas electrónicas resultará más eficaz al aumentar la concurrencia y la transparencia), se apoya simultáneamente en otra que no lo es.

Finalmente entiende el recurrente, en contra de lo que resulta de la calificación impugnada (en la que se afirma que la adjudicación directa perjudica gravemente al deudor, sin generar un beneficio a la Hacienda Pública, favoreciendo únicamente al adjudicatario que adquiriría el bien por una cantidad muy inferior

a su valor), que el deudor tiene garantizados sus derechos al poder intervenir en todo el procedimiento de apremio, «y en el caso de la adjudicación directa mediante la garantía de un precio mínimo de adjudicación (art. 107.4 RGR)». Pero tampoco esta afirmación se compadece ni con el contenido del título calificado, ni con el contenido real del precepto invocado en su apoyo, pues lo que establece la norma invocada es exactamente lo contrario de lo que se afirma en el recurso.

Por el contrario, conforme a la nueva redacción dada por el reiterado Real Decreto 1071/2017 al artículo 107 del Reglamento, una vez declarada desierta la subasta lo procedente, al no ser admisible acudir a la adjudicación directa, sería aplicar la previsión del artículo 109.1 del mismo, que de conformidad con el artículo 172.2 de la Ley General Tributaria, dispone que «cuando en el procedimiento de enajenación regulado en la anterior subsección no se hubieran adjudicado alguno o algunos de los bienes embargados, el órgano de recaudación competente podrá proponer de forma motivada al órgano competente su adjudicación a la Hacienda Pública en pago de las deudas no cubiertas» —o en caso de no entender procedente esta adjudicación a la Hacienda Pública, iniciar un nuevo procedimiento de enajenación a través de una nueva subasta, conforme al artículo 112.2 del Reglamento General de Recaudación—.

Como ha señalado reiteradamente este Centro Directivo (*vid.*, por todas, la reciente resolución de 5 de abril de 2019) al pronunciarse sobre la interpretación de las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil relativas al precio de adjudicación de los bienes en los procedimientos de ejecución judicial (en particular en relación con los arts. 670 y 671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, invocada en el preámbulo del Real Decreto de reforma del Reglamento General de Recaudación, como hemos visto) «admitir que el acreedor pueda solicitar la adjudicación de la finca por una cantidad que represente menos del 50% del valor de tasación de la finca, supone romper el equilibrio que el legislador ha querido que el procedimiento de apremio garantice entre los intereses del ejecutante (obtener la satisfacción de su crédito con cargo al bien hipotecado), y del ejecutado (no sufrir un perjuicio patrimonial mucho mayor que el valor de lo adeudado al acreedor). La interpretación de una norma no puede amparar el empobrecimiento desmesurado y sin fundamento de una parte, y el enriquecimiento injusto de la otra».

Resolución de 26-7-2019
BOE 14-10-2019
Registro de la Propiedad de Madrid, número 2.

CALIFICACIÓN REGISTRADOR SUSTITUTO: NATURALEZA Y EFECTOS. PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD: NECESARIA CLARIDAD DEL TÍTULO.

Del mismo modo que no puede el registrador sustituto añadir nuevos defectos a los inicialmente apreciados por el sustituido, sino que su calificación debe ceñirse a los defectos planteados y a la documentación aportada inicialmente, tampoco su eventual calificación negativa puede ser objeto de recurso, sino que en tal caso devolverá el título al interesado a los efectos de interposición del recurso frente a la calificación del registrador sustituido ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, el cual deberá ceñirse a los defectos señalados por el registrador sustituido con los que el registrador sustituto hubiere manifestado su conformidad. Debe señalarse que al registrador sustituto cuando confirma el defecto apreciado por el registrador sustituido, no le corresponde matizarlo o

interpretarlo ni señalar la forma de subsanación ya que será el sustituto, cuya calificación ha sido confirmada, quien deberá, en su caso, considerar los medios de subsanación. Pero fuera del supuesto de la revocación total o de la revocación parcial de la nota de calificación que afecte a determinadas cláusulas del título, siempre que sea susceptible de inscripción parcial, el registrador sustituto queda desvinculado del proceso y no debe realizar minuta alguna del asiento (cfr. regla cuarta del art. 19 bis que solo se remite a la regla tercera para el caso de inscripción parcial del título).

Esta Dirección General tiene declarado que el principio de especialidad o claridad del Registro es de general observancia en la inscripción de toda clase de derechos reales. En el supuesto que da lugar a la presente, del análisis conjunto de los documentos presentados a calificación y muy especialmente de la sentencia firme que puso fin al procedimiento y su auto aclaratorio, resulta evidente, a pesar del tenor literal del escrito de solicitud de protocolización, que la partición hereditaria ha sido aprobada judicialmente. Pero no queda constancia de cuál de los dos documentos que recogen el cuaderno particional, es el que finalmente refleja las operaciones acordes con lo aprobado que deben ser objeto de inscripción y cuya determinación corresponde exclusivamente al juez. Por lo que el defecto debe ser confirmado.

Resolución de 6-8-2019
BOE 22-10-2019
Registro de la Propiedad de Tarragona, número 1.

HERENCIA: INTERPELLATIO *IN IURE*. JURISDICCIÓN VOLUNTARIA: CALIFICACIÓN DE LA NOTIFICACIÓN AL INTERESADO.

Cuando las calificaciones impugnadas o los recursos se fundamenten, de forma exclusiva, en normas de Derecho catalán o en su infracción, los registradores deberán remitir el expediente formado a la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de Cataluña, aun cuando se hayan interpuesto ante esta Dirección General de los Registros y del Notariado. Por el contrario, cuando la calificación impugnada o los recursos se fundamenten, además, o exclusivamente, en otras normas o en motivos ajenos al Derecho catalán, como es el caso presente, el registrador deberá dar al recurso la tramitación prevista en la Ley Hipotecaria y remitir el expediente formado a esta Dirección General de los Registros y del Notariado en cumplimiento del artículo 324 de la Ley Hipotecaria.

La *interpellatio in iure,* es una figura que se recoge en el artículo 1005 del Código civil y que el Derecho Foral catalán ha llevado a sus normas en una versión extendida de la común y del Derecho Foral navarro. El artículo 1005 del Código civil, así como los correspondientes forales —artículos 461.12 del Código civil de Cataluña, 348 del Código de Derecho Foral de Aragón y la Ley 315 de la Compilación o Fuero Nuevo de Navarra— son normas procedimentales, si bien con espíritu y al servicio de las normas sustantivas. En el Derecho común y en el catalán, el notario es el único funcionario competente para requerir o notificar, y para autorizar, el acta de interpelación.

La Constitución reconoce en su artículo 149.1.6 competencia exclusiva al Estado en materia de «(…) legislación procesal, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las comunidades autónomas». Hay que recordar que corresponde al

Estado la competencia en materia de ordenación de los registros e instrumentos públicos conforme al artículo 149.1.8.º de la CE, y siendo exclusiva, además, la competencia del Estado en materia de legislación procesal.

Por ser un acto que desde el punto de vista civil equivale a la renuncia, es razón por la que conforme al artículo 18 de la Ley Hipotecaria, debe extremarse el rigor en el cumplimiento de los trámites del procedimiento por parte del notario, y de la calificación por el registrador. De aquí, que sea admisible que se califique el trámite de notificación personal al coheredero, que se subroga en los derechos del difunto, titular inscrito, como premisa previa de la validez de la notificación por edictos, la cual es siempre excepcional.

Sentado esto, como señala el registrador y no ha sido contradicho por el recurrente, debe estarse al ámbito de calificación registral del artículo 18 de la Ley Hipotecaria, 17 bis de la Ley del Notariado, y 27.2 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria. Así pues, el registrador debe calificar entre otros extremos, la validez de los actos dispositivos y la congruencia del mandato con el expediente. En el supuesto de este expediente, se ha calificado si ha tenido lugar la esencial notificación personal en el procedimiento, para la validez de la renuncia del coheredero llamado a la herencia, dado que, en caso contrario, la notificación por edictos es insuficiente para tener por repudiada la herencia. En definitiva, el defecto señalado hace referencia a si la notificación personal infructuosa del procedimiento de interrogatio *in iure* ha agotado los requisitos necesarios, a fin de dar por válida la notificación edictal, con el resultado de tener por repudiada la herencia por el interrogado. No se realiza ninguna otra averiguación del domicilio, a los efectos de los artículos 156 y 157 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (aplicable supletoriamente a la Ley de Jurisdicción Voluntaria).

Como recoge la calificación, este Centro Directivo —resolución de 16 de noviembre de 2015—, ha puesto de relieve que la jurisdicción voluntaria es un procedimiento con asiento en el artículo 117.4 de la Constitución Española, sin dualidad de partes ni fase contradictoria, ni eficacia de cosa juzgada; que la calificación registral tiene como finalidad rechazar las titularidades claudicantes, que son aquellas que revelan causa de nulidad o resolución susceptibles de impugnación (arts. 18, 33, 34, 38 de la Ley Hipotecaria y 1259 CC). En consecuencia, entra en la función del registrador, calificar que se han cumplido los trámites del procedimiento y en especial que se realiza el emplazamiento a quien ha de ser o puede ser parte en el procedimiento ya que el acto de comunicación es el necesario instrumento que facilita la defensa en el proceso de los derechos e intereses cuestionados. Ciertamente que, en el caso de la *interpellatio in iure* de Derecho catalán, el efecto de la falta de contestación es la repudiación de la herencia, lo que obliga a un mayor esmero por parte del notario y a un mayor rigor en la calificación de todo lo que se refiere a la notificación personal.

La residencia que figure en el padrón, no es el medio exclusivo para determinar el domicilio civil de una persona, y no cabe hacer recaer en el interpelado los efectos claudicantes de una notificación infructuosa con el argumento de una obligación administrativa de empadronamiento. Es reiterada la jurisprudencia y doctrina en el sentido de que, para que la notificación por edictos produzca todos sus efectos, debe procurarse la averiguación del domicilio del notificado.

Por tanto, debería quedar evidencia de que el domicilio en el que se notifica al pretendido coheredero renunciante es su residencia habitual, lo que no ha ocurrido en este supuesto, porque el domicilio que figuraba en la declaración de herederos abintestato es diferente al del acta de requerimiento de *interpellatio,* lo que anuncia dudas; el requerimiento realizado resultó infructuoso, afirmando la

vecina de puerta del requerido que no conocía al notificado. Por otra parte, existen los medios de localización de domicilio a los que se refieren los artículos 156 y 157 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y el artículo 56.2 de la Ley Orgánica del Notariado que regula el auxilio de otras autoridades al notario autorizante, que no se han tenido en cuenta en el procedimiento de este expediente antes de la publicación de edictos.

Resolución de 6-8-2019
BOE 22-10-2019
Registro de la Propiedad de Cartagena, número 1.

DOBLE INMATRICULACIÓN: DUDAS SOBRE SI CONCURRE O NO.

Como ya ha afirmado esta Dirección General, el régimen jurídico del tratamiento de la doble inmatriculación entre dos o más fincas o partes de ellas cambia sustancialmente tras la entrada en vigor de la reforma de la Ley Hipotecaria operada por la Ley 13/2015, pues ahora es objeto de una novedosa regulación, y además, con rango de ley, debiendo por tanto entenderse tácitamente derogado el artículo 313 del Reglamento Hipotecario en virtud de la disposición derogatoria de la propia Ley 13/2015. La legitimación para instar el procedimiento para la subsanación de la doble inmatriculación está específicamente regulada en la regla segunda del artículo 209 de la Ley Hipotecaria.

En el supuesto de iniciarse el expediente a solicitud del titular registral de cualquier derecho inscrito en cualquiera de las fincas afectadas por esta situación de doble o múltiple inmatriculación, cabe recordar que, conforme a lo dispuesto en los artículos 103 de la Ley Hipotecaria y 166.11.ª y 193.4.ª del Reglamento Hipotecario, en los casos en que un documento privado puede tener acceso al Registro es necesario que las firmas de los que lo suscriben estén legitimadas notarialmente o por su ratificación ante el registrador. Este criterio ha sido confirmado por las resoluciones de esta Dirección General.

Como ya ha señalado esta Dirección General (resolución de 26 de julio de 2016), tras la entrada en vigor de la nueva ley, el primer requisito para iniciar la tramitación del procedimiento de subsanación es que el registrador aprecie la existencia de doble inmatriculación. En el caso de que el registrador, una vez realizadas las investigaciones pertinentes en los términos fijados por el citado artículo antes trascrito, concluya que, a su juicio, no hay indicios de la doble inmatriculación, deberá rechazar la continuidad de la tramitación, quedando a salvo la facultad de los interesados para acudir al procedimiento correspondiente, en defensa de su derecho al inmueble. Esta decisión deberá ser motivada suficientemente, de forma análoga a lo que sucede en los casos de duda del registrador en cuanto a la identidad de la finca para casos de inmatriculación o excesos de cabida, siendo aplicable a este supuesto la reiterada doctrina de esta Dirección General en cuanto al rigor de su fundamentación.

A este respecto, ha reiterado este Centro Directivo que siempre que se formule un juicio de identidad de la finca por parte del registrador, no puede ser arbitrario ni discrecional, sino que ha de estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados. En el caso que nos ocupa, puede razonablemente concluirse que junto a la instancia presentada se aportan suficientes indicios (como planos de situación y ortofotografías históricas y actuales) para poder permitir al registrador efectuar la labor de investigación de cuáles son las fincas afectadas por tal

situación. Ahora bien, no puede soslayarse que una de las fincas implicadas en esta situación patológica es titularidad de la Administración Pública. Por todo ello resulta plenamente justificado que el registrador recabe de la Administración la información oportuna sobre la existencia de un procedimiento administrativo en el que se decida sobre la doble inmatriculación, pues debe evitarse iniciar la tramitación del procedimiento previsto en el artículo 209 de forma paralela y estéril a otro procedimiento administrativo con igual objeto y trámites específicos, considerando, además, la prevalencia que la Ley Hipotecaria atribuye a las resultas de dicho eventual procedimiento administrativo.

Resolución de 6-8-2019
BOE 22-10-2019
Registro de la Propiedad de Valencia, número 11.

CONCURSO DE ACREEDORES: DACIÓN EN PAGO EN LA FASE DE CONVENIO.

Aprobado el convenio del concurso, respecto de los bienes que no se incluyan en el mismo (e incluso respecto de estos, en la forma y medida que determine aquel), el deudor recupera la totalidad de las facultades dispositivas. De esta forma, con la aprobación del convenio quedan sin efecto la intervención o la suspensión de las facultades patrimoniales del deudor y, en general, las limitaciones a su actividad profesional o empresarial.

En el presente caso es necesario distinguir entre la dación en pago de la finca registral 4947, la cual se halla gravada con una hipoteca a favor del acreedor adquirente, titular en consecuencia de un crédito con privilegio especial (cfr. art. 90.1.1.º de la Ley Concursal), y la dación en pago de la finca 10.254 (en rigor, de la cuota de la misma que se transmite), la cual no está sujeta a gravamen alguno, sin que concurra ninguna de las circunstancias previstas por el referido artículo 90 de la Ley Concursal que permitan calificar el crédito del acreedor sobre esta finca de especialmente privilegiado. La dación en pago de la primera de las fincas, registral 4.947, queda sujeta a lo dispuesto en el artículo 155.4 de la Ley Concursal. En el presente caso no se han cumplido los requisitos establecidos en el artículo 155.4 de la Ley Concursal en los términos expuestos.

Por lo que atañe a la segunda de las fincas registrales, el problema central no es otro que determinar si el deudor concursado, una vez aprobado judicialmente el convenio de acreedores, puede formalizar daciones en pago de deudas de bienes no afectos a garantía o privilegio alguno. La cuestión aparece actualmente resuelta por el artículo 100.3 de la Ley Concursal. Ahora bien, tal precepto, en los términos en que ha sido transcrito, no resulta aplicable al procedimiento concursal objeto de este expediente al amparo del apartado 2 de la disposición transitoria primera de la Ley 9/2015, de 25 de mayo. De este modo, tanto de la Exposición de Motivos de la Ley 22/2003, de 9 de julio, como de la referida sentencia del Tribunal Supremo de 27 y 28 de marzo de 2012, resulta que la finalidad de la prohibición del artículo 100.3 de la Ley Concursal no es otra que la de evitar liquidaciones globales del patrimonio encubiertas, lo que únicamente puede ocurrir en caso de cesión total del patrimonio a los acreedores, ya que si la cesión es parcial o singular, como en el caso al que se refiere el presente recurso, el deudor concursado continuará ostentando activos, sin que quiebre el principio de la «par conditio creditorum». En el caso objeto de este expediente,

al circunscribirse la dación en pago a una sola finca, no existe vulneración de la prohibición contenida en el artículo 100.3 de la Ley Concursal, según redacción vigente al tiempo de la formalización de la escritura de dación.

Resolución de 6-8-2019
BOE 22-10-2019
Registro de la Propiedad de Madrid, número 25.

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN DE HIPOTECA: CANTIDAD OBJETO DE RECLAMACIÓN.

En el caso objeto de recurso, cada una de las fincas hipotecadas responde de 21.120 euros en concepto de principal. Las fincas fueron finalmente adjudicadas por un precio de 13.200 euros por cada una de ellas. Con cargo al precio de remate no se entregan al acreedor cantidades que excedan a los límites de responsabilidad hipotecaria que resultan de las respectivas inscripciones registrales, sin que exista, por tanto, sobrante. El hecho de que la reclamación inicial incluyera importes superiores a dicha cifra de responsabilidad hipotecaria no constituye defecto que impida la inscripción, dado que en este caso el valor de adjudicación no supera dicha cifra y no existe sobrante que haya que poner a disposición de acreedores posteriores.

Resolución de 6-8-2019
BOE 22-10-2019
Registro de la Propiedad de Eivissa, número 3.

BASES GRÁFICAS: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

El artículo 9 de la Ley Hipotecaria en su redacción otorgada por la Ley 13/2015 configura la incorporación de la representación gráfica georreferenciada de las fincas con carácter preceptivo en cualquier supuesto de modificación de entidad hipotecaria que conlleve el nacimiento de una nueva finca registral, como ocurre en este supuesto de segregación y agrupación de fincas.

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 de la Ley Hipotecaria). El registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas en el curso de tales actuaciones, 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 relación a la alegación del recurrente relativa a la falta de acreditación de la condición de titular colindante por quien se opone, corresponde al registrador valorar la legitimación del mismo para intervenir en el procedimiento, sin que el recurso gubernativo pueda extenderse a esta concreta cuestión, ya que se limita a la decisión de suspensión o denegación de la inscripción de

la representación gráfica (cfr. arts. 199 y 326 de la Ley Hipotecaria). A mayor abundamiento, respecto a la legitimación como representante, en el presente caso el registrador aclara en su informe que quien formuló las alegaciones aportó escritura de poder acreditativa de su condición de apoderado de la sociedad titular colindante.

En el caso de este expediente se efectúan alegaciones por quien afirma ser colindante, las cuales están sustentadas documentalmente y evidencian que no es pacífica la delimitación gráfica de la finca que pretende inscribirse, motivo por el que la calificación debe confirmarse.

Resolución de 8-8-2019
BOE 22-10-2019
Registro de la Propiedad de Palma de Mallorca, número 3.

USUFRUCTO: NO ES ESENCIAL EL CARÁCTER VITALICIO. PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD: REQUISITOS PARA LA INSCRIPCIÓN.

Debe recordarse la reiterada doctrina de esta Dirección General según la cual, 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 de la Ley Hipotecaria y 7 del Reglamento Hipotecario), sino también la alteración del contenido típico de los derechos reales legalmente previstos (cfr. arts. 392, 467, 470, 523, 594 y 1648.2.º CC) y, por ejemplo, sujetarlos a condición, término o modo (cfr. arts. 11, 23 y 37 de la Ley Hipotecaria). Pero el ejercicio de esta libertad tiene que ajustarse a determinados límites y respetar las normas estructurales (normas imperativas) del estatuto jurídico de los bienes.

Es cierto que, como afirma el registrador en su calificación, según el artículo 513.1.º del Código civil, el usufructo se extingue por fallecimiento del usufructuario. Pero este carácter vitalicio del usufructo no es esencial al mismo. Así lo ha admitido el Tribunal Supremo que, en sentencia de 2 de junio de 1952 afirmó que «como enseña la jurisprudencia de esta Sala, el usufructo es un derecho eminentemente personal, extinguible por la muerte del usufructuario a no ser que por excepción que permite el artículo 469 del citado Cuerpo Legal el título constitutivo autorice su transmisión a ulteriores personas».

La redacción de los títulos que pretendan acceder al Registro es presupuesto de su fiel reflejo registral, con los importantes efectos que de la inscripción se derivan, entre ellos la presunción de existencia y pertenencia de los derechos reales inscritos «en la forma determinada por el asiento respectivo» (art. 38 de la Ley Hipotecaria).

Como ha expresado el Tribunal Supremo en su sentencia de 27 de mayo de 2009, la eficacia del principio de especialidad resulta determinante en todo el ámbito de los derechos reales para el conocimiento de los terceros. Esta exigencia aumenta en relación con los derechos atípicos que se puedan constituir al amparo del principio de la autonomía de la voluntad. Se hace «imprescindible la determinación del concreto contenido y extensión de las facultades que integran el derecho que pretende su acceso al Registro», pues esta determinación, es esencial para lograr el amparo registral.

De lo pactado en la escritura calificada resulta que tal como ha sido configurado el derecho de usufructo reservado por el constituyente con esa facultad de disponer del mismo «*mortis causa*» se respetan los límites estructurales de todo derecho real. Y con su reflejo registral la inmediatividad, absolutividad, reipersecutoriedad, preferencia y exclusión propias de los derechos reales quedan aseguradas, conforme a lo establecido en el artículo 2.2.º de la Ley Hipotecaria y en el artículo 7 del Reglamento Hipotecario, en tanto en cuanto cualquiera que sea el propietario poseedor de las fincas referidas podrá el donante no solo ejercitar el usufructo sino también el «ius disponendi» sobre el mismo en su testamento.

Resolución de 8-8-2019
BOE 22-10-2019
Registro de la Propiedad de Cartagena, número 3.

OBRA NUEVA: DEPÓSITO DEL LIBRO DEL EDIFICIO EN MURCIA.

La exigencia sustantiva, impuesta al promotor por el artículo 6 de elaborar el libro del edificio y entregarlo a los usuarios finales del edificio, resulta de aplicación plena en todo el territorio nacional, como exigencia de naturaleza civil y mercantil, aunque «sin perjuicio de los derechos civiles, forales o especiales existentes en determinadas comunidades autónomas». Conforme a lo establecido en los artículos 28 de la Ley del Suelo y 9 y 202 de la LH, resulta imprescidible para inscribir una obra nueva terminada el depósito del libro del edificio, salvo que por razón de la antigüedad de la obra no fuera exigible. Y se exige a todo tipo de edificación sean viviendas o industriales (art. 2 de la Ley de Ordenación de la Edificación).

Así se comprende que la resolución de 29 de octubre de 2015, de la Subsecretaría, por la que se publica la Resolución Conjunta de la Dirección General de los Registros y del Notariado y de la Dirección General del Catastro, regule los requisitos técnicos para el intercambio de información entre el Catastro y los Registros de la Propiedad; que la disposición adicional segunda regule el formato informático del libro del edificio, estableciendo que, para facilitar la consulta, tratamiento, archivo y publicidad registral del libro del edificio, conforme al artículo 202 de la Ley Hipotecaria, y su puesta a disposición del Catastro, el citado libro del edificio, con el contenido regulado en el artículo 7 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, deba presentarse en el Registro de la Propiedad en soporte informático, en formato «PDF» y autenticado por el promotor con su firma electrónica o por otro medio fehaciente. Ahora bien, el depósito del libro del edificio será exigible, salvo que la normativa autonómica exima de depósito.

Tal cuestión queda regulada en el Decreto 80/2001, de 2 de noviembre, por el que se regula el Libro del Edificio en la Región de Murcia, y concretamente en su artículo 2 al establecer que «este Decreto será de aplicación en el ámbito de la Región de Murcia, para los edificios de nueva construcción y para los obtenidos de un proceso de rehabilitación integral, cuyo uso principal sea vivienda». Asimismo, la Orden de 4 de octubre de 2010, que desarrolla el citado Decreto, también limita su ámbito señalando que «será de aplicación a todos los edificios de viviendas de nueva construcción, incluidas las unifamiliares, y a los obtenidos de un proceso de rehabilitación integral, cuyo uso principal sea vivienda». Por tanto, debe concluirse, en forma análoga al supuesto de la resolución de 17 de

enero de 2017 —invocada por el recurrente—, que la legislación autonómica aplicable limita la exigencia de tal depósito a las edificaciones cuyo uso principal sea residencial vivienda, sin poder extender tal requisito a las obras consistentes en naves industriales por aplicación del artículo 202 de la Ley Hipotecaria anteriormente visto.

Resolución de 8-8-2019
BOE 22-10-2019
Registro de la Propiedad de Escalona.

OBRA NUEVA POR ANTIGÜEDAD: REQUISITOS PARA PRACTICAR LA NOTA MARGINAL DE CONSTANCIA DE LA SITUACIÓN URBANÍSTICA DE LA EDIFICACIÓN.

En cuanto a los otros dos defectos han de ser analizados conjuntamente dado que están íntimamente relacionados entre sí, pues se refieren, en esencia, a si la tramitación seguida en el Ayuntamiento y el contenido final de la resolución son suficientes para permitir su constancia por nota al margen de la inscripción de la edificación declarada sobre la finca.

Esta Dirección General ya ha tenido ocasión de tratar el acceso registral de las concretas determinaciones urbanísticas impuestas por acto administrativo —cfr. por todas resolución de 7 de octubre de 2015 respecto a la constancia de volumen disconforme que un edificio industrial tiene en relación con el planeamiento vigente— estableciendo que desde el punto de vista registral, nuestra legislación hipotecaria en aras de lograr la progresiva coordinación con la ordenación urbanística, regula hoy un amplio elenco de actos administrativos que pueden y deben tener acceso registral, así como su forma documental y clase de asiento, pues como recuerda la resolución de 22 de junio de 2013, la redacción actual del artículo 65 de la Ley de suelo, es fruto de la modificación operada por el artículo 25 del Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, que bajo el antetítulo de «Protección registral ante títulos habilitantes de obras y actividades» le da nueva redacción con la finalidad expresada en su Exposición de Motivos de «hacer especial hincapié en las medidas de protección registral cuyo objetivo consiste en la protección preventiva y en la depuración a futuro de situaciones que se producen en la actualidad y que están afectando de manera muy negativa a la inversión en el sector inmobiliario, tanto a nivel interno, como internacional».

Es preciso que en la certificación administrativa, título formal, se contengan unas determinaciones sujetas a calificación registral: Expresión del acto administrativo que fundamenta la imposición de condiciones o limitaciones y acuerdo específico de su constancia registral, las condiciones o determinaciones concretas cuya constancia registral se pretende, con expresa referencia a la norma legal o planeamiento que la justifica, específica constancia de la firmeza en vía administrativa del acto —resolución de 12 de febrero de 2014— descripción indubitada de la finca registral afectada y circunstancias personales del interesado. Es cierto que el artículo 74 dispone que la nota marginal se tomará en virtud de instancia del titular de la finca a la que se acompañe certificación administrativa, mas dicha previsión debe ser entendida conforme a la redacción actual de la Ley de Suelo, la propia naturaleza administrativa del acto a inscribir y la doctrina de este Centro Directivo sobre la calificación registral de documentos administrativos. Por este motivo para tomar razón en el Registro de la Propiedad de condiciones de

licencias o de licencias en precario el ordenamiento exige que conste instancia del titular registral o que resulte que el procedimiento ha contado con su audiencia (arts. 74 y 76 del Real Decreto 1093/1997).

Requisito específico desde el punto de vista registral será la debida intervención en el procedimiento administrativo del interesado y la firmeza del acto, no solo respecto a la resolución que contiene las determinaciones urbanísticas, sino específicamente el acuerdo administrativo de su constancia registral, pudiendo entenderse, respecto a este último, que puede considerarse cumplido mediante la instancia con firma legitimada notarialmente o ante el registrador o manifestación en acta notarial del actual titular registral. No debe rechazarse tampoco, a estos efectos, la vía administrativa directa, por algunos de los medios que nuestro ordenamiento permite a la Administración, como la ejecución del acto en ejercicio de sus facultades de autotutela declarativa y ejecutiva, siempre que concurran sus presupuestos, se funde en una previa resolución administrativa y se garantice los derechos del interesado en el procedimiento.

A la vista de la legislación urbanística de Castilla-La Mancha, no resulta acertado afirmar, como afirmó el registrador en los defectos tercero y cuarto de su nota de calificación, que el ayuntamiento se haya limitado a indicar que se ha realizado una actuación clandestina pero falta que «ponga en claro la solución» o que deba «aclararse su régimen jurídico y hacerse constar si ha prescito o no la acción realizada, pudiendo o no el ayuntamiento adoptar medidas que impliquen la demolición de la obra», pues de la resolución municipal, como se ha visto, sí que resultan concretados tales extremos.

En consecuencia, debe considerarse que la resolución municipal calificada sí puede acceder al Registro de la Propiedad por la vía del artículo 28.4 del texto refundido de la Ley de Suelo y provocar la nota marginal en él prevista porque cumple los requerimientos de concreción mínima que exige dicho artículo, ya que sí que expresa «la concreta situación urbanística de la misma, con la delimitación de su contenido e indicación expresa de las limitaciones que imponga al propietario».

Resolución de 26-7-2019
BOE 24-10-2019
Registro de la Propiedad de Daimiel.

PROCEDIMIENTO DE APREMIO ADMINISTRATIVO POR DEUDAS A LA HACIENDA PÚBLICA: NUEVO RÉGIMEN DE ADJUDICACIÓN TRAS EL RD 1071/2017.

Cuando el ejercicio de las potestades administrativas haya de traducirse en una modificación del contenido de los asientos del Registro de la Propiedad, se ha de sujetar, además de a la propia legislación administrativa aplicable, a la legislación hipotecaria, que impone el filtro de la calificación en los términos previstos por los artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 99 de su Reglamento, habida cuenta de los efectos que la propia legislación hipotecaria atribuye a aquellos asientos, y entre los que se encuentran no solo los derivados del principio de legitimación registral (con los que solo en parte se confunden los resultantes de la presunción de validez del art. 39.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas), sino también otros distintos y superiores, también con transcendencia «*erga omnes*», como el de

inoponibilidad de lo no inscrito y el de fe pública registral de los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria (*vid.* resoluciones de 15 de enero de 2013 y 11 de julio de 2014, o entre las más recientes la de 6 de febrero de 2019).

Como hemos visto, en el presente caso el registrador cuestiona la idoneidad del procedimiento de adjudicación directa seguido para la realización del bien, al considerar que en el supuesto de hecho de este expediente no concurre ninguna de las causas legales habilitantes de la adjudicación directa, como procedimiento excepcional frente a la regla general de la enajenación mediante subasta, al haber sido suprimida entre tales causas habilitantes la relativa a haber quedado desierta la subasta del bien, en virtud de la reforma del artículo 107 del Reglamento General de Recaudación en virtud del Real Decreto 1071/2017, de 29 de diciembre, reforma que estaba en vigor el día 25 de abril de 2018 en que se celebró la subasta y el día 5 de septiembre de 2018 en que se abrió el procedimiento de adjudicación directa. Discutiéndose, por tanto, la idoneidad o admisibilidad legal del procedimiento seguido, y siendo este extremo uno de los que conforme a las disposiciones y doctrina antes expuestos están sujetos a la calificación registral, no cabe sino desestimar este primer motivo de oposición a la calificación impugnada.

Señala el Preámbulo del Real Decreto 1071/2017 que «la adjudicación directa se elimina como procedimiento posterior y subsiguiente al procedimiento de subasta. Se trata de simplificar el procedimiento de enajenación para potenciar la concurrencia en el mismo, así como su transparencia y agilidad». Esta novedad se concreta en la nueva redacción del artículo 107, apartado 1, del Reglamento General de Recaudación. El debate se centra, en consecuencia, no tanto en el alcance y significado de la reforma en este punto, sino en la delimitación de su eficacia temporal al discrepar sobre la interpretación que haya de darse al régimen transitorio incorporado a dicho Real Decreto. Se hace necesario, por tanto, analizar dicho régimen.

En cuanto al ámbito de la eficacia temporal del reiterado Real Decreto 1071/2017, de 29 de diciembre, se establece en su disposición final única que el mismo «entrará en vigor el día 1 de enero de 2018». Por su parte, la disposición transitoria tercera del Reglamento General de Recaudación, aprobado por el Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, establece en el párrafo segundo de su apartado 1 que «las actuaciones de enajenación de bienes continuarán rigiéndose por la normativa vigente antes de la entrada en vigor de este reglamento cuando el acuerdo de enajenación mediante subasta, la autorización para la enajenación por concurso o el inicio del trámite de adjudicación directa se hayan producido antes de la entrada en vigor de este reglamento». Finalmente, el citado Real Decreto 1071/2017 introduce en el mismo Reglamento General de Recaudación, a través del apartado 39 de su artículo único, una nueva disposición transitoria cuarta, conforme a la cual «las normas relativas al desarrollo del procedimiento de subasta a través del Portal de Subastas de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado se aplicarán a los procedimientos iniciados a partir del 1 de septiembre de 2018».

El hecho de que la adjudicación directa haya sido contemplada, hasta la reforma introducida por el Real Decreto 1071/2017, como un procedimiento alternativo a la subasta para el caso de que esta haya quedado desierta, no autoriza a confundirlo en modo alguno con el propio procedimiento de la subasta, por el mero hecho de compartir su condición de procedimientos de enajenación forzosa en un expediente de apremio. Como claramente resulta del Preámbulo del citado Real Decreto «la adjudicación directa se elimina como procedimiento posterior y

subsiguiente al procedimiento de subasta». Se trata de un procedimiento «posterior y subsiguiente» al procedimiento de subasta, es decir, claramente distinto de este. Así lo confirma también, destacando su autonomía en el plano del derecho transitorio como modos de enajenación distintos, el contenido de la disposición transitoria tercera, apartado 1, del Reglamento General de Recaudación, en su redacción originaria. Se distinguen, por tanto, con toda claridad, como fases distintas del procedimiento que pueden estar sujetas a regímenes normativos diferentes y sucesivos en función de sus respectivas fechas de vigencia, la subasta y la enajenación directa (además del concurso). Esta disposición transitoria tercera del Reglamento General de Recaudación, al igual que sucede en el caso de las transitorias del Código civil, debe guiar como criterio interpretativo las cuestiones de derecho transitorio no contempladas específicamente por el Real Decreto 1071/2017. Criterio jurisprudencial de interpretación estricta de los supuestos de excepción a la regla general de la enajenación mediante subasta que choca frontalmente con la interpretación extensiva postulada por el recurrente de la reiterada disposición transitoria cuarta, interpretación que, por ser claramente contraria a su tenor literal y a su explícita finalidad (reflejada en el Preámbulo del Real Decreto 1071/2017), desborda claramente el ámbito de aplicación propio de la misma.

Igual suerte desestimatoria debe correr el recurso en relación con las otras dos líneas argumentales esgrimidas en el escrito de interposición. Así en cuanto al argumento de que la supresión del procedimiento de enajenación directa responde en la reforma al hecho de que las nuevas subastas electrónicas maximizan la concurrencia y así evitan las subastas desiertas, que por tanto no estarían a partir de la reforma contempladas en el Reglamento General de Recaudación, se trata de un razonamiento que partiendo de una premisa correcta (el nuevo régimen de subastas electrónicas resultará más eficaz al aumentar la concurrencia y la transparencia), se apoya simultáneamente en otra que no lo es.

Finalmente entiende el recurrente, en contra de lo que resulta de la calificación impugnada (en la que se afirma que la adjudicación directa perjudica gravemente al deudor, sin generar un beneficio a la Hacienda Pública, favoreciendo únicamente al adjudicatario que adquiriría el bien por una cantidad muy inferior a su valor), que el deudor tiene garantizados sus derechos al poder intervenir en todo el procedimiento de apremio, «y en el caso de la adjudicación directa mediante la garantía de un precio mínimo de adjudicación (art. 107.4 RGR)». Pero tampoco esta afirmación se compadece ni con el contenido del título calificado, ni con el contenido real del precepto invocado en su apoyo, pues lo que establece la norma invocada es exactamente lo contrario de lo que se afirma en el recurso.

Por el contrario, conforme a la nueva redacción dada por el reiterado Real Decreto 1071/2017 al artículo 107 del Reglamento, una vez declarada desierta la subasta lo procedente, al no ser admisible acudir a la adjudicación directa, sería aplicar la previsión del artículo 109.1 del mismo, que de conformidad con el artículo 172.2 de la Ley General Tributaria, dispone que «cuando en el procedimiento de enajenación regulado en la anterior subsección no se hubieran adjudicado alguno o algunos de los bienes embargados, el órgano de recaudación competente podrá proponer de forma motivada al órgano competente su adjudicación a la Hacienda Pública en pago de las deudas no cubiertas» —o en caso de no entender procedente esta adjudicación a la Hacienda Pública, iniciar un nuevo procedimiento de enajenación a través de una nueva subasta, conforme al artículo 112.2 del Reglamento General de Recaudación—.

Como ha señalado reiteradamente este Centro Directivo (*vid.*, por todas, la reciente resolución de 5 de abril de 2019) al pronunciarse sobre la interpretación de las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil relativas al precio de adjudicación de los bienes en los procedimientos de ejecución judicial (en particular en relación con los arts. 670 y 671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, invocada en el preámbulo del Real Decreto de reforma del Reglamento General de Recaudación, como hemos visto) «admitir que el acreedor pueda solicitar la adjudicación de la finca por una cantidad que represente menos del 50% del valor de tasación de la finca, supone romper el equilibrio que el legislador ha querido que el procedimiento de apremio garantice entre los intereses del ejecutante (obtener la satisfacción de su crédito con cargo al bien hipotecado), y del ejecutado (no sufrir un perjuicio patrimonial mucho mayor que el valor de lo adeudado al acreedor). La interpretación de una norma no puede amparar el empobrecimiento desmesurado y sin fundamento de una parte, y el enriquecimiento injusto de la otra».

En cuanto al defecto apreciado con el número dos de la nota de calificación, por el que suspende la cancelación de la hipoteca que se ejecuta y la de las cargas posteriores a la misma, por la incongruencia entre el texto de la adjudicación y el del mandamiento, hemos de entender que se ha de acudir a una interpretación integradora de ambos documentos, en relación con los preceptos de la Ley General Tributaria y del Reglamento General de Recaudación (art. 107 de este último), para llegar a la conclusión de que es una consecuencia natural del procedimiento de apremio la extinción o agotamiento de la carga que se ejecuta, así como la purga o liberación de las posteriores, en virtud del principio de prioridad (art. 17 de la Ley Hipotecaria).

Resolución de 9-8-2019
BOE 30-10-2019
Registro de la Propiedad de Bilbao, número 2.

HERENCIA: EFECTOS DE LA SEPARACIÓN O DIVORCIO SOBRE LA DISPOSICIÓN TESTAMENTARIA EN FAVOR DEL CÓNYUGE.

La revocación de los testamentos abiertos, en Derecho común, no puede tener lugar, sino a través del otorgamiento de un nuevo testamento válido. No se produce la revocación de los testamentos mediante actos o negocios jurídicos que no adopten las formas testamentarias, ni en virtud de causas no previstas legalmente (cfr. arts. 738, 739 y 743 CC). Debe resaltarse, a este respecto, que no está previsto como efecto de la separación o divorcio de los cónyuges —o de la nulidad del matrimonio— la revocación o ineficacia, «ministerio legis», de las disposiciones testamentarias efectuadas por uno de ellos en favor del otro (a diferencia de lo establecido respecto de los poderes y consentimientos en los arts. 102 y 106 CC).

Por otra parte, al igual que ocurrió en el supuesto resuelto por la resolución de 27 de febrero de 2019, en el presente caso no puede apreciarse que en la institución hereditaria debatida concurra una causa falsa —en el sentido de erróneo motivo de la disposición que determine su ineficacia—, conforme al artículo 767 del Código civil. Así, debe tenerse en cuenta: a) que del hecho de que la disposición testamentaria ahora cuestionada se refiera a la «marido» y en las manifestaciones previas determine su nombre y apellidos, no puede concluirse que haya una clara expresión del motivo de la institución, pues bien pudiera

interpretarse como un elemento más de identificación de la persona favorecida, por lo que no sería aplicable la norma del artículo 767 del Código civil. b) que, en congruencia con la naturaleza del testamento como acto formal y completo una vez otorgado, ha de ser determinante la voluntad pretérita del testador, su voluntad en el momento de otorgar la disposición, por lo que la simple alteración sobrevenida de circunstancias tiene su adecuado tratamiento en la revocabilidad esencial del testamento (cfr. art. 739 CC) y en la posibilidad de otorgamiento de una nueva disposición testamentaria, y c) que, no obstante, a la hora de interpretar la verdadera voluntad del testador no debe descartarse que esta presupusiera, para la validez de la institución, la persistencia de una situación.

Este Centro Directivo no puede desconocer el criterio del Tribunal Supremo en la sentencia número 539/2018, de 28 de septiembre, citada por el registrador y por el recurrente, y en la sentencia número 531/2018, de 26 de septiembre. Pero respecto del ámbito notarial y registral cabe recordar que la privación de eficacia del contenido patrimonial de un determinado testamento exige, a falta de conformidad de todos los afectados, una previa declaración judicial que, tras un procedimiento contencioso instado por quien esté legitimado para ello, provoque su pérdida de eficacia (total o parcial). Por ello, debe concluirse que en el caso que es objeto de este recurso no podrá prescindirse, sin la pertinente declaración judicial de ineficacia, del testamento del que deriva la condición de heredero del excónyuge de la causante. Por último, la circunstancia de la causante, que figura en el Registro, sobre su situación de capacidad judicialmente modificada desde el año 2015, no puede ser tenida en cuenta en el ámbito notarial y registral ni a los efectos del expediente, correspondiendo a los tribunales de Justicia la apreciación de la trascendencia de esta circunstancia.

Resolución de 9-8-2019
BOE 30-10-2019
Registro de la Propiedad de Palma de Mallorca, número 3.

USUFRUCTO: NO ES ESENCIAL EL CARÁCTER VITALICIO. PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD: REQUISITOS PARA LA INSCRIPCIÓN.

Debe recordarse la reiterada doctrina de esta Dirección General según la cual, 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 de la Ley Hipotecaria y 7 del Reglamento Hipotecario), sino también la alteración del contenido típico de los derechos reales legalmente previstos (cfr. arts. 392, 467, 470, 523, 594 y 1648.2.º CC) y, por ejemplo, sujetarlos a condición, término o modo (cfr. arts. 11, 23 y 37 de la Ley Hipotecaria). Pero el ejercicio de esta libertad tiene que ajustarse a determinados límites y respetar las normas estructurales (normas imperativas) del estatuto jurídico de los bienes.

Es cierto que, como afirma el registrador en su calificación, según el artículo 513.1.º del Código civil, el usufructo se extingue por fallecimiento del usufructuario. Pero este carácter vitalicio del usufructo no es esencial al mismo. Así lo ha admitido el Tribunal Supremo que, en sentencia de 2 de junio de 1952 afirmó que «como enseña la jurisprudencia de esta Sala, el usufructo es un

derecho eminentemente personal, extinguible por la muerte del usufructuario a no ser que por excepción que permite el artículo 469 del citado Cuerpo Legal el título constitutivo autorice su transmisión a ulteriores personas».

La redacción de los títulos que pretendan acceder al Registro es presupuesto de su fiel reflejo registral, con los importantes efectos que de la inscripción se derivan, entre ellos la presunción de existencia y pertenencia de los derechos reales inscritos «en la forma determinada por el asiento respectivo» (art. 38 de la Ley Hipotecaria). Como ha expresado el Tribunal Supremo en su sentencia de 27 de mayo de 2009, la eficacia del principio de especialidad resulta determinante en todo el ámbito de los derechos reales para el conocimiento de los terceros. Esta exigencia aumenta en relación con los derechos atípicos que se puedan constituir al amparo del principio de la autonomía de la voluntad. Se hace «imprescindible la determinación del concreto contenido y extensión de las facultades que integran el derecho que pretende su acceso al Registro», pues esta determinación, es esencial para lograr el amparo registral.

De lo pactado en la escritura calificada resulta que tal como ha sido configurado el derecho de usufructo reservado por el constituyente con esa facultad de disponer del mismo «*mortis causa*» se respetan los límites estructurales de todo derecho real. Y con su reflejo registral la inmediatividad, absolutividad, reipersecutoriedad, preferencia y exclusión propias de los derechos reales quedan aseguradas, conforme a lo establecido en el artículo 2.2.º de la Ley Hipotecaria y en el artículo 7 del Reglamento Hipotecario, en tanto en cuanto cualquiera que sea el propietario poseedor de las fincas referidas podrá el donante no solo ejercitar el usufructo sino también el «ius disponendi» sobre el mismo en su testamento.

Resolución de 9-8-2019
BOE 30-10-2019
Registro de la Propiedad de Guadalajara, número 3.

NOTA MARGINAL DE POSIBLE AFECTACIÓN POR UN FUTURO DESLINDE: HA DE CUMPLIRSE EL PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO.

Es preciso recordar que el registrador al llevar a cabo el ejercicio de su competencia de calificación de los documentos presentados a inscripción no está vinculado, por aplicación del principio de independencia en su ejercicio, por las calificaciones llevadas a cabo por otros registradores o por las propias resultantes de la anterior presentación de la misma documentación o de la anterior presentación de otros títulos, dado que debe prevalecer la mayor garantía de acierto en la aplicación del principio de legalidad por razones de seguridad jurídica.

En el presente recurso debe decidirse si puede accederse a la práctica de una nota marginal por la que la Consejería de Agricultura, Medio Ambiente y Desarrollo Rural de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha pretende que se haga constar en relación con una concreta finca registral, que colinda con una vía pecuaria clasificada que no está deslindada, y que en un futuro deslinde la posesión de la totalidad o parte de la finca podría ser atribuida a la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

Por lo que se refiere a la cuestión de fondo planteada, tal y como señaló esta Dirección General en las resoluciones de 15 de marzo y 12 de abril de 2016, la protección registral que la Ley otorga al dominio público no se limita exclusivamente al que ya consta inscrito, sino que también se hace extensiva al dominio

público no inscrito, pero de cuya existencia tenga indicios suficientes el registrador y con el que pudiera llegar a colisionar alguna pretensión de inscripción. Por ello las Administraciones Públicas disponen en la actualidad de dos herramientas para conseguir la tutela y protección del dominio público a través del Registro de la Propiedad. En primer lugar, según se establece en la legislación sobre el patrimonio público, cumpliendo con la obligación impuesta a todas las Administraciones para que inscriban sus bienes, tanto los patrimoniales como los de dominio público, en el Registro de la Propiedad. Y, en segundo lugar, facilitando al Registro de la Propiedad la información gráfica de los bienes demaniales, para que el registrador pueda incorporarla a su aplicación informática de tratamiento de bases gráficas y así poder tenerla en cuenta en su función calificadora incluso en los casos en que dichos bienes no estén inscritos a nombre de la respectiva Administración Pública.

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 de la Ley Hipotecaria) y que este haya prestado su consentimiento o que, si se trata de procedimientos administrativos o judiciales, haya sido llamado adecuadamente a dichos procesos a efectos de que no se produzca su indefensión.

Resolución de 9-8-2019
BOE 30-10-2019
Registro de la Propiedad de Madrid, número 25.

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: CONTROL DE LOS REQUISITOS DE LA CESIÓN DE REMATE.

Se trata de dilucidar en este expediente, como único punto de la nota de calificación a la que hace referencia el escrito de recurso, si, cuando en el seno de un procedimiento de ejecución hipotecaria, la cesión del remate se efectúa habiendo transcurrido más de cuarenta días, plazo señalado por la Ley y concedido al ejecutante, es necesario otorgar escritura pública y en consecuencia liquidar las dos transmisiones que se producen, la de la adjudicación en subasta y la posterior derivada de la cesión, al considerar el registrador extemporánea dicha cesión.

La cesión del remate, al materializarse dentro de un proceso y producir efectos procesales, es, pues, un contrato típico procesal. Su fundamento, como señala la doctrina, se halla en que, siendo el remate un derecho subjetivo, nuestro ordenamiento permite la transmisibilidad de esa clase de derechos. El ejercicio de la cesión de remate, en los términos previstos en el artículo 647.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, determina la existencia de una única transmisión que retrotrae sus efectos a la fecha del decreto de adjudicación.

La vigilancia del cumplimiento de los requisitos para efectuarlo corresponde al letrado de la Administración de Justicia. Entre estos extremos que establece el artículo 132 LH y 100 RH no figura el control del cumplimiento de estos plazos, que se desarrollan íntegramente en sede judicial. En consecuencia, el defecto observado debe decaer.

Resolución de 21-8-2019
BOE 30-10-2019
Registro de la Propiedad de Zaragoza, número 9.

DERECHO FORAL ARAGONÉS: CONSTITUCIÓN DE LA JUNTA DE PARIENTES.

Cuando la calificación del registrador sea desfavorable es exigible, según los principios básicos de todo procedimiento y conforme 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. La argumentación en que se fundamenta la calificación es 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, lo que ocurre en este expediente, lo que resulta del contenido del escrito de interposición, por lo que procede entrar en el fondo del asunto.

En primer lugar hay que reseñar el llamamiento supletorio que se hace en el artículo 171 del texto foral, para la regulación de la junta de parientes, a las normas sobre la tutela, que también tienen su regulación especial en el Código Foral de Aragón. En segundo lugar, y entrando en el fondo del asunto, el artículo 172.1 del Código Foral de Aragón, determina la composición de esta junta de parientes. En el supuesto de este expediente, se ha constituido la junta de parientes bajo fe notarial, y con los parámetros legales, se ha designado en la escritura para componer la junta de parientes, al abuelo paterno y a la tía abuela materna. Así pues, se trasluce la intención del legislador de una constitución automática y ágil de la junta de parientes notarial, si bien permitiendo al juez en el caso de la junta de parientes judicial apartarse de los criterios de forma motivada.

Pues bien, lo que se debate precisamente, es la válida constitución de esa junta de parientes en la escritura objeto del expediente. En definitiva, se debate si basta una declaración de notoriedad en los términos que la que se hace para acreditar la patria potestad, o es preciso un acta de notoriedad a modo de procedimiento de jurisdicción voluntaria para esta determinación de los miembros de la junta.

La reseña de la intervención en la escritura, en la representación legal de los padres respecto de los hijos, en ejercicio de la patria potestad o de la autoridad familiar, se regula de forma sucinta en el artículo 164 del Reglamento Notarial, en el que determina que, por excepción, cuando la representación emane de la ley, en cuyo caso se expresará esta circunstancia, no será preciso que la representación se justifique si consta por notoriedad del autorizante. Por lo tanto, si al notario le consta por notoriedad la relación paterno filial, basta a todos los efectos que así lo haga constar, sin que el registrador pueda exigir que se acredite la citada relación paterno-filial. Distinta es la situación de la tutela, patria potestad prorrogada, curatela y otras que por su determinación judicial exigen la acreditación de la representación mediante la presentación del documento del que emana la misma.

La Ley del Notariado y su Reglamento Notarial, tras sus modificaciones a raíz de la Ley 15/2015, no contienen ninguna norma sobre la constitución de la junta de parientes notarial, por lo que se habrá de acudir a las normas de aplicación general sobre la notoriedad. Así pues, el medio para la declaración de

esa notoriedad puede ser el regulado en el artículo 209 del Reglamento Notarial. La escueta notoriedad practicada por el notario recurrente, «… como abuelo paterno y tía abuela materna, respectivamente, del menor antes referido, lo que me consta por notoriedad, y constituidos, para este solo acto en Junta de Parientes, conforme a lo dispuesto en el artículo 13.1b) del…», obliga a recordar por este Centro Directivo, los requisitos que el artículo 209 del Reglamento Notarial exige para la declaración de la notoriedad, tales como la constancia necesaria de todas las pruebas practicadas, en este caso los documentos recabados para determinar la proximidad en grado, y, la manifestación de idoneidad, así como la emisión detallada de juicio sobre la situación personal —que son los más próximos en grado, uno de cada línea, y que son idóneos—, circunstancias que no se han dado en la lacónica notoriedad emitida. Esto obliga a cubrir y cumplimentar estos requisitos de la notoriedad realizada.

Resolución de 23-8-2019
BOE 30-10-2019
Registro de la Propiedad de Oviedo, número 2.

ACTA NOTARIAL SUBSANATORIA: ALCANCE DEL ARTÍCULO 153 RN.

Según doctrina reiterada de este Centro Directivo (*vid.*, por todas, las resoluciones de 12 de marzo de 1999, 6 de abril de 2006 y 13 de junio de 2012), lo que permite el artículo 153 del Reglamento Notarial es la subsanación de errores materiales, omisiones y defectos de forma padecidos en los instrumentos públicos, pudiendo afectar, incluso, a elementos relevantes del negocio de que se trate, pero solo cuando pueda comprobarse, con claridad, que se trata de mero error material, por resultar así atendiendo al contexto del documento y a los inmediatamente anteriores y siguientes, a las escrituras y otros documentos públicos que se tuvieron en cuenta para la autorización y a los que prueben fehacientemente hechos o actos consignados en el documento subsanado. En tales supuestos la legislación notarial no exige un nuevo consentimiento de los otorgantes. Pero es también doctrina reiterada de esta Dirección General (cfr. resoluciones de 13 de junio y 5 de septiembre de 2012 y 21 de marzo de 2015), que la posibilidad de rectificación por el notario por sí solo, dado que no concurren las partes interesadas a la rectificación, debe ser interpretada con carácter restrictivo.

En este caso concreto, a la vista de la documentación incorporada a la escritura de herencia, en concreto, del certificado catastral telemático y de los datos catastrales que constan en la misma, en los que figura el perímetro de la finca, se infiere que nos encontramos ante una modificación catastral sobrevenida que se limita a la rectificación del dato alfanumérico referido a la superficie de la parcela que consta en la certificación catastral pero con mantenimiento pleno de la geometría georreferenciada del inmueble, lo que se debe a un error en Catastro, subsanado por este organismo, según afirma el notario recurrente.

Ahora bien, tratándose de un negocio consentido por varias partes con intereses contrapuestos, puesto que se reparte una herencia mediante la formación de lotes de valores proporcionales a la participación de cada cotitular en el conjunto, podría ocurrir que la subsanación, aunque se refiera a un simple error material como es el cálculo de la superficie comprendida dentro de un perímetro que no ha sufrido alteración, afectará a su valoración y por tanto potencialmente al contenido negocial del documento, y en tal caso no podría ser

formalizada mediante un acta o diligencia de subsanación autorizada conforme al artículo 153 del Reglamento Notarial, requiriendo el consentimiento de los otorgantes del documento.

Resolución de 23-8-2019
BOE 30-10-2019
Registro de la Propiedad de Granollers, número 3.

RECURSO GUBERNATIVO: COMPETENCIAS DGRN Y DGDEJ DE CATALUÑA. DERECHO INTERREGIONAL: PACTO DE SUMISIÓN EXPRESA EN MATERIA DE OBLIGACIONES CONTRACTUALES. CONDICIÓN RESOLUTORIA EXPRESA: NATURALEZA. CLÁUSULA PENAL: ALCANCE DE LA MODERACIÓN JUDICIAL *EX* ARTÍCULO 1154 DEL CÓDIGO CIVIL.

Esa doctrina de este Centro Directivo ha sido y es meridianamente clara al establecer, en aplicación de lo dispuesto en la Ley 5/2009, de 28 de abril, del Parlamento de Cataluña, parcialmente derogada por la sentencia del Tribunal Constitucional número 4/2014, de 16 de enero, que la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de la Generalidad de Cataluña 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». Y más clara no puede ser la postura de esta Dirección General, expresada en resolución de 21 de septiembre de 2017 (en línea con anteriores pronunciamientos de 29 de mayo y 9 de junio de 2017, también seguida en resolución de 5 de marzo de 2018), y que no cabe sino ratificar y reiterar.

Y en lo que atañe a la tramitación realizada en este expediente, no cabe sino recordar que según doctrina consolidada de este Centro Directivo antes referida, cuando el recurso se hubiera presentado directamente en el Registro a cargo del registrador que emitió la calificación, este debe examinar si se recurre fundándose exclusivamente en derecho catalán, en cuyo caso es competente la Dirección General de Derecho y de Entidades Jurídicas de Cataluña, o si se fundamenta además en otras normas o motivos ajenos al derecho propio, en cuyo caso debe remitir el expediente a esta Dirección General de los Registros y del Notariado. Si eso es así, deberá remitirlo a este Centro Directivo «*a fortiori*» cuando el recurso se presenta —como ocurre en el presente caso— no ante el propio registrador, sino ante su superior jerárquico (esta Dirección General, competente por razón de la materia) que le insta a completar la tramitación y remitir el preceptivo informe, en el que por supuesto puede exponer y argumentar su parecer en orden a la competencia para resolverlo; pero lo que no puede hacer «*motu proprio*» es decidir sobre una cuestión ajena a su competencia y alterar el procedimiento reglado, los cauces legales del mismo y lo solicitado por su superior jerárquico, dando entrada inopinadamente, en medio del curso del procedimiento, a otro organismo, obviando al competente para su tramitación y resolución.

De los apartados 5 y 10 del artículo 10 del Código civil cabe extraer fundamentales consecuencias. La primera, puesta de relieve con acierto en el recurso,

que las disposiciones que disciplinan la compraventa en el derecho civil catalán, en la que está incluida la regulación de la condición resolutoria explícita (en concreto en el artículo 621-54 del Código civil de Cataluña, incardinado en el libro VI, relativo a obligaciones y contratos), no son de aplicación a un contrato de compraventa en el cual las partes, al amparo del artículo 10.5 del Código civil, y por aplicación del artículo 16.1 de este último Código («Los conflictos de leyes que puedan surgir por la coexistencia de distintas legislaciones civiles en el territorio nacional se resolverán según las normas contenidas en el capítulo IV […]»), han elegido el derecho común español como ley aplicable, contando con punto de conexión válido respecto de este derecho. La libertad de elección es también paradigma del moderno derecho contractual europeo, como resulta claramente del artículo 3.1 del Reglamento (CE) núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I).

Ley única, por tanto, que abarcaría todos los extremos que menciona el artículo 10.10 del Código, y de lo que no puede constituir una excepción el mecanismo contractual de garantía pactado (que se regirá por el artículo 1504 del mismo Código y demás preceptos aplicables de la legislación hipotecaria), que en absoluto puede ser conceptuado como un derecho real forzando así la interpretación del artículo 10.1 del Código civil.

No está de más reseñar que la doctrina ha venido calificando la condición resolutoria expresa del artículo 1504 del Código civil como un «derecho potestativo» para la parte que decide resolver ante el incumplimiento de pago de la contraparte; calificación que comparte el Tribunal Supremo en su jurisprudencia, aunque tampoco han faltado autores que han caracterizado la condición resolutoria como una facultad jurídica, aunque lo que sí que resulta de todo punto evidente es que se está ante un poder resolutorio con autonomía jurídica, fruto de la autonomía de la voluntad de las partes y no asimilable a un mecanismo de ejecución en sentido técnico. Y, por supuesto, lo que conlleva su acceso registral no es su conversión en derecho real, pues la inscripción, como ha sido siempre criterio unánime en doctrina científica y jurisprudencia, no posee un efecto taumatúrgico de convertir en real lo personal, sino que lo único que le atribuye es la eficacia frente a terceros, conforme al artículo 11 de la Ley Hipotecaria. Por tanto, está fuera de lugar la invocación, que se realiza en la nota, al artículo 10.1 del Código civil y al artículo 11.5 del Reglamento Europeo citado (Roma I), y en las que se pretende fundamentar la aplicación al caso —ciertamente incorrecta— del artículo 621.54 del Código civil de Cataluña.

Como ha quedado ya expuesto, la suspensión de la inscripción del título la basa el registrador en la sujeción del pacto de condición resolutoria a la norma citada del Código civil de Cataluña que él considera imperativa, afirmación que no puede mantenerse y que en orden al resultado final de esta resolución tendrá las consecuencias que más adelante se indican, aunque conviene abordar antes diversas cuestiones. La primera pasa por recordar que, «a priori», ni una condición resolutoria, ni una cláusula penal, infringen —«*per se*»— la prohibición legal del pacto comisorio. Respecto de la más reciente doctrina de esta Dirección General sobre la condición resolutoria explicita, las resoluciones de 10 de julio de 2013, 5 de julio de 2017 y 16 de enero de 2019 han venido señalando que la reinscripción del inmueble en favor del vendedor, como consecuencia del ejercicio de la facultad de resolución pactada al amparo del artículo 1504 del Código civil, está sujeta a determinados requisitos para salvaguardar la posición jurídica de las partes.

Ahora bien, sin duda alguna cabe plantear (de hecho se defiende por el recurrente con argumentos nada desdeñables) la validez del pacto de no restitución de cantidades ya entregadas y la renuncia a la moderación judicial «ex» artículo 1154 del Código civil cuya resolución produce, respecto de una y otra parte, el deber de «restituirse lo que hubiera percibido», en los términos que resultan del artículo 1123 del Código civil. Se trata de un deber que impone recíprocas prestaciones y, 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 (cfr. art. 175.6.ª del Reglamento Hipotecario). Y este requisito no puede dejar de cumplirse bajo el pretexto de una cláusula mediante la que se haya estipulado que para el caso de resolución de la transmisión por incumplimiento, el que la insta podrá quedarse con lo que hubiese prestado o aportado la contraparte, por cuanto puede tener lugar la corrección judicial prescrita en el artículo 1154 del Código civil (resoluciones de 29 de diciembre de 1982, 16 y 17 septiembre de 1987, 19 de enero y 4 de febrero de 1988 y 28 de marzo de 2000), sin que quepa pactar otra cosa en la escritura (resolución de 19 de julio de 1994). Todo ello implica que 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.

Cierto es también que este Centro Directivo ha contemplado, básicamente por causa del ejercicio de un derecho de opción de compra, posibles supuestos en los que no operaría esa obligación de restitución o consignación. Como ha reiterado este Centro Directivo, para que no sea necesaria la consignación a favor de acreedores posteriores, la subrogación o descuento en la hipoteca anterior no puede superar a las correspondientes coberturas hipotecarias. En caso contrario, descuento o subrogación en cantidades superiores, debe consignarse la diferencia.

Hechas las anteriores consideraciones, la serie de pronunciamientos de este Centro Directivo en orden a la necesaria consignación de lo previamente percibido por quien ejercita la facultad de resolución pactada al amparo del artículo 1504 del Código civil, no se pueden desconectar de las circunstancias de los supuestos de hecho que las motivaron; como tampoco es menos cierto que la presente resolución no puede desconocer la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo ni las peculiaridades que sin duda plantean casos como el del presente recurso, en el que las partes son dos sociedades mercantiles, concurriendo además una circunstancia relevante, que no cabe obviar y de la que se derivan importantes consecuencias: las partes han renunciado de forma expresa, inequívoca y terminante, al derecho de solicitar u obtener la moderación equitativa judicial de la cláusula penal, tal y como se pacta en la Estipulación 4.2.2 de la escritura. Y, ciertamente, «*a priori*» no se aprecia que esa renuncia contravenga el artículo 6.2 del Código civil.

Así las cosas, indudablemente, de ser aplicable la legislación sobre consumidores y usuarios, procedería un enfoque radicalmente distinto de la cuestión (cfr. art. 85.6 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 complementarias). Pero no es este el caso a que se refiere el presente recurso, al que son perfectamente trasladables algunas consideraciones que han formulado tanto la doctrina como la jurisprudencia: que no procede esa moderación judicial cuando el incumplimiento es total, pues la facultad moderadora de los tribunales solo puede realizarse cuando el incumplimiento es parcial o irregular de la obligación principal, y ello con independencia de que la pena sea excesiva o no por no corresponderse con los daños efectivamente producidos;

que cuando la cláusula penal está prevista para un determinado incumplimiento, aunque fuera parcial o irregular, no puede aplicarse la facultad moderadora del artículo 1154 del Código civil si se produce precisamente ese incumplimiento, y así lo ha mantenido el Tribunal Supremo de manera reiterada. Es decir, no se trataría de un cumplimiento parcial o irregular, sino de un incumplimiento absoluto de la prestación a la que se añade la cláusula penal.

Para finalizar, hay una conclusión inequívoca que no ofrece duda alguna, cual es que el negocio jurídico celebrado contiene una sumisión expresa, innegable y totalmente conforme a ley, al derecho civil común; lo que rige respecto de la relación obligatoria establecida en toda su extensión, en todos sus términos y en todas sus vicisitudes e incidencias. Y es que la calificación impugnada tampoco cuestiona la validez del pacto de elección de ley o sumisión, pero extrae del mismo una consecuencia equivocada, so capa del carácter real y de la imperatividad de un artículo del Código civil de Cataluña que ni es aplicable al caso ni tendría bajo ningún concepto carácter imperativo en un supuesto como el presente; como tampoco, por las razones más arriba expuestas, de un indefendible criterio de territorialidad que, en el fondo y se quiera o no, implica un retroceso con relación al moderno derecho contractual europeo.

Resolución de 29-8-2019
BOE 30-10-2019
Registro de la Propiedad de Madrid, número 6.

ARRENDAMIENTOS URBANOS: FORMA DE LA NOTIFICACIÓN AL ARRENDATARIO PARA EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE TANTEO Y RETRACTO.

El artículo 25 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, establece para el caso de «venta de la vivienda arrendada» (también en caso de venta de fincas para uso distinto del de vivienda) que el arrendatario tendrá derecho de adquisición preferente sobre la misma, en las condiciones previstas en el mismo precepto legal. Y el aspecto registral se contempla en el apartado 5 del mismo artículo 25: «Para inscribir en el Registro de la Propiedad los títulos de venta de viviendas arrendadas deberá justificarse que han tenido lugar, en sus respectivos casos, las notifcaciones prevenidas en los apartados anteriores, con los requisitos en ellos exigidos».

Como ha afirmado esta Dirección General de forma reiterada, conforme al artículo 326, párrafo primero, de la Ley Hipotecaria, el recurso debe recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del registrador, rechazándose cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma. Por ello, no puede ahora valorarse si la aportación, con el escrito de recurso, de determinados documentos que no se presentaron en el momento de la calificación impugnada (prescindiendo por otra parte de su falta de fehaciencia) es suficiente para la subsanación de los defectos referidos, pues, con base en dicho precepto legal, es continua doctrina de esta Dirección General (por todas, resolución de 13 de octubre de 2014, basada en el contenido del artículo y en la doctrina del Tribunal Supremo, en sentencia de 22 de mayo de 2000), que el objeto del expediente de recurso contra las calificaciones de los registradores de la propiedad es exclusivamente determinar si la calificación es o no ajustada a Derecho. Y es igualmente doctrina reiterada (por todas, *vid.* resoluciones de 19 de enero y 13

de octubre de 2015), que el recurso no es la vía adecuada para tratar de subsanar los defectos apreciados por el registrador.

Como ha señalado reiteradamente este Centro Directivo (*vid.* resoluciones citadas en los «Vistos»), la regulación de los requerimientos y notificaciones en los ámbitos hipotecario y notarial ha de interpretarse de acuerdo con las exigencias de los preceptos constitucionales que garantizan el derecho a la tutela judicial efectiva, en los términos que la misma es entendida por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, y cuya jurisprudencia ha aplicado en diversas ocasiones este Centro Directivo. Este mismo criterio es el que resulta de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en particular en el caso concreto de la notificación fehaciente de la decisión de vender la finca arrendada que a los efectos del correspondiente derecho de tanteo prevé el artículo 25.2 de la Ley de Arrendamientos Urbanos. Así, en su sentencia número 2379/2007, de 24 de abril, con cita de otras anteriores, afirma que «el artículo 25.3 de la Ley 29/94, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos —aplicable al supuesto de hecho contemplado en el caso de autos—, regula, bajo la denominación «derecho de adquisición preferente», el derecho de retracto que confiere al arrendatario, en el caso de venta de la vivienda arrendada, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 1518 del Código civil, cuando no se le hubiere hecho la notificación fehaciente de la decisión de vender la finca arrendada, el precio y las demás condiciones de la transmisión, o cuando se hubiere omitido en ella cualquiera de los requisitos exigidos, así como cuando resultase inferior el precio efectivo de la compraventa o menos onerosas sus restantes condiciones esenciales.

También en relación con la notificación fehaciente de la intención de vender a los efectos del posible ejercicio del derecho de tanteo legal previsto en el citado artículo 25 de la Ley 29/94, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, nuestros tribunales han equiparado la recepción de la notificación y el conocimiento efectivo del propósito de venta con los supuestos en que la falta de recepción o conocimiento de la notificación sea consecuencia de la pasividad o falta de diligencia del destinatario.

Conforme a los criterios reflejados en la reseñada jurisprudencia constitucional y civil, este Centro Directivo ha sostenido que a los efectos de tener por probada la notificación, se debe considerar suficiente el acta notarial acreditativa del envío por correo certificado con aviso de recibo del documento, siempre que la remisión se haya efectuado al domicilio designado por las partes, según el Registro, y resulte del acuse de recibo que el envío ha sido debidamente entregado en dicho domicilio (cfr. resoluciones de 21 de noviembre de 1992 y 14 de mayo de 2019). Y termina esta Dirección General en esas tres resoluciones afirmando que en el ámbito del Reglamento Notarial existe otra forma más ajustada al principio constitucional de tutela efectiva y la doctrina jurisprudencial que asegura, en el mayor grado posible, la recepción de la notificación por el destinatario de la misma, a cuyo fin deben de extremarse las gestiones en averiguación del paradero de sus destinatarios por los medios normales (véase, por todas, la sentencia del Tribunal Constitucional número 158/2007, de 2 de julio); y que esa vía es el procedimiento previsto en el artículo 202 del Reglamento Notarial, de manera que habiendo resultado infructuoso el envío postal, el notario debe procurar realizar la notificación presencialmente, en los términos previstos en dicho artículo.

Debe entenderse que resultando infructuosa la notificación por correo certificado, como ha sucedido en el presente caso, debe verificarse una notificación personal del notario a fin de satisfacer la exigencia legal de la notificación fehaciente de la transmisión al arrendatario a los efectos del eventual ejercicio del

derecho de retracto, como requisito necesario para el levantamiento del correspondiente cierre registral. Todo lo cual conduce necesariamente a la confirmación de la calificación impugnada.

Resolución de 2-9-2019
BOE 30-10-2019
Registro de la Propiedad de Las Palmas de Gran Canaria, número 6.

TITULACIÓN DE PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS: NATURALEZA Y EFECTOS. HIPOTECA: CANCELACIÓN POR CADUCIDAD.

La única cuestión susceptible de ser objeto de este recurso radica en determinar si, en los supuestos de titulización de préstamos y créditos hipotecarios tiene lugar una extinción de la hipoteca por ministerio de la Ley, en virtud del pago efectuado por el fondo de inversión inmobiliario a la entidad acreedora, y, en consecuencia, es posible cancelar la hipoteca sin consentimiento de acreedor al amparo del artículo 82.2 de la Ley Hipotecaria o, alternativamente, por caducidad al amparo del artículo 210.1.8.ª de la misma ley.

La titulización constituye un proceso financiero por medio del cual se transforman unos activos generalmente ilíquidos (créditos/préstamos) en títulos o valores negociables, mediante la puesta en el mercado secundario, o mediante su cesión a un fondo de titulización, quien a su vez emite unos bonos para su colocación entre inversores institucionales. De esta manera, las entidades cedentes venden todo o parte de sus riesgos financieros para obtener nueva financiación con la que seguir desarrollando su negocio sin necesidad de acudir a otras vías, como ampliaciones de capital.

Las operaciones pasivas en que se materializa la titulización de los créditos hipotecarios pueden ser de cuatro clases: cédulas, bonos y participaciones hipotecarias y certificados de transmisión de hipoteca (arts. 12, 13 y 15 de la Ley 2/1981 y disposición adicional cuarta de la Ley 5/2015), y pueden ser realizadas, si las hipotecas en que se basan, cumplen los requisitos legalmente establecidos, por los bancos, cajas de ahorro, cooperativas de crédito y establecimientos financieros de crédito (art. 2 de la Ley 2/1981).

Las cédulas y bonos hipotecarios son títulos valores de garantía. Así, las cédulas hipotecarias son títulos valores cuyo capital e intereses están especialmente garantizados, sin necesidad de inscripción registral, por hipoteca sobre todas las que, en cualquier tiempo, consten inscritas a favor de la entidad emisora. Y los bonos hipotecarios son títulos valores cuyo capital e intereses están especialmente garantizados por los créditos hipotecarios incluidos en la escritura de emisión, sin que tampoco necesiten de inscripción registral, pues la anterior exigencia de constancia en el Registro de la Propiedad por nota al margen de las respectivas inscripciones de hipoteca fue derogada por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre.

En cambio, las participaciones hipotecarias y los certificados de transmisión de hipoteca son títulos valores que transmiten o ceden todo o una parte de uno o de varios de los préstamos o créditos hipotecarios de la cartera de la entidad emisora a terceros, y podrá hacerse a lo largo de toda la vida del préstamo a que se refieran, siempre que el plazo de la participación no exceda del vencimiento de dicho préstamo. Esta transmisión no necesita de inscripción registral. Pero hoy en día, nada impide su inscripción, aunque la cesión sea en favor de fondos de titulización sin personalidad jurídica. Solo el artículo 29.1 del Real Decreto

716/2009, de 24 de abril, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 2/1981 (al igual que el artículo 64 del anterior Real Decreto 685/1982, de 17 de marzo), exige la práctica de una nota al margen de la respectiva inscripción de hipoteca acreditativa de la emisión o transmisión de las participaciones hipotecarias, cuando su suscripción y tenencia no esté limitada a los inversores profesionales, sino que también sea susceptible de suscripción por el público no especializado, lo que no ocurre en el supuesto objeto de este expediente.

Por tanto, la aportación de derechos de crédito a un fondo de titulización supone que la entidad que concedió el mismo deja de ser la acreedora del préstamo o crédito, aunque conserve por Ley la titularidad registral y siga manteniendo, salvo pacto en contrario, su administración; siendo el fondo de inversión el nuevo acreedor. En este sentido será aplicable el artículo 15 de la Ley 2/1981, según el cual el titular de la participación hipotecaria, en caso de falta de pago del deudor en cuyo préstamo participa, concurrirá, en igualdad de derechos con el acreedor hipotecario, en la ejecución que se siga contra el mencionado deudor.

Por otra parte, de la normativa aplicable a la titulización de préstamos y créditos hipotecarios, no se desprende que los deudores deban prestar su consentimiento o tengan que ser informados en ningún momento, ni de la incorporación, ni de la baja de sus préstamos a un fondo de titulización. No se trata, por tanto, de un supuesto de una cesión de contrato que exija el consentimiento del deudor, sino de una cesión de créditos; ni tampoco se trata de un pago por tercero que libere al deudor, pues el que paga adquiere acción ejecutiva contra este, por lo que no puede hablarse de extinción de la obligación por disposición de la ley, ni tampoco de sus derechos accesorios como el derecho real de hipoteca.

El sistema español de cesión de créditos se caracteriza porque la notificación al deudor, como elemento que se involucra entre el acreedor inicial y un tercero, no pasa de ser un mero requisito para vincular al deudor con el nuevo acreedor o cesionario. La notificación no es un elemento constitutivo, sino un instrumento técnico que solo tiene por objeto poner en conocimiento del deudor, de forma fehaciente, la existencia de un nuevo acreedor con el cual deberá en el futuro entenderse a los efectos del pago. Solo en el supuesto de que el crédito sea litigioso, en el que el artículo 1535 del Código civil concede al deudor el derecho de retracto y siempre que reúna los requisitos que para tener tal consideración ha señalado el Tribunal Supremo, es factible hablar de necesidad de notificación. En consecuencia, al no constituir la notificación al deudor un requisito constitutivo para la validez de la cesión del crédito, la inscripción de la misma tampoco precisa de esa notificación previa al deudor para poder practicarse, como se infiere de los artículos 149 y 151 de la Ley Hipotecaria.

Por su parte, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea tiene declarado en el Auto de 5 de julio de 2016 (C-7/16, asunto Banco Popular Español y PL Salvador SARL) que las cesiones de créditos son neutras para los deudores ya que no les suponen nuevas cargas financieras sino, únicamente, tener que realizar el pago a distinto acreedor.

A estos efectos, si estuviéramos ante un supuesto de caducidad convencional del derecho de hipoteca, resultaría aplicable la norma del párrafo segundo del artículo 82 de la Ley Hipotecaria, que posibilita la cancelación de la hipoteca cuando la extinción del derecho inscrito resulte del título en cuya virtud se practicó la inscripción. En otro caso debería esperarse a la caducidad legal por transcurso del plazo de prescripción de la acción hipotecaria, por aplicación de la norma del párrafo quinto del artículo 82 de la Ley Hipotecaria, introducido mediante la disposición adicional vigésima séptima de la Ley 24/2001, que po-

sibilita la cancelación de la hipoteca, mediante solicitud del titular registral de cualquier derecho sobre la finca afectada; o a los supuestos de caducidad o de extinción legal del derecho real de garantía inscrito recogidos en el artículo 210.8 de la Ley Hipotecaria, según redacción dada por la Ley 13/2015.

La cancelación convencional automática, como viene reiterando este Centro Directivo, solo procede cuando la extinción del derecho real tiene lugar de un modo nítido y manifiesto, no cuando sea dudosa o controvertida. Y para que opere la cancelación por caducidad o extinción legal del derecho es necesario que haya transcurrido el plazo señalado en la legislación civil aplicable para la prescripción de las acciones derivadas de dicha garantía o el más breve que a estos efectos se hubiera estipulado al tiempo de su constitución. En el presente supuesto, resulta evidente de la lectura de la estipulación segunda de la escritura de préstamo hipotecario, referida a la amortización del préstamo, que este tiene un plazo de duración pactado de 480 meses, por lo que vencerá el día 5 de junio de 2046; siendo la fecha de cancelación por caducidad de la hipoteca, conforme a lo anteriormente expuesto, el 5 de junio de 2067.

Resolución de 2-9-2019
BOE 30-10-2019
Registro de la Propiedad de Alcázar de San Juan, número 2.

PROCEDIMIENTO DE APREMIO ADMINISTRATIVO POR DEUDAS A LA HACIENDA PÚBLICA: NUEVO RÉGIMEN DE ADJUDICACIÓN TRAS EL RD 1071/2017. CONCURSO DE ACREEDORES: CASOS DE CONCURSO EXPRES O CON SIMULTÁNEA CONCLUSIÓN POR FALTA DE MASA.

Cuando el ejercicio de las potestades administrativas haya de traducirse en una modificación del contenido de los asientos del Registro de la Propiedad, se ha de sujetar, además de a la propia legislación administrativa aplicable, a la legislación hipotecaria, que impone el filtro de la calificación en los términos previstos por los artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 99 de su Reglamento, habida cuenta de los efectos que la propia legislación hipotecaria atribuye a aquellos asientos, y entre los que se encuentran no solo los derivados del principio de legitimación registral (con los que solo en parte se confunden los resultantes de la presunción de validez del artículo 39.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas), sino también otros distintos y superiores, también con transcendencia «*erga omnes*», como el de inoponibilidad de lo no inscrito y el de fe pública registral de los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria (*vid.* resoluciones de 15 de enero de 2013 y 11 de julio de 2014, o entre las más recientes la de 6 de febrero de 2019).

Como hemos visto, en el presente caso el registrador cuestiona la idoneidad del procedimiento de adjudicación directa seguido para la realización del bien, al considerar que en el supuesto de hecho de este expediente no concurre ninguna de las causas legales habilitantes de la adjudicación directa, como procedimiento excepcional frente a la regla general de la enajenación mediante subasta, al haber sido suprimida entre tales causas habilitantes la relativa a haber quedado desierta la subasta del bien, en virtud de la reforma del artículo 107 del Reglamento General de Recaudación en virtud del Real Decreto 1071/2017, de 29 de diciembre, reforma que estaba en vigor el día 25 de abril de 2018 en que se celebró la subasta y el día 5 de septiembre de 2018 en que se abrió el

procedimiento de adjudicación directa. Discutiéndose, por tanto, la idoneidad o admisibilidad legal del procedimiento seguido, y siendo este extremo uno de los que conforme a las disposiciones y doctrina antes expuestos están sujetos a la calificación registral, no cabe sino desestimar este primer motivo de oposición a la calificación impugnada.

Señala el Preámbulo del Real Decreto 1071/2017 que «la adjudicación directa se elimina como procedimiento posterior y subsiguiente al procedimiento de subasta. Se trata de simplificar el procedimiento de enajenación para potenciar la concurrencia en el mismo, así como su transparencia y agilidad». Esta novedad se concreta en la nueva redacción del artículo 107, apartado 1, del Reglamento General de Recaudación. El debate se centra, en consecuencia, no tanto en el alcance y significado de la reforma en este punto, sino en la delimitación de su eficacia temporal al discrepar sobre la interpretación que haya de darse al régimen transitorio incorporado a dicho Real Decreto. Se hace necesario, por tanto, analizar dicho régimen.

En cuanto al ámbito de la eficacia temporal del reiterado Real Decreto 1071/2017, de 29 de diciembre, se establece en su disposición final única que el mismo «entrará en vigor el día 1 de enero de 2018». Por su parte, la disposición transitoria tercera del Reglamento General de Recaudación, aprobado por el Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, establece en el párrafo segundo de su apartado 1 que «las actuaciones de enajenación de bienes continuarán rigiéndose por la normativa vigente antes de la entrada en vigor de este reglamento cuando el acuerdo de enajenación mediante subasta, la autorización para la enajenación por concurso o el inicio del trámite de adjudicación directa se hayan producido antes de la entrada en vigor de este reglamento». Finalmente, el citado Real Decreto 1071/2017 introduce en el mismo Reglamento General de Recaudación, a través del apartado 39 de su artículo único, una nueva disposición transitoria cuarta, conforme a la cual «las normas relativas al desarrollo del procedimiento de subasta a través del Portal de Subastas de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado se aplicarán a los procedimientos iniciados a partir del 1 de septiembre de 2018».

El hecho de que la adjudicación directa haya sido contemplada, hasta la reforma introducida por el Real Decreto 1071/2017, como un procedimiento alternativo a la subasta para el caso de que esta haya quedado desierta, no autoriza a confundirlo en modo alguno con el propio procedimiento de la subasta, por el mero hecho de compartir su condición de procedimientos de enajenación forzosa en un expediente de apremio. Como claramente resulta del Preámbulo del citado Real Decreto «la adjudicación directa se elimina como procedimiento posterior y subsiguiente al procedimiento de subasta». Se trata de un procedimiento «posterior y subsiguiente» al procedimiento de subasta, es decir, claramente distinto de este. Así lo confirma también, destacando su autonomía en el plano del derecho transitorio como modos de enajenación distintos, el contenido de la disposición transitoria tercera, apartado 1, del Reglamento General de Recaudación, en su redacción originaria. Se distinguen, por tanto, con toda claridad, como fases distintas del procedimiento que pueden estar sujetas a regímenes normativos diferentes y sucesivos en función de sus respectivas fechas de vigencia, la subasta y la enajenación directa (además del concurso). Esta disposición transitoria tercera del Reglamento General de Recaudación, al igual que sucede en el caso de las transitorias del Código civil, debe guiar como criterio interpretativo las cuestiones de derecho transitorio no contempladas específicamente por el Real Decreto 1071/2017. Criterio jurisprudencial de interpretación estricta de los su-

puestos de excepción a la regla general de la enajenación mediante subasta que choca frontalmente con la interpretación extensiva postulada por el recurrente de la reiterada disposición transitoria cuarta, interpretación que, por ser claramente contraria a su tenor literal y a su explícita finalidad (reflejada en el Preámbulo del Real Decreto 1071/2017), desborda claramente el ámbito de aplicación propio de la misma.

Igual suerte desestimatoria debe correr el recurso en relación con las otras dos líneas argumentales esgrimidas en el escrito de interposición. Así en cuanto al argumento de que la supresión del procedimiento de enajenación directa responde en la reforma al hecho de que las nuevas subastas electrónicas maximizan la concurrencia y así evitan las subastas desiertas, que por tanto no estarían a partir de la reforma contempladas en el Reglamento General de Recaudación, se trata de un razonamiento que partiendo de una premisa correcta (el nuevo régimen de subastas electrónicas resultará más eficaz al aumentar la concurrencia y la transparencia), se apoya simultáneamente en otra que no lo es.

Finalmente entiende el recurrente, en contra de lo que resulta de la calificación impugnada (en la que se afirma que la adjudicación directa perjudica gravemente al deudor, sin generar un beneficio a la Hacienda Pública, favoreciendo únicamente al adjudicatario que adquiriría el bien por una cantidad muy inferior a su valor), que el deudor tiene garantizados sus derechos al poder intervenir en todo el procedimiento de apremio, «y en el caso de la adjudicación directa mediante la garantía de un precio mínimo de adjudicación (art. 107.4 RGR)». Pero tampoco esta afirmación se compadece ni con el contenido del título calificado, ni con el contenido real del precepto invocado en su apoyo, pues lo que establece la norma invocada es exactamente lo contrario de lo que se afirma en el recurso.

Por el contrario, conforme a la nueva redacción dada por el reiterado Real Decreto 1071/2017 al artículo 107 del Reglamento, una vez declarada desierta la subasta lo procedente, al no ser admisible acudir a la adjudicación directa, sería aplicar la previsión del artículo 109.1 del mismo, que de conformidad con el artículo 172.2 de la Ley General Tributaria, dispone que «cuando en el procedimiento de enajenación regulado en la anterior subsección no se hubieran adjudicado alguno o algunos de los bienes embargados, el órgano de recaudación competente podrá proponer de forma motivada al órgano competente su adjudicación a la Hacienda Pública en pago de las deudas no cubiertas» —o en caso de no entender procedente esta adjudicación a la Hacienda Pública, iniciar un nuevo procedimiento de enajenación a través de una nueva subasta, conforme al artículo 112.2 del Reglamento General de Recaudación—.

Como ha señalado reiteradamente este Centro Directivo (*vid.*, por todas, la reciente resolución de 5 de abril de 2019) al pronunciarse sobre la interpretación de las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil relativas al precio de adjudicación de los bienes en los procedimientos de ejecución judicial (en particular en relación con los artículos 670 y 671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, invocada en el preámbulo del Real Decreto de reforma del Reglamento General de Recaudación, como hemos visto) «admitir que el acreedor pueda solicitar la adjudicación de la finca por una cantidad que represente menos del 50% del valor de tasación de la finca, supone romper el equilibrio que el legislador ha querido que el procedimiento de apremio garantice entre los intereses del ejecutante (obtener la satisfacción de su crédito con cargo al bien hipotecado), y del ejecutado (no sufrir un perjuicio patrimonial mucho mayor que el valor de lo adeudado al acreedor). La interpretación de una norma no puede amparar el empobrecimiento desmesurado y sin fundamento de una parte, y el enriquecimiento injusto de la otra».

El segundo defecto de la nota hace referencia a la necesidad de acreditar mediante la oportuna resolución del juez concursal que no se ha procedido a la reapertura del concurso. La regulación de lo que la doctrina ha venido en denominar «concursos sin masa», ha sido objeto de especial atención en la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003 de 9 de julio, Concursal. Ha señalado la doctrina y la jurisprudencia, esto no significa que se produzca una extinción, vía condonación, de las deudas de la sociedad, ni que los bienes que permanezcan a nombre de la sociedad pasen a ser «*res nullius*». Esta postura ha sido así mismo seguida por este Centro Directivo (*vid.* resolución de 14 de diciembre de 2016), manteniendo que incluso después de la cancelación persiste todavía la personalidad jurídica de la sociedad extinguida como centro residual de imputación en tanto no se agoten totalmente las relaciones jurídicas de que la sociedad es titular, de forma que la cancelación de sus asientos no perjudica al acreedor. En cuanto al Tribunal Supremo, ha venido manifestando que en estos supuestos hay una situación de personalidad controlada. La práctica judicial ha determinado el ámbito de aplicación del artículo 178.3 de la Ley Concursal, en la dirección de asimilar la situación de la persona jurídica a la de la persona física haciendo extensible a la primera la posibilidad de que los acreedores puedan reclamar el pago de sus deudas.

En el supuesto de este expediente, la registradora entiende que ha de acreditarse que no ha tenido lugar la reapertura del concurso, pero si eso hubiese ocurrido aparecería la sociedad como concursada en el Portal de resoluciones Concursales y en el Registro Mercantil, además, tratándose de declaración de concurso y simultáneo cierre del procedimiento por falta de bienes, está claro que el juez de lo Mercantil ha entendido que lo procedente son las ejecuciones aisladas y que no concurren los presupuestos para la reapertura. Por todo ello deberá procederse conforme a la regulación establecida en la Ley de Sociedades de Capital, ya que concluido el concurso cesa la aplicación de los preceptos de la Ley Concursal, y cesa la prohibición de las ejecuciones aisladas, todo ello con sujeción al régimen de responsabilidad del 397 de la Ley de Sociedades de Capital.

Por lo que se refiere al tercer defecto de la nota de calificación, relativo a la existencia de discrepancias entre la certificación y la diligencia de constancia de hechos, en cuanto a las circunstancias personales del adjudicatario, está claro que en la certificación se le identifica como persona física, y en la diligencia como persona jurídica, sin que quede indubitado quien es el adjudicatario.

Resolución de 2-9-2019
BOE 30-10-2019
Registro de la Propiedad de Soria, número 1.

PROCEDIMIENTO DE APREMIO ADMINISTRATIVO POR DEUDAS A LA HACIENDA PÚBLICA: NUEVO RÉGIMEN DE ADJUDICACIÓN TRAS EL RD 1071/2017.

Cuando el ejercicio de las potestades administrativas haya de traducirse en una modificación del contenido de los asientos del Registro de la Propiedad, se ha de sujetar, además de a la propia legislación administrativa aplicable, a la legislación hipotecaria, que impone el filtro de la calificación en los términos previstos por los artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 99 de su Reglamento, habida cuenta de los efectos que la propia legislación hipotecaria atribuye a aquellos asientos,

y entre los que se encuentran no solo los derivados del principio de legitimación registral (con los que solo en parte se confunden los resultantes de la presunción de validez del artículo 39.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas), sino también otros distintos y superiores, también con transcendencia «*erga omnes*», como el de inoponibilidad de lo no inscrito y el de fe pública registral de los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria (*vid.* resoluciones de 15 de enero de 2013 y 11 de julio de 2014, o entre las más recientes la de 6 de febrero de 2019).

Como hemos visto, en el presente caso el registrador cuestiona la idoneidad del procedimiento de adjudicación directa seguido para la realización del bien, al considerar que en el supuesto de hecho de este expediente no concurre ninguna de las causas legales habilitantes de la adjudicación directa, como procedimiento excepcional frente a la regla general de la enajenación mediante subasta, al haber sido suprimida entre tales causas habilitantes la relativa a haber quedado desierta la subasta del bien, en virtud de la reforma del artículo 107 del Reglamento General de Recaudación en virtud del Real Decreto 1071/2017, de 29 de diciembre, reforma que estaba en vigor el día 25 de abril de 2018 en que se celebró la subasta y el día 5 de septiembre de 2018 en que se abrió el procedimiento de adjudicación directa. Discutiéndose, por tanto, la idoneidad o admisibilidad legal del procedimiento seguido, y siendo este extremo uno de los que conforme a las disposiciones y doctrina antes expuestos están sujetos a la calificación registral, no cabe sino desestimar este primer motivo de oposición a la calificación impugnada.

Señala el Preámbulo del Real Decreto 1071/2017 que «la adjudicación directa se elimina como procedimiento posterior y subsiguiente al procedimiento de subasta. Se trata de simplificar el procedimiento de enajenación para potenciar la concurrencia en el mismo, así como su transparencia y agilidad». Esta novedad se concreta en la nueva redacción del artículo 107, apartado 1, del Reglamento General de Recaudación. El debate se centra, en consecuencia, no tanto en el alcance y significado de la reforma en este punto, sino en la delimitación de su eficacia temporal al discrepar sobre la interpretación que haya de darse al régimen transitorio incorporado a dicho Real Decreto. Se hace necesario, por tanto, analizar dicho régimen.

En cuanto al ámbito de la eficacia temporal del reiterado Real Decreto 1071/2017, de 29 de diciembre, se establece en su disposición final única que el mismo «entrará en vigor el día 1 de enero de 2018». Por su parte, la disposición transitoria tercera del Reglamento General de Recaudación, aprobado por el Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, establece en el párrafo segundo de su apartado 1 que «las actuaciones de enajenación de bienes continuarán rigiéndose por la normativa vigente antes de la entrada en vigor de este reglamento cuando el acuerdo de enajenación mediante subasta, la autorización para la enajenación por concurso o el inicio del trámite de adjudicación directa se hayan producido antes de la entrada en vigor de este reglamento». Finalmente, el citado Real Decreto 1071/2017 introduce en el mismo Reglamento General de Recaudación, a través del apartado 39 de su artículo único, una nueva disposición transitoria cuarta, conforme a la cual «las normas relativas al desarrollo del procedimiento de subasta a través del Portal de Subastas de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado se aplicarán a los procedimientos iniciados a partir del 1 de septiembre de 2018».

El hecho de que la adjudicación directa haya sido contemplada, hasta la reforma introducida por el Real Decreto 1071/2017, como un procedimiento al-

ternativo a la subasta para el caso de que esta haya quedado desierta, no autoriza a confundirlo en modo alguno con el propio procedimiento de la subasta, por el mero hecho de compartir su condición de procedimientos de enajenación forzosa en un expediente de apremio. Como claramente resulta del Preámbulo del citado Real Decreto «la adjudicación directa se elimina como procedimiento posterior y subsiguiente al procedimiento de subasta». Se trata de un procedimiento «posterior y subsiguiente» al procedimiento de subasta, es decir, claramente distinto de este. Así lo confirma también, destacando su autonomía en el plano del derecho transitorio como modos de enajenación distintos, el contenido de la disposición transitoria tercera, apartado 1, del Reglamento General de Recaudación, en su redacción originaria. Se distinguen, por tanto, con toda claridad, como fases distintas del procedimiento que pueden estar sujetas a regímenes normativos diferentes y sucesivos en función de sus respectivas fechas de vigencia, la subasta y la enajenación directa (además del concurso). Esta disposición transitoria tercera del Reglamento General de Recaudación, al igual que sucede en el caso de las transitorias del Código civil, debe guiar como criterio interpretativo las cuestiones de derecho transitorio no contempladas específicamente por el Real Decreto 1071/2017. Criterio jurisprudencial de interpretación estricta de los supuestos de excepción a la regla general de la enajenación mediante subasta que choca frontalmente con la interpretación extensiva postulada por el recurrente de la reiterada disposición transitoria cuarta, interpretación que, por ser claramente contraria a su tenor literal y a su explícita finalidad (reflejada en el Preámbulo del Real Decreto 1071/2017), desborda claramente el ámbito de aplicación propio de la misma.

Igual suerte desestimatoria debe correr el recurso en relación con las otras dos líneas argumentales esgrimidas en el escrito de interposición. Así en cuanto al argumento de que la supresión del procedimiento de enajenación directa responde en la reforma al hecho de que las nuevas subastas electrónicas maximizan la concurrencia y así evitan las subastas desiertas, que por tanto no estarían a partir de la reforma contempladas en el Reglamento General de Recaudación, se trata de un razonamiento que partiendo de una premisa correcta (el nuevo régimen de subastas electrónicas resultará más eficaz al aumentar la concurrencia y la transparencia), se apoya simultáneamente en otra que no lo es.

Finalmente entiende el recurrente, en contra de lo que resulta de la calificación impugnada (en la que se afirma que la adjudicación directa perjudica gravemente al deudor, sin generar un beneficio a la Hacienda Pública, favoreciendo únicamente al adjudicatario que adquiriría el bien por una cantidad muy inferior a su valor), que el deudor tiene garantizados sus derechos al poder intervenir en todo el procedimiento de apremio, «y en el caso de la adjudicación directa mediante la garantía de un precio mínimo de adjudicación (art. 107.4 RGR)». Pero tampoco esta afirmación se compadece ni con el contenido del título calificado, ni con el contenido real del precepto invocado en su apoyo, pues lo que establece la norma invocada es exactamente lo contrario de lo que se afirma en el recurso.

Por el contrario, conforme a la nueva redacción dada por el reiterado Real Decreto 1071/2017 al artículo 107 del Reglamento, una vez declarada desierta la subasta lo procedente, al no ser admisible acudir a la adjudicación directa, sería aplicar la previsión del artículo 109.1 del mismo, que de conformidad con el artículo 172.2 de la Ley General Tributaria, dispone que «cuando en el procedimiento de enajenación regulado en la anterior subsección no se hubieran adjudicado alguno o algunos de los bienes embargados, el órgano de recaudación competente podrá proponer de forma motivada al órgano competente su adju-

dicación a la Hacienda Pública en pago de las deudas no cubiertas» —o en caso de no entender procedente esta adjudicación a la Hacienda Pública, iniciar un nuevo procedimiento de enajenación a través de una nueva subasta, conforme al artículo 112.2 del Reglamento General de Recaudación—.

Como ha señalado reiteradamente este Centro Directivo (*vid.*, por todas, la reciente resolución de 5 de abril de 2019) al pronunciarse sobre la interpretación de las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil relativas al precio de adjudicación de los bienes en los procedimientos de ejecución judicial (en particular en relación con los artículos 670 y 671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, invocada en el preámbulo del Real Decreto de reforma del Reglamento General de Recaudación, como hemos visto) «admitir que el acreedor pueda solicitar la adjudicación de la finca por una cantidad que represente menos del 50% del valor de tasación de la finca, supone romper el equilibrio que el legislador ha querido que el procedimiento de apremio garantice entre los intereses del ejecutante (obtener la satisfacción de su crédito con cargo al bien hipotecado), y del ejecutado (no sufrir un perjuicio patrimonial mucho mayor que el valor de lo adeudado al acreedor). La interpretación de una norma no puede amparar el empobrecimiento desmesurado y sin fundamento de una parte, y el enriquecimiento injusto de la otra».

Resolución de 3-9-2019
BOE 30-10-2019
Registro de la Propiedad de Cádiz, número 1.

RECURSO GUBERNATIVO: TRÁMITE DE RECTIFICACIÓN DE LA CALIFICACIÓN IMPUGNADA. PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: PROCEDIMIENTO NO DIRIGIDO CONTRA EL TITULAR REGISTRAL. PROCEDIMIENTO REGISTRAL: NATURALEZA.

Antes de entrar en el fondo del asunto debe resolverse la cuestión previa de la rectificación de la nota de calificación registral, pues la registradora en su informe reconoce que se ha cometido un error en la nota de calificación en cuanto a la numeración de la finca respecto de la cual se ha denegado la anotación de embargo. Cabe recordar aquí que existe un trámite de reforma de la calificación registral durante la tramitación del recurso (art. 327 párrafos 6º y 7º). Por razones de economía procesal, entendiendo que no es un vicio que determine la nulidad radical del procedimiento seguido y sin perjuicio de lo que pueda acordarse, procede entrar en el fondo del asunto.

Es doctrina reiterada de este Centro Directivo que el principio constitucional de tutela judicial efectiva, que proscribe la indefensión (cfr. art. 24 de la Constitución Española), 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 (que está bajo la salvaguardia de los tribunales, conforme al artículo 1 de la Ley Hipotecaria) si no consta el consentimiento de su titular, o que este haya sido parte en el procedimiento de que se trata (arts. 20, 40 y 82 de la Ley Hipotecaria).

Finalmente debe recordarse al recurrente que el recurso contra las notas de calificación no se rige por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, como él invoca en el escrito de interposición, sino por la legislación hipotecaria (arts. 322 y sigs.). En

efecto, respecto de la naturaleza jurídica especial del procedimiento registral y el régimen legal a que queda sujeto, resulta particularmente relevante la doctrina legal fijada por la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 3 de enero de 2011.

Resolución de 3-9-2019
BOE 30-10-2019
Registro de la Propiedad de Cádiz, número 11.

USUFRUCTO: NO ES ESENCIAL EL CARÁCTER VITALICIO. PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD: REQUISITOS PARA LA INSCRIPCIÓN.

Debe recordarse la reiterada doctrina de esta Dirección General según la cual, 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 de la Ley Hipotecaria y 7 del Reglamento Hipotecario), sino también la alteración del contenido típico de los derechos reales legalmente previstos (cfr. arts. 392, 467, 470, 523, 594 y 1648.2.º CC) y, por ejemplo, sujetarlos a condición, término o modo (cfr. arts. 11, 23 y 37 de la Ley Hipotecaria). Pero el ejercicio de esta libertad tiene que ajustarse a determinados límites y respetar las normas estructurales (normas imperativas) del estatuto jurídico de los bienes.

Es cierto que, como afirma el registrador en su calificación, según el artículo 513.1.º del Código civil, el usufructo se extingue por fallecimiento del usufructuario. Pero este carácter vitalicio del usufructo no es esencial al mismo. Así lo ha admitido el Tribunal Supremo que, en sentencia de 2 de junio de 1952 afirmó que «como enseña la jurisprudencia de esta Sala, el usufructo es un derecho eminentemente personal, extinguible por la muerte del usufructuario a no ser que por excepción que permite el artículo 469 del citado Cuerpo Legal el título constitutivo autorice su transmisión a ulteriores personas».

La redacción de los títulos que pretendan acceder al Registro es presupuesto de su fiel reflejo registral, con los importantes efectos que de la inscripción se derivan, entre ellos la presunción de existencia y pertenencia de los derechos reales inscritos «en la forma determinada por el asiento respectivo» (art. 38 de la Ley Hipotecaria). Como ha expresado el Tribunal Supremo en su sentencia de 27 de mayo de 2009, la eficacia del principio de especialidad resulta determinante en todo el ámbito de los derechos reales para el conocimiento de los terceros. Esta exigencia aumenta en relación con los derechos atípicos que se puedan constituir al amparo del principio de la autonomía de la voluntad. Se hace «imprescindible la determinación del concreto contenido y extensión de las facultades que integran el derecho que pretende su acceso al Registro», pues esta determinación, esencial para lograr el amparo registral.

De lo pactado en la escritura calificada resulta que tal como ha sido configurado el derecho de usufructo reservado por el constituyente con esa facultad de disponer del mismo «*mortis causa*» se respetan los límites estructurales de todo derecho real. Y con su reflejo registral la inmediatividad, absolutividad, reipersecutoriedad, preferencia y exclusión propias de los derechos reales quedan aseguradas, conforme a lo establecido en el artículo 2.2.º de la Ley Hipotecaria y

en el artículo 7 del Reglamento Hipotecario, en tanto en cuanto cualquiera que sea el propietario poseedor de las fincas referidas podrá el donante no solo ejercitar el usufructo sino también el «ius disponendi» sobre el mismo en su testamento.

Resolución de 3-9-2019
BOE 30-10-2019
Registro de la Propiedad de Madrid, número 11.

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: PROCEDIMIENTO NO DIRIGIDO CONTRA EL TITULAR REGISTRAL. PRINCIPIO DE PRIORIDAD: EFECTOS.

En relación con el primer defecto de la nota de calificación, el recurso no puede prosperar. Del historial registral se deduce, que tanto la inscripción de la hipoteca, como la posterior adjudicación consecuencia del procedimiento de ejecución hipotecaria, son de fecha anterior a la presentación de la escritura de elevación a público de documento privado a favor de «Perman Inversores, S.L.».

En el presente caso la inscripción de hipoteca, que es causa de su adjudicación a favor de «Harri Hegoalde 2, S.A.» es anterior a la anotación preventiva de demanda a favor de «Perman Inversores, S.L.», lo que motivó que el mandamiento cancelatorio derivado de la ejecución ordenara su cancelación, que se realizó al amparo de lo dispuesto en los artículos 674 y 692.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El principio constitucional de tutela judicial efectiva, que proscribe la indefensión (cfr. art. 24 de la Constitución Española) 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 (que está bajo la salvaguardia de los tribunales, conforme al artículo 1 de la Ley Hipotecaria) si no consta el consentimiento de su titular, o que este haya sido parte en el procedimiento de que se trata.

Resolución de 3-9-2019
BOE 30-10-2019
Registro de la Propiedad de Amposta, número 1.

PROCEDIMIENTO DE APREMIO ADMINISTRATIVO POR DEUDAS A LA HACIENDA PÚBLICA: NUEVO RÉGIMEN DE ADJUDICACIÓN TRAS EL RD 1071/2017.

Cuando el ejercicio de las potestades administrativas haya de traducirse en una modificación del contenido de los asientos del Registro de la Propiedad, se ha de sujetar, además de a la propia legislación administrativa aplicable, a la legislación hipotecaria, que impone el filtro de la calificación en los términos previstos por los artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 99 de su Reglamento, habida cuenta de los efectos que la propia legislación hipotecaria atribuye a aquellos asientos, y entre los que se encuentran no solo los derivados del principio de legitimación registral (con los que solo en parte se confunden los resultantes de la presunción de validez del art. 39.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas), sino también otros distintos y superiores, también con transcendencia «*erga omnes*», como el de

inoponibilidad de lo no inscrito y el de fe pública registral de los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria (*vid.* resoluciones de 15 de enero de 2013 y 11 de julio de 2014, o entre las más recientes la de 6 de febrero de 2019).

Como hemos visto, en el presente caso el registrador cuestiona la idoneidad del procedimiento de adjudicación directa seguido para la realización del bien, al considerar que en el supuesto de hecho de este expediente no concurre ninguna de las causas legales habilitantes de la adjudicación directa, como procedimiento excepcional frente a la regla general de la enajenación mediante subasta, al haber sido suprimida entre tales causas habilitantes la relativa a haber quedado desierta la subasta del bien, en virtud de la reforma del artículo 107 del Reglamento General de Recaudación en virtud del Real Decreto 1071/2017, de 29 de diciembre, reforma que estaba en vigor el día 25 de abril de 2018 en que se celebró la subasta y el día 5 de septiembre de 2018 en que se abrió el procedimiento de adjudicación directa. Discutiéndose, por tanto, la idoneidad o admisibilidad legal del procedimiento seguido, y siendo este extremo uno de los que conforme a las disposiciones y doctrina antes expuestos están sujetos a la calificación registral, no cabe sino desestimar este primer motivo de oposición a la calificación impugnada.

Señala el Preámbulo del Real Decreto 1071/2017 que «la adjudicación directa se elimina como procedimiento posterior y subsiguiente al procedimiento de subasta. Se trata de simplificar el procedimiento de enajenación para potenciar la concurrencia en el mismo, así como su transparencia y agilidad». Esta novedad se concreta en la nueva redacción del artículo 107, apartado 1, del Reglamento General de Recaudación. El debate se centra, en consecuencia, no tanto en el alcance y significado de la reforma en este punto, sino en la delimitación de su eficacia temporal al discrepar sobre la interpretación que haya de darse al régimen transitorio incorporado a dicho Real Decreto. Se hace necesario, por tanto, analizar dicho régimen.

En cuanto al ámbito de la eficacia temporal del reiterado Real Decreto 1071/2017, de 29 de diciembre, se establece en su disposición final única que el mismo «entrará en vigor el día 1 de enero de 2018». Por su parte, la disposición transitoria tercera del Reglamento General de Recaudación, aprobado por el Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, establece en el párrafo segundo de su apartado 1 que «las actuaciones de enajenación de bienes continuarán rigiéndose por la normativa vigente antes de la entrada en vigor de este reglamento cuando el acuerdo de enajenación mediante subasta, la autorización para la enajenación por concurso o el inicio del trámite de adjudicación directa se hayan producido antes de la entrada en vigor de este reglamento». Finalmente, el citado Real Decreto 1071/2017 introduce en el mismo Reglamento General de Recaudación, a través del apartado 39 de su artículo único, una nueva disposición transitoria cuarta, conforme a la cual «las normas relativas al desarrollo del procedimiento de subasta a través del Portal de Subastas de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado se aplicarán a los procedimientos iniciados a partir del 1 de septiembre de 2018».

El hecho de que la adjudicación directa haya sido contemplada, hasta la reforma introducida por el Real Decreto 1071/2017, como un procedimiento alternativo a la subasta para el caso de que esta haya quedado desierta, no autoriza a confundirlo en modo alguno con el propio procedimiento de la subasta, por el mero hecho de compartir su condición de procedimientos de enajenación forzosa en un expediente de apremio. Como claramente resulta del Preámbulo del citado Real Decreto «la adjudicación directa se elimina como procedimiento posterior y

subsiguiente al procedimiento de subasta». Se trata de un procedimiento «posterior y subsiguiente» al procedimiento de subasta, es decir, claramente distinto de este. Así lo confirma también, destacando su autonomía en el plano del derecho transitorio como modos de enajenación distintos, el contenido de la disposición transitoria tercera, apartado 1, del Reglamento General de Recaudación, en su redacción originaria. Se distinguen, por tanto, con toda claridad, como fases distintas del procedimiento que pueden estar sujetas a regímenes normativos diferentes y sucesivos en función de sus respectivas fechas de vigencia, la subasta y la enajenación directa (además del concurso). Esta disposición transitoria tercera del Reglamento General de Recaudación, al igual que sucede en el caso de las transitorias del Código civil, debe guiar como criterio interpretativo las cuestiones de derecho transitorio no contempladas específicamente por el Real Decreto 1071/2017. Criterio jurisprudencial de interpretación estricta de los supuestos de excepción a la regla general de la enajenación mediante subasta que choca frontalmente con la interpretación extensiva postulada por el recurrente de la reiterada disposición transitoria cuarta, interpretación que, por ser claramente contraria a su tenor literal y a su explícita finalidad (reflejada en el Preámbulo del Real Decreto 1071/2017), desborda claramente el ámbito de aplicación propio de la misma.

Igual suerte desestimatoria debe correr el recurso en relación con las otras dos líneas argumentales esgrimidas en el escrito de interposición. Así en cuanto al argumento de que la supresión del procedimiento de enajenación directa responde en la reforma al hecho de que las nuevas subastas electrónicas maximizan la concurrencia y así evitan las subastas desiertas, que por tanto no estarían a partir de la reforma contempladas en el Reglamento General de Recaudación, se trata de un razonamiento que partiendo de una premisa correcta (el nuevo régimen de subastas electrónicas resultará más eficaz al aumentar la concurrencia y la transparencia), se apoya simultáneamente en otra que no lo es.

Finalmente entiende el recurrente, en contra de lo que resulta de la calificación impugnada (en la que se afirma que la adjudicación directa perjudica gravemente al deudor, sin generar un beneficio a la Hacienda Pública, favoreciendo únicamente al adjudicatario que adquiriría el bien por una cantidad muy inferior a su valor), que el deudor tiene garantizados sus derechos al poder intervenir en todo el procedimiento de apremio, «y en el caso de la adjudicación directa mediante la garantía de un precio mínimo de adjudicación (art. 107.4 RGR)». Pero tampoco esta afirmación se compadece ni con el contenido del título calificado, ni con el contenido real del precepto invocado en su apoyo, pues lo que establece la norma invocada es exactamente lo contrario de lo que se afirma en el recurso.

Por el contrario, conforme a la nueva redacción dada por el reiterado Real Decreto 1071/2017 al artículo 107 del Reglamento, una vez declarada desierta la subasta lo procedente, al no ser admisible acudir a la adjudicación directa, sería aplicar la previsión del artículo 109.1 del mismo, que de conformidad con el artículo 172.2 de la Ley General Tributaria, dispone que «cuando en el procedimiento de enajenación regulado en la anterior subsección no se hubieran adjudicado alguno o algunos de los bienes embargados, el órgano de recaudación competente podrá proponer de forma motivada al órgano competente su adjudicación a la Hacienda Pública en pago de las deudas no cubiertas» —o en caso de no entender procedente esta adjudicación a la Hacienda Pública, iniciar un nuevo procedimiento de enajenación a través

de una nueva subasta, conforme al artículo 112.2 del Reglamento General de Recaudación—.

Como ha señalado reiteradamente este Centro Directivo (*vid.*, por todas, la reciente resolución de 5 de abril de 2019) al pronunciarse sobre la interpretación de las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil relativas al precio de adjudicación de los bienes en los procedimientos de ejecución judicial (en particular en relación con los arts. 670 y 671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, invocada en el preámbulo del Real Decreto de reforma del Reglamento General de Recaudación, como hemos visto) «admitir que el acreedor pueda solicitar la adjudicación de la finca por una cantidad que represente menos del 50% del valor de tasación de la finca, supone romper el equilibrio que el legislador ha querido que el procedimiento de apremio garantice entre los intereses del ejecutante (obtener la satisfacción de su crédito con cargo al bien hipotecado), y del ejecutado (no sufrir un perjuicio patrimonial mucho mayor que el valor de lo adeudado al acreedor). La interpretación de una norma no puede amparar el empobrecimiento desmesurado y sin fundamento de una parte, y el enriquecimiento injusto de la otra».

Resolución de 4-9-2019
BOE 30-10-2019
Registro de la Propiedad de Lucena del Cid.

OBRA NUEVA POR ANTIGÜEDAD: SUELO DE ESPECIAL PROTECCIÓN.

Procede, en primer lugar, afirmar la competencia de las normas estatales en materia de determinación de los requisitos necesarios para la documentación pública e inscripción registral de las declaraciones de obras nuevas y de obras antiguas, sin perjuicio de la remisión a autorizaciones o licencias que establezca la normativa autonómica o a la prescripción, o no, de la infracción urbanística según dicha normativa.

En el caso de la inscripción de escrituras de declaración de obra nueva, como recuerda la resolución de 30 de mayo de 2016, resulta con claridad la existencia en nuestra legislación de dos vías para lograr su registración, la ordinaria del apartado primero del artículo 28 de la actual Ley de Suelo y la prevista con carácter excepcional en el apartado cuarto, que trata de adecuarse a la realidad de edificaciones consolidadas de hecho por el transcurso de los plazos legales para reaccionar, por parte de la Administración, en restauración de la legalidad urbanística infringida.

El actual artículo 28, apartado 4, del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana (que se corresponde con el anterior art. 20.4), tan solo exige, junto a la aportación de los documentos que acrediten «la terminación de la obra en fecha determinada y su descripción coincidente con el título», de los que resulte además, como aclara el artículo 52, apartado b), del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, que dicha fecha sea «anterior al plazo previsto por la legislación aplicable para la prescripción de la infracción en que hubiera podido incurrir el edificante». La prueba de tal extremo, unida a la constatación sobre «la inexistencia de anotación preventiva por incoación de expediente de disciplina urbanística sobre la finca objeto de la construcción, edificación e instalación de que se trate» (así como «que el suelo no tiene carácter demanial o está afecta-

do por servidumbres de uso público general») constituyen los únicos requisitos necesarios para el acceso de la obra al Registro.

A tenor del imperativo consagrado en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria y concordantes de su Reglamento, el registrador en su labor de calificación debe tomar en consideración tanto los asientos del Registro como los documentos presentados —todo ello de acuerdo con la normativa aplicable—, para poder determinar la validez del acto contenido en el título objeto de presentación o verificar el cumplimiento de requisitos que le impone la Ley. Dentro de esta normativa aplicable a considerar se incluye, sin ninguna duda, los concretos planes de ordenación territorial o urbanística en vigor que afecten a la zona en cuestión, cuya naturaleza normativa no cabe discutir (art. 18 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2014 y resolución de 28 de febrero de 2015 de la Dirección General de los Registros y del Notariado).

No es posible el acceso registral de declaración de edificaciones o instalaciones sin que en el título correspondiente conste la delimitación geográfica de su ubicación precisa. Además, para que, una vez precisada la concreta ubicación geográfica de la porción de suelo ocupada por la edificación, el registrador pueda tener la certeza de que esa porción de suelo se encuentra íntegramente comprendida dentro de la delimitación perimetral de la finca sobre la que se pretende inscribir, es posible que necesite, cuando albergue duda fundada a este respecto, que conste inscrita, previa o simultáneamente la delimitación geográfica y lista de coordenadas de la finca en que se ubique.

Constando al registrador, por los medios de calificación de que dispone, la concreta ubicación geográfica de una edificación o de la finca en la que se ubica, determinante, como se ha dicho, de un particular régimen jurídico aplicable, en este caso, la ordenación territorial y urbanística, no cabe sino afirmar la procedencia de suspender la inscripción de declaraciones de obra efectuadas por la vía del artículo 28.4 de la Ley de Suelo, cuando así resulte de dicha normativa, siempre que el registrador, de forma motivada, lo justifique en alguno de los presupuestos que previene el citado artículo, como la afectación a suelo demanial, servidumbre de uso público o suelo de especial protección determinante de la imprescriptibilidad de la acción de restablecimiento de legalidad.

Ahora bien, justificada por los medios previstos en el artículo 28.4 de la ley de Suelo que la antigüedad de la edificación es anterior a la vigencia de la norma que impuso un régimen de imprescriptibilidad al suelo no urbanizable de protección —en el caso de la legislación valenciana el Real Decreto Legislativo 1/1992—, o incluso, a la propia calificación urbanística de suelo de protección, cabe admitir la aplicación del citado precepto estatal aun tratándose de suelos de especial protección, quedando la edificación declarada, en principio, en un régimen jurídico de fuera de ordenación o asimilado —de modo similar al caso resuelto por la resolución de 28 de febrero de 2015—, a falta de la resolución de la Administración urbanística competente, que deberá dictar tras la comunicación posterior a la inscripción, que en este caso habrá de hacer el registrador, al Ayuntamiento respectivo y a la comunidad autónoma, haciendo constar en la inscripción, en la nota de despacho, y en la publicidad formal que expida, la práctica de dicha notificación —artículos 28.4 y 65.3 de la actual norma estatal—.

Resolución 4-9-2019
BOE 30-10-2019
Registro de la Propiedad de Albacete, número 4.

TÍTULO FORMAL: TRASLADO A PAPEL DE COPIA ELECTRÓNICA DE ESCRITURA.

La regulación de las copias autorizadas electrónicas y su traslado a papel, tiene un régimen legal contenido en el artículo 17 bis de la Ley del Notariado y en los artículos 224.4 y 221 del Reglamento Notarial. Aparte de esta regulación, el Reglamento Notarial no contiene ninguna disposición expresa en la que no se permita o en la que se prohíba la posibilidad de que el traslado a papel de la copia autorizada electrónica se realice para entregarla al interesado y que este traslado pueda utilizarse para el tráfico jurídico general.

En cuanto a la interpretación de la normativa vigente, debe tenerse en cuenta el artículo 3 del Código civil. En este punto, hay que recordar 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 ese sentido de adaptar las normas a la realidad social, la Administración Pública exige a numerosos sectores de la población tener direcciones de correo electrónico para recibir notificaciones en esta forma, de manera que la seguridad jurídica en el ámbito privado exige también, en aras de la atención al consumidor y a la sociedad, agilidad y ahorro de costes que supone el uso de procedimientos telemáticos.

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. Así pues, el traslado a papel que hace el notario de destino no agota su valor y efectos en el expediente para el que han sido remitidos; por lo tanto, el valor del traslado a papel no depende del expediente notarial de que se trata, sino que su valor se mantiene con independencia y más allá del mismo, y de ahí la diferencia con el traslado a papel que hacen otros funcionarios. Conforme a la realidad social, es contrario al espíritu que informa la normativa sobre copia electrónica entender que el traslado a papel, por el hecho de ser tal, no puede circular en el tráfico.

Para resolver la cuestión planteada en el presente recurso no puede obviarse lo que se ha denominado principio de neutralidad tecnológica, al que hace referencia el artículo 17 bis, apartado 1, de la Ley del Notariado. Por ello, si con el traslado a papel de la copia electrónica esta mantiene el valor y efectos que le son propios, no puede entenderse que se trate de un mero testimonio.

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 la remitente y la destinataria, así como la finalidad («la constancia de la ratificación y entrega a parte interesada»), y debe entenderse que esa entrega se contempla a los efectos de acreditar la ratificación también en orden a su presentación en el Registro para la inscripción.

Resolución 4-9-2019
BOE 30-10-2019
Registro de la Propiedad de Zafra.

OBRA NUEVA: NO ES NECESARIA LICENCIA PARA LA PREVIA DEMOLICIÓN. OBRA NUEVA: CERTIFICADO FINAL DE OBRA. OBRA NUEVA: GEORREFERENCIACIÓN DE LA PARCELA.

El primero de los defectos ha de ser revocado. Bien es cierto que el artículo 180.1.e) de la Ley del Suelo y Ordenación Territorial de Extremadura incluye la demolición de construcciones entre los actos sujetos a licencia, pero una interpretación finalista de dicho precepto ampara, en los casos de construcciones de nueva planta en solares en los que existen construcciones previas ruinosas, los trabajos previos de demolición de las mismas.

Con respecto al segundo de los defectos, y como ya señaló este Centro Directivo con ocasión de la resolución de 29 de noviembre de 2017, «el certificado final de obra expedido por técnico competente es una exigencia que viene impuesta por el artículo 28.1, párrafo segundo, del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre. Por su parte, el Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, en sus artículos 49 y 50, regula los requisitos que han de cumplir tales certificaciones para poder inscribir la obra nueva». En este caso, se cumplen íntegramente las exigencias impuestas por tales normas, toda vez que, a la escritura de declaración de obra nueva se acompaña un certificado de final de obra expedido por quien resulta ser, según certificado con firma legitimada por el notario autorizante, director de la obra y firmante del proyecto, don M. L. S., de tal forma que, estando este supuesto comprendido en los dos primeros apartado del artículo 50 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, no es preciso visado alguno.

La cuestión de la previa georreferenciación de la finca en la que se ubica una construcción ha sido tratada en reiteradas ocasiones por esta Dirección General (cfr. «Vistos»), cuya doctrina procede reiterar ahora. Para inscribir cualquier edificación, nueva o antigua, cuya declaración documental y solicitud de inscripción se presente en el Registro de la Propiedad a partir del 1 de noviembre de 2015, fecha de la plena entrada en vigor de la Ley 13/2015, será requisito, en todo caso que la porción de suelo ocupada habrá de estar identificada mediante sus coordenadas de referenciación geográfica. Cuando la finca no tiene previamente inscrita su georreferenciación, tal análisis geométrico espacial resultará difícil en ocasiones o imposible en otras, y puede no llegar a disipar las dudas acerca de si la concreta edificación declarada está o no efectivamente ubicada en su totalidad dentro de la finca sobre la que se declara. Por tanto, con carácter general, la obligada georreferenciación de la superficie ocupada por cualquier edificación, no requiere, desde el punto de vista procedimental, que se tramite un procedimiento jurídico especial con notificación y citaciones a colindantes y posibles terceros afectados, salvo que el registrador en su calificación sí lo estimare preciso para disipar tales dudas fundadas acerca de que la edificación se encuentre efectivamente incluida en la finca sobre la que se declara. Así, la circunstancia de ubicarse la edificación en los límites de la parcela o, aún más, ocupando la totalidad de la misma, es relevante a la hora de determinar si la misma puede extralimitarse de la finca registral desde el punto de vista espacial o geométrico, como ya se puso de manifiesto por esta Dirección General en las resoluciones de 6 y 28 de septiembre de 2016 o 4 de enero de 2019.

En este punto, de modo análogo al supuesto resuelto por esta Dirección General en la resolución de 16 de mayo de 2019, debe confirmarse la calificación ya que del plano aportado en el que se representa una finca no se deduce la efectiva correspondencia de esta con la finca registral, apreciándose, en particular, una diferencia de superficie superior al 10%, además de no encontrarse inscrita la representación gráfica de la finca. Ahora bien, a diferencia del caso de la resolución de 12 de junio de 2019, en el presente expediente la escritura se rectificó posteriormente incluyendo un nuevo certificado de técnico y aportando una representación gráfica alternativa a la catastral en formato GML, de la que resulta una descripción de la parcela diferente a la que consta en el título y sin que se haya rectificado esta última. En consecuencia, no puede determinarse cuál es la representación gráfica de la finca que se pretende inscribir y que determinaría, en definitiva, la ubicación y delimitación exacta de la finca registral. Todo ello sin perjuicio de la calificación que proceda para inscribir dicha representación gráfica.

Resolución de 4-9-2019
BOE 30-10-2019
Registro de la Propiedad de Estepona, número 1.

HERENCIA: SUCESIÓN SOMETIDA AL REGLAMENTO SUCESORIO EUROPEO Y AL ARTÍCULO 28 LH.

El artículo 1.2.l) del Reglamento (UE) núm. 650/2012, de 4 de julio, excluye del ámbito de aplicación del Reglamento cualquier inscripción de derechos sobre bienes muebles o inmuebles en un Registro, incluidos los requisitos legales para la práctica de los asientos, y los efectos de la inscripción o de la omisión de inscripción de tales derechos en el mismo. La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de octubre de 2017 en el asunto C-218/16 (Kubicka) puntualiza la exclusión al indicar —con ocasión del análisis de un título sucesorio en el que se establecía un legado reivindicativo sujeto a Derecho alemán— que de ello se deduce, como el Abogado General ha señalado sustancialmente en el punto 60 de sus conclusiones, que puesto que el artículo 1, apartado 2, letra l), del Reglamento núm. 650/2012 solo se refiere a la inscripción de derechos sobre bienes muebles o inmuebles en un registro, incluidos los requisitos legales para la práctica de los asientos, y a los efectos de la inscripción o de la omisión de inscripción de tales derechos en el mismo, los requisitos para la adquisición de tales derechos no figuran entre las materias excluidas del ámbito de aplicación de dicho Reglamento en virtud de la citada disposición.

Queda por decidir si la ley aplicable y su ámbito tal como se regulan en los artículos 21, 22, 23 y 83 del Reglamento puede ser relevante a los efectos de la constancia registral de la limitación temporal del artículo 28 de la Ley Hipotecaria. El precepto ordena que las inscripciones de fincas o derechos reales adquiridos por herencia o legado no surtirán efecto en cuanto a tercero hasta transcurridos dos años desde la fecha de la muerte del causante. Se considera que el fundamento de esta disposición es la inseguridad en el título sucesorio en cuanto pudieran aparecer parientes del causante que no habían sido tenidos en cuenta, o un testamento de fecha más reciente en el que se designe un heredero distinto. Es decir, protege a un eventual heredero real frente al aparente, en toda o parte de la sucesión.

La facilitación de las sucesiones internacionales tras la entrada en aplicación del Reglamento (UE) núm. 650/2012, no solo no excluye la limitación temporal que establece el precepto, sino que le dota de un especial significado acercándose, nuevamente, a su contexto histórico. Su interés y utilidad se fundamenta de una parte, en las especiales normas previstas en el instrumento europeo para las disposiciones «*mortis causa*» (arts. 3.1, 24 y 25 basadas en la ley putativa referida a la residencia habitual en defecto de «*professio iuris*») y de otra, en la dificultad probatoria de los elementos de hecho relevantes en la aplicación de la ley extranjera.

Por último —y adicionalmente—, una vez practicado un asiento, aun no tratándose de una carga o gravamen (sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 13 de mayo de 2013), sino en la expresión de la limitación temporal de efectos de la fe pública, al que se refiere el artículo 28 de la Ley Hipotecaria, el asiento practicado está bajo la salvaguardia de los tribunales sin que sea posible su cancelación en cuanto no existe un determinado interesado, si no es, en su caso, por resolución judicial.

Resolución de 4-9-2019
BOE 30-10-2019
Registro de la Propiedad de Madrid, número 38.

INEXACTITUD DEL REGISTRO: RECTIFICACIÓN. RECTIFICACIÓN DE CABIDA: FINCA INTEGRADA EN UN PROYECTO DE REPARCELACIÓN. TÍTULO FORMAL: REQUISITOS DE LA INSTANCIA PRIVADA.

Entrando en el fondo del primero de los defectos señalados, como reiteradamente ha señalado esta Dirección General, entre otras en resolución de 10 de junio de 2009, hay que distinguir entre inexactitud registral y error del Registro. Inexactitud es toda discordancia entre Registro y realidad (cfr. art. 39 de la Ley Hipotecaria); el error existe cuando el registrador, al trasladar al Registro los datos que constan en los documentos que se emplean para la inscripción, incurre en alguna equivocación, bien material, bien conceptual. En el presente supuesto está claro que no se trata de un error al practicar la inscripción, ya que del auto que resolvió el expediente de dominio y que dio lugar a la inscripción primera de la finca —si bien, como pone de manifiesto la registradora en su nota y en su informe, con la prudencia que debe tenerse en la calificación del auto del que solo se ha aportado una fotocopia— resulta que se declaró «justificado el dominio en el expediente instado (…), sobre la inmatriculación de la finca descrita en el primer antecedente de hecho de esta resolución» (…), la cual tiene «una superficie registral de dos mil trescientas veintiocho metros y ochenta y cinco», que es la superficie que se hizo constar en la inscripción primera en virtud de dicho auto firme.

Será necesario para su rectificación bien el consentimiento de los titulares registrales 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 [cfr. art. 40.d) de la Ley Hipotecaria]. Solamente es necesario subrayar, en cuanto a las cuestiones que se han planteado en el expediente, que en ningún caso podría servir para una rectificación del Registro una fotocopia

de una resolución judicial, ya que las fotocopias de resoluciones judiciales no cumplen los requisitos que en cuanto a la documentación que accede al Registro señala el artículo 3 de la Ley Hipotecaria.

Si a juicio de los titulares registrales de la finca registral número 872 se ha dado un supuesto de doble inmatriculación parcial, estos podrán instar la iniciación de un expediente para la subsanación de la misma conforme a lo previsto en el artículo 209 de la Ley Hipotecaria, sin entrar a valorar qué registrador sería el competente, pues se trataría de fincas pertenecientes a la demarcación de dos Registros distintos.

El permitir la rectificación de la superficie de una finca incluida en un procedimiento de reparcelación, disminuyéndola, una vez conste producida la iniciación del mismo, sin conocimiento del órgano actuante, puede producir efectos adversos. Para subsanar el defecto sería necesario que la Administración actuante certifique que efectivamente se trataba de un error y que la finca de origen incluida en la unidad de actuación tenía esa menor superficie, o bien que tome razón de la rectificación efectuada y tome las medidas que sean procedentes en cuanto a esa superficie de menos que ya no formaría parte de la finca registral de origen.

Por lo que se refiere a la necesidad de legitimación de la firma de quien firma la instancia y de que se acredite por este la representación que dice ostentar, debe también confirmarse la calificación de la registradora. El principio de seguridad jurídica exige que la instancia privada en la cual se solicita la rectificación permita identificar con plena certeza al solicitante. En cuanto a la representación, es necesario acreditar esta, pues no se puede actuar en nombre de otro sin tener su representación legal o autorización, que ha de ser acreditada.

Resolución de 5-9-2019
BOE 4-11-2019
Registro de la Propiedad de San Lorenzo de El Escorial, número 3.

HERENCIA: NECESARIA INTERVENCIÓN DE LOS LEGITIMARIOS EN LA PARTICIÓN.

Como afirmó este Centro Directivo en su resolución de 1 de marzo de 2006, la especial cualidad del legitimario en nuestro Derecho común, caso de que exista en una sucesión, hace imprescindible su concurrencia para la adjudicación y partición de la herencia, a falta de persona designada por el testador para efectuar la liquidación y partición de herencia (art. 1057.1 CC), de la que resulte que no se perjudica la legítima de los herederos forzosos. En efecto, la legítima en nuestro Derecho común (y a diferencia de otros ordenamientos jurídicos forales, como el catalán) se configura generalmente como una «*pars bonorum*», y se entiende como una parte de los bienes relictos que por cualquier título debe recibir el legitimario, sin perjuicio de que, en ciertos supuestos, reciba su valor económico o «*pars valoris bonorum*».

Centrados en el objeto de este expediente, se menciona literalmente en el testamento que hace legado a sus tres nietos «en pago de su legítima estricta, y hasta dicho importe, en pleno dominio, las participaciones que el testador posea en la mercantil denominada "Santher, S.L."». En este testamento no hay avalúo de los bienes ni se hace la adjudicación definitiva, sino que se marcan unas pautas para adjudicar esos bienes en pago de la legítima estricta, pero con el límite del importe de la misma. En definitiva, se hace un legado de cosa con

delimitación de cuota legitimaria. La determinación del alcance de esta cuota, exige un avalúo de todo el caudal hereditario. En consecuencia, no nos encontramos ante una auténtica partición del testador, por lo que debemos concluir en que las menciones que se hacen en el testamento son las de un legado con unas normas de partición.

El momento de practicar las correspondientes operaciones particionales, incluso tratándose de partición hecha por contadores partidores, en la ejecución de la misma, será «cuando podrá saberse si alguno o algunos de los herederos individualmente considerados, no en la forma indiscriminada y global (…) han percibido menos de lo que le corresponde por legítima estricta». Así pues, no habiendo partición hecha por el testador ni contador partidor designado —que en este supuesto no la ha hecho respecto de los bienes adicionados—, y pagándose la legítima mediante un legado de cosa con delimitación de cuota, no es posible ejercer las acciones de rescisión o de complemento en su caso sino hasta saber el montante del «*quantum*».

El artículo 1079 del Código civil es aplicable a supuestos de hecho en que existan uno o varios objetos, que, perteneciendo a la herencia, hayan sido omitidos, y que se encuentran por lo tanto en estado de indivisión. Se trata de adicionar a la partición unos bienes que no se han repartido, y que por lo tanto siguen en comunidad hereditaria. En esta partición adicional habrá de cumplirse con todos los requisitos que se exigieron a la partición inicial, y entre ellos, la intervención de todos los legitimarios.

Resolución de 5-9-2019
BOE 4-11-2019
Registro de la Propiedad de Hoyos.

RECTIFICACIÓN DE CABIDA: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

El artículo 9 de la Ley Hipotecaria en su redacción otorgada por la Ley 13/2015 configura la incorporación de la representación gráfica georreferenciada de las fincas con carácter preceptivo. Como ha afirmado reiteradamente esta Dirección General, tal precepto 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, como ocurre en este supuesto de segregación y agrupación de fincas.

Asimismo es reiterada y consolidada la doctrina de esta Dirección General en los supuestos en los que se pretende la inscripción de una representación gráfica y puede sintetizarse del siguiente modo: 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 de la Ley Hipotecaria). El registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas en el curso de tales actuaciones, 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 lo que se refiere a las dudas de identidad, en el presente supuesto el registrador en la nota de calificación expone con detalle los motivos por los que estima que no es inscribible la reducción de superficie pretendida, atendiendo a diversas circunstancias de hecho concurrentes en este caso, que van desde los antecedentes catastrales, pasando por la magnitud de la reducción pretendida, hasta la localización e identificación de las fincas catastrales y registrales colindantes. A la vista de todo ello existen indicios suficientes de que la disminución superficial pretendida altera la realidad física exterior que se acota con la descripción registral. Por último, como ya ha reiterado esta Dirección General, tales dudas de identidad pueden ser manifestadas por el registrador al comienzo del procedimiento, evitando dilaciones y trámites innecesarios, por lo que es correcta la actuación del registrador en este aspecto.

Cuando consta en el Registro la naturaleza rústica de una finca, y no se acredita el cambio de naturaleza a urbana ni la nomenclatura y número de la calle en que se ubica (conforme prescribe el artículo 437 del Reglamento Hipotecario), no puede apreciarse si los documentos aportados, relativos a una finca urbana, se corresponden con la finca registral, de naturaleza rústica. Y tampoco puede estimarse acreditada la nueva naturaleza y datos descriptivos de la finca por la mera aportación de una certificación catastral descriptiva y gráfica de una parcela que en nada coincide con la descripción de la finca registral.

En el título presentado se efectúa primeramente la segregación y compraventa de una porción de otra finca, registral 4746 del mismo término (estipulaciones primera y segunda). En la estipulación tercera se acuerda la compraventa de la registral 12.092 y en la estipulación cuarta, la agrupación de esta última a la mencionada porción segregada. Es por ello que existiendo total independencia en la estipulación tercera relativa a la compraventa y transmisión de la citada registral 12.092, procede estimar el recurso en cuanto a este extremo, más aún cuando consta de forma expresa en el documento la solicitud de inscripción parcial del documento para el caso en que «alguna de sus cláusulas, actos o negocios jurídicos no tuvieren acceso al Registro de la Propiedad».

Resolución de 5-9-2019
BOE 4-11-2019
Registro de la Propiedad de Palma de Mallorca, número 3.

PROPIEDAD HORIZONTAL: MODIFICACIONES EN LA PROPIEDAD HORIZONTAL DE HECHO.

Cuando la situación fáctica de un edificio es de división horizontal le es de aplicación la Ley de Propiedad Horizontal aunque los propietarios no hayan otorgado el correspondiente título constitutivo. No es posible hacer una modificación de obra con aumento de superficie construida de las plantas exclusivamente en la finca registral del elemento privativo —por el hecho de ser una finca registral segregada y constituida en régimen de propiedad horizontal de hecho— y no sobre la finca registral del edificio en régimen de propiedad horizontal de hecho, cuya superficie total construida del edificio, por incremento de planta baja y planta sótano, necesariamente se debiere modificar.

Conforme a la doctrina reiterada de este Centro Directivo, esta modificación de superficie construida, como toda modificación de obra inscrita, deberá describirse en el título presentado al menos la edificación total del edificio, su

número de plantas, superficie de parcela ocupada y total de metros cuadrados construidos, conforme a los artículos 45 y concordantes del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio.

No resulta coherente ni justificado que se quieran utilizar las coordenadas del solar de la certificación catastral para en relación/referencia fijar las coordenadas de la construcción declarada, cuando en la misma certificación catastral tenemos las coordenadas de la edificación distintas de las alegadas.

En conclusión, esta declaración de obra con modificación de superficie inscrita que debe recaer, como se ha dicho, sobre la finca matriz del edificio, finca registral 1701, debiendo realizarse de la misma manera que en un edificio en régimen de propiedad horizontal formalmente constituida, es decir, con el consentimiento de todos los titulares de las distintas partes determinadas segregadas de la finca matriz.

Con carácter previo conviene destacar que en la escritura inicial se indica literalmente en las estipulaciones que el compareciente, además de formalizar la obra nueva por antigüedad exclusivamente sobre una parte determinada segregada de «constituye el edificio en régimen de propiedad horizontal, en los términos contenidos en la parte expositiva de esta escritura». Pues bien, siendo el compareciente exclusivamente titular registral del elemento segregado «planta baja y sótano» (finca registral 2990) y existiendo titulares registrales diferentes de los demás elementos privativos segregados del edificio y del pendiente aún de segregar, es necesario su consentimiento para constituir un régimen de propiedad horizontal sobre el edificio, conforme a las exigencias del principio de tracto sucesivo del artículo 20 de la Ley Hipotecaria.

Además en el presente expediente se pretende a su vez y afectando exclusivamente a la parte determinada segregada «planta baja y sótano» (finca registral 2990) proceder a su división en dos partes determinadas y constituirlas a su vez en régimen de propiedad horizontal formando una especie de subcomunidad. Esta constitución de un régimen de propiedad horizontal del elemento privativo segregado de hecho no está consentida en ningún momento tampoco por los demás propietarios del edificio, ni en el acuerdo de junta de hecho que se acompaña. La determinación de las cuotas de participación en régimen de propiedad horizontal de cada uno de los elementos privativos respecto del total del edificio deberá determinarse en el título constitutivo de propiedad horizontal, conforme exige el artículo 5 de su norma reguladora, sin poder configurarse por lo que determine, como pretende el recurrente, por lo que se determine en la base de datos del catastro «accediendo a la oficina virtual del catastro».

Resolución de 5-9-2019
BOE 4-11-2019
Registro de la Propiedad de Soria, número 1.

PROCEDIMIENTO DE APREMIO ADMINISTRATIVO POR DEUDAS A LA HACIENDA PÚBLICA: NUEVO RÉGIMEN DE ADJUDICACIÓN TRAS EL RD 1071/2017.

Cuando el ejercicio de las potestades administrativas haya de traducirse en una modificación del contenido de los asientos del Registro de la Propiedad, se ha de sujetar, además de a la propia legislación administrativa aplicable, a la legislación hipotecaria, que impone el filtro de la calificación en los términos previstos

por los artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 99 de su Reglamento, habida cuenta de los efectos que la propia legislación hipotecaria atribuye a aquellos asientos, y entre los que se encuentran no solo los derivados del principio de legitimación registral (con los que solo en parte se confunden los resultantes de la presunción de validez del art. 39.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas), sino también otros distintos y superiores, también con transcendencia «*erga omnes*», como el de inoponibilidad de lo no inscrito y el de fe pública registral de los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria (*vid.* resoluciones de 15 de enero de 2013 y 11 de julio de 2014, o entre las más recientes la de 6 de febrero de 2019).

Como hemos visto, en el presente caso el registrador cuestiona la idoneidad del procedimiento de adjudicación directa seguido para la realización del bien, al considerar que en el supuesto de hecho de este expediente no concurre ninguna de las causas legales habilitantes de la adjudicación directa, como procedimiento excepcional frente a la regla general de la enajenación mediante subasta, al haber sido suprimida entre tales causas habilitantes la relativa a haber quedado desierta la subasta del bien, en virtud de la reforma del artículo 107 del Reglamento General de Recaudación en virtud del Real Decreto 1071/2017, de 29 de diciembre, reforma que estaba en vigor el día 25 de abril de 2018 en que se celebró la subasta y el día 5 de septiembre de 2018 en que se abrió el procedimiento de adjudicación directa. Discutiéndose, por tanto, la idoneidad o admisibilidad legal del procedimiento seguido, y siendo este extremo uno de los que conforme a las disposiciones y doctrina antes expuestos están sujetos a la calificación registral, no cabe sino desestimar este primer motivo de oposición a la calificación impugnada.

Señala el Preámbulo del Real Decreto 1071/2017 que «la adjudicación directa se elimina como procedimiento posterior y subsiguiente al procedimiento de subasta. Se trata de simplificar el procedimiento de enajenación para potenciar la concurrencia en el mismo, así como su transparencia y agilidad». Esta novedad se concreta en la nueva redacción del artículo 107, apartado 1, del Reglamento General de Recaudación. El debate se centra, en consecuencia, no tanto en el alcance y significado de la reforma en este punto, sino en la delimitación de su eficacia temporal al discrepar sobre la interpretación que haya de darse al régimen transitorio incorporado a dicho Real Decreto. Se hace necesario, por tanto, analizar dicho régimen.

En cuanto al ámbito de la eficacia temporal del reiterado Real Decreto 1071/2017, de 29 de diciembre, se establece en su disposición final única que el mismo «entrará en vigor el día 1 de enero de 2018». Por su parte, la disposición transitoria tercera del Reglamento General de Recaudación, aprobado por el Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, establece en el párrafo segundo de su apartado 1 que «las actuaciones de enajenación de bienes continuarán rigiéndose por la normativa vigente antes de la entrada en vigor de este reglamento cuando el acuerdo de enajenación mediante subasta, la autorización para la enajenación por concurso o el inicio del trámite de adjudicación directa se hayan producido antes de la entrada en vigor de este reglamento». Finalmente, el citado Real Decreto 1071/2017 introduce en el mismo Reglamento General de Recaudación, a través del apartado 39 de su artículo único, una nueva disposición transitoria cuarta, conforme a la cual «las normas relativas al desarrollo del procedimiento de subasta a través del Portal de Subastas de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado se aplicarán a los procedimientos iniciados a partir del 1 de septiembre de 2018».

El hecho de que la adjudicación directa haya sido contemplada, hasta la reforma introducida por el Real Decreto 1071/2017, como un procedimiento alternativo a la subasta para el caso de que esta haya quedado desierta, no autoriza a confundirlo en modo alguno con el propio procedimiento de la subasta, por el mero hecho de compartir su condición de procedimientos de enajenación forzosa en un expediente de apremio. Como claramente resulta del Preámbulo del citado Real Decreto «la adjudicación directa se elimina como procedimiento posterior y subsiguiente al procedimiento de subasta». Se trata de un procedimiento «posterior y subsiguiente» al procedimiento de subasta, es decir, claramente distinto de este. Así lo confirma también, destacando su autonomía en el plano del derecho transitorio como modos de enajenación distintos, el contenido de la disposición transitoria tercera, apartado 1, del Reglamento General de Recaudación, en su redacción originaria. Se distinguen, por tanto, con toda claridad, como fases distintas del procedimiento que pueden estar sujetas a regímenes normativos diferentes y sucesivos en función de sus respectivas fechas de vigencia, la subasta y la enajenación directa (además del concurso). Esta disposición transitoria tercera del Reglamento General de Recaudación, al igual que sucede en el caso de las transitorias del Código civil, debe guiar como criterio interpretativo las cuestiones de derecho transitorio no contempladas específicamente por el Real Decreto 1071/2017. Criterio jurisprudencial de interpretación estricta de los supuestos de excepción a la regla general de la enajenación mediante subasta que choca frontalmente con la interpretación extensiva postulada por el recurrente de la reiterada disposición transitoria cuarta, interpretación que, por ser claramente contraria a su tenor literal y a su explícita finalidad (reflejada en el Preámbulo del Real Decreto 1071/2017), desborda claramente el ámbito de aplicación propio de la misma.

Igual suerte desestimatoria debe correr el recurso en relación con las otras dos líneas argumentales esgrimidas en el escrito de interposición. Así en cuanto al argumento de que la supresión del procedimiento de enajenación directa responde en la reforma al hecho de que las nuevas subastas electrónicas maximizan la concurrencia y así evitan las subastas desiertas, que por tanto no estarían a partir de la reforma contempladas en el Reglamento General de Recaudación, se trata de un razonamiento que partiendo de una premisa correcta (el nuevo régimen de subastas electrónicas resultará más eficaz al aumentar la concurrencia y la transparencia), se apoya simultáneamente en otra que no lo es.

Finalmente entiende el recurrente, en contra de lo que resulta de la calificación impugnada (en la que se afirma que la adjudicación directa perjudica gravemente al deudor, sin generar un beneficio a la Hacienda Pública, favoreciendo únicamente al adjudicatario que adquiriría el bien por una cantidad muy inferior a su valor), que el deudor tiene garantizados sus derechos al poder intervenir en todo el procedimiento de apremio, «y en el caso de la adjudicación directa mediante la garantía de un precio mínimo de adjudicación (art. 107.4 RGR)». Pero tampoco esta afirmación se compadece ni con el contenido del título calificado, ni con el contenido real del precepto invocado en su apoyo, pues lo que establece la norma invocada es exactamente lo contrario de lo que se afirma en el recurso.

Por el contrario, conforme a la nueva redacción dada por el reiterado Real Decreto 1071/2017 al artículo 107 del Reglamento, una vez declarada desierta la subasta lo procedente, al no ser admisible acudir a la adjudicación directa, sería aplicar la previsión del artículo 109.1 del mismo, que de conformidad con el artículo 172.2 de la Ley General Tributaria, dispone que «cuando en el procedimiento de enajenación regulado en la anterior subsección no se hubieran adjudicado alguno o algunos de los bienes embargados, el órgano de recaudación

competente podrá proponer de forma motivada al órgano competente su adjudicación a la Hacienda Pública en pago de las deudas no cubiertas» —o en caso de no entender procedente esta adjudicación a la Hacienda Pública, iniciar un nuevo procedimiento de enajenación a través de una nueva subasta, conforme al artículo 112.2 del Reglamento General de Recaudación—.

Como ha señalado reiteradamente este Centro Directivo (*vid.*, por todas, la reciente resolución de 5 de abril de 2019) al pronunciarse sobre la interpretación de las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil relativas al precio de adjudicación de los bienes en los procedimientos de ejecución judicial (en particular en relación con los artículos 670 y 671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, invocada en el preámbulo del Real Decreto de reforma del Reglamento General de Recaudación, como hemos visto) «admitir que el acreedor pueda solicitar la adjudicación de la finca por una cantidad que represente menos del 50% del valor de tasación de la finca, supone romper el equilibrio que el legislador ha querido que el procedimiento de apremio garantice entre los intereses del ejecutante (obtener la satisfacción de su crédito con cargo al bien hipotecado), y del ejecutado (no sufrir un perjuicio patrimonial mucho mayor que el valor de lo adeudado al acreedor). La interpretación de una norma no puede amparar el empobrecimiento desmesurado y sin fundamento de una parte, y el enriquecimiento injusto de la otra».

Resolución de 6-9-2019
BOE 4-11-2019
Registro de la Propiedad de Benavente-Puebla de Sanabria.

RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO. REQUISITOS.

Previamente hay que decir, en primer lugar, que en la calificación no se cuestiona ni pone en duda el régimen económico del matrimonio que existía entre el causante y la recurrente según las afirmaciones de esta en la escritura calificada. Lo que se ha señalado es la necesidad de la concurrencia de todos los interesados —la viuda y los herederos— para la subsanación del error cometido. En segundo lugar, que como sostiene la recurrente el error deviene no de la inscripción practicada sino del título que la causó en su día, en el que se hizo constar un régimen económico distinto del citado régimen legal supletorio de separación que tenían los cónyuges.

Como se deduce con toda claridad de los artículos 1 y 40 LH, la rectificación solicitada de la inscripción exige el consentimiento de su titular o, en su defecto, una resolución judicial en procedimiento seguido contra este titular registral.

Así pues, el consentimiento del titular fallecido debe suplirse por el de sus herederos, pero en el supuesto de este expediente, aunque la viuda actúa en su propio nombre y derecho y en nombre y representación de sus hijas menores de edad, en ejercicio de la patria potestad, hay un conflicto de intereses entre la madre y sus hijas representadas, ya que el carácter ganancial o privativo de los bienes, afecta a la determinación del contenido de la masa hereditaria de los bienes y no cabe que sea decidido unilateralmente por la viuda interesada en la herencia. Por lo tanto, de conformidad con los artículos 236-20 y 224-1 del Código civil de Cataluña, para proceder a la rectificación solicitada, será preciso el nombramiento de defensor judicial que actúe en representación de las menores, para prestar el consentimiento de todos aquellos que se verían afectados con la rectificación de la inscripción.

Resolución de 6-9-2019
BOE 4-11-2019
Registro de la Propiedad de Santa Coloma de Farners.

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: HERENCIA YACENTE.

Como ha afirmado reiteradamente este Centro Directivo, es principio básico de nuestro sistema registral 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 de la Ley Hipotecaria), alternativa esta última que no hace sino desenvolver en el ámbito registral el principio constitucional de salvaguardia jurisdiccional de los derechos e interdicción de la indefensión (cfr. art. 24 de la Constitución Española) y el propio principio registral de salvaguardia judicial de los asientos registrales (cfr. art. 1 de la Ley Hipotecaria). Este principio deriva a su vez de la legitimación registral.

En los casos en que interviene la herencia yacente, la doctrina de este Centro Directivo impone que toda actuación que pretenda tener reflejo registral deba articularse bien mediante el nombramiento de un administrador judicial, en los términos previstos en los artículos 790 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, bien mediante la intervención en el procedimiento de alguno de los interesados en dicha herencia yacente (resoluciones de 27 de mayo y 12 de julio de 2013, 8 de mayo de 2014, 5 de marzo de 2015 y demás citadas en los «Vistos»). Esta doctrina se ha matizado en los últimos pronunciamientos en el sentido de considerar que la exigencia del nombramiento del defensor judicial debe limitarse a los casos en que el llamamiento a los herederos desconocidos sea puramente genérico y no haya ningún interesado en la herencia que se haya personado en el procedimiento considerando el juez suficiente la legitimación pasiva de la herencia yacente. Por eso es razonable restringir la exigencia de nombramiento de administrador judicial, al efecto de calificación registral del tracto sucesivo, a los supuestos de demandas a ignorados herederos; pero considerar suficiente el emplazamiento efectuado a personas determinadas como posibles llamados a la herencia.

También ha aclarado esta Dirección General, respecto a la incidencia de la renuncia de los herederos en los supuestos de procedimientos seguidos contra la herencia yacente, que no evita la necesidad de nombrar administrador el hecho de que haya un pronunciamiento judicial en el que conste haberse otorgado escritura de renuncia a la herencia por parte de los herederos, pues, mediando la renuncia de los inicialmente llamados a la herencia, esta pasa a los siguientes en orden, sean testados o intestados, quienes serán los encargados de defender los intereses de la herencia.

Resolución de 6-9-2019
BOE 4-11-2019
Registro de la Propiedad de Alcobendas, número 2.

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: CANCELACIÓN.

Se debate en el presente recurso si habiéndose ordenado en sentencia dictada en un procedimiento penal por alzamiento de bienes «la nulidad de todas las escrituras notariales y anotaciones de los registros de la propiedad relativas a Transmisiones Patrimoniales realizadas por la entidad Boreleto, S.L. con posterioridad a la suscripción de la póliza mercantil de 27 de octubre de 2008»,

comprende también las anotaciones preventivas de embargo practicadas a favor de personas que no han sido parte en el procedimiento.

El recurso debe ser desestimado. La sentencia ordena la cancelación de los asientos derivados de transmisiones inmobiliarias y anotaciones de los Registros de la Propiedad relativas a transmisiones patrimoniales realizadas y, si bien es cierto que el embargo va dirigido contra uno de los propietarios querellados, la anotación preventiva no participa de la naturaleza de las transmisiones inmobiliarias.

Pero no se trata solo de la dicción literal del mandamiento sino de dar cumplimiento al principio constitucional de tutela judicial efectiva, manifestado en el ámbito registral en el principio de tracto sucesivo (cfr. art. 20 de la Ley Hipotecaria).

En este sentido ya la resolución de esta Dirección General de 23 de agosto de 1983 en un supuesto de alzamiento de bienes similar al que nos ocupa, consideró que no procedía la cancelación de los asientos ordenados por no haber intervenido en el procedimiento judicial los titulares de aquellos derechos sobre la finca.

Resolución de 6-9-2019
BOE 4-11-2019
Registro de la Propiedad de Telde, número 1.

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: EFECTOS DE SU CADUCIDAD TRAS LA SENTENCIA DE 7 DE JULIO DE 2017.

Las anotaciones preventivas tienen una vigencia determinada y su caducidad opera «*ipso iure*» una vez agotado el plazo de cuatro años, hayan sido canceladas o no, si no han sido prorrogadas previamente, careciendo desde entonces de todo efecto jurídico, entre ellos la posición de prioridad que las mismas conceden a su titular, y que permite la inscripción de un bien con cancelación de cargas posteriores a favor del adjudicatario, que ha adquirido en el procedimiento del que deriva la anotación, de modo que los asientos posteriores mejoran su rango en cuanto dejan de estar sujetos a la limitación que para ellos implicaba aquel asiento y no podrán ser cancelados en virtud del mandamiento prevenido en el artículo 175.2.ª del Reglamento Hipotecario, si al tiempo de presentarse aquel en el Registro, se había operado ya la caducidad.

El hecho de que se haya expedido la certificación de titularidad y cargas, que prevé la Ley de Enjuiciamiento Civil, no implica ni su conversión en otra anotación ni su prórroga, ya que las anotaciones solo se prorrogan en la forma establecida en el artículo 86 de la Ley Hipotecaria.

De cuanto antecede, resulta que, en el ámbito de la calificación, los registradores de la Propiedad han de atenerse a lo establecido en el artículo 86 de la Ley Hipotecaria, y solo pueden cancelar (en los términos previstos en los arts. 674 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 175.2.ª del Reglamento Hipotecario), las cargas inscritas o anotadas con posterioridad a la anotación de embargo practicada a resultas del procedimiento de ejecución del que deriva el mandamiento cancelatorio, cuando la referida anotación preventiva de embargo esté vigente, por no haber transcurrido el plazo de cuatro años de vigencia que fija el citado artículo 86, o el de sus sucesivas prórrogas, al tiempo en que, al menos el decreto de adjudicación, haya sido presentado en el Registro de la Propiedad. Habiendo adecuado el registrador su actuación a esta doctrina, no cabe acoger favorablemente el recurso interpuesto contra su calificación. Todo ello sin perjuicio, como antes se indicó, del derecho que asiste al adquirente de la finca adjudicada en el

procedimiento de ejecución para acudir a un proceso judicial en el que pueda discutirse, con la intervención de todos los titulares de las cargas posteriores a la anotación caducada, si procede o no la cancelación de las mismas.

Resolución de 17-9-2019
BOE 6-11-2019
Registro de la Propiedad de Escalona.

HERENCIA: SUCESIÓN DE UN FRANCÉS A LA QUE NO ES APLICABLE EL REGLAMENTO SUCESORIO EUROPEO.

En primer lugar, debe tenerse presente que no es aplicable por razón de la fecha del fallecimiento el Reglamento (UE) núm. 650/2102, de 4 de julio (art. 83). Será por tanto la ley nacional del causante la que rija la sucesión, conforme al artículo 9.8 del Código civil. El causante, según se manifiesta en el testimonio o certificado presentado, era de nacionalidad francesa, casado en régimen legal de adquisiciones francés con su hoy viuda, por el contrario de lo que resulta del Registro de la Propiedad español, extremo que debe ser clarificado.

La Ley 29/2015, de 30 de junio, de cooperación jurídica internacional, exige en sus artículos 56 y 60 el cumplimiento del principio de equivalencia en su eficacia en el país de origen. Con base en este esencial principio, deberá ser probada no solo la ley aplicable, que como tiene indicado este Centro Directivo, para los Estados miembro, se cuenta con útiles herramientas como el Portal Europeo e—justicia, sino respecto de la equivalencia formal y material del documento público, máxime en los casos —como el presente— en los que no son aplicables instrumentos europeos.

En la traducción jurada presentada falta la última hoja. Debe ser confirmado en cuanto el texto debe ser completo y estar traducido, y cumplimentar toda formalidad exigida por los artículos 36 y 37 del Reglamento Hipotecario.

En segundo lugar, alega que no se aporta acta de declaración de herederos abintestato o documento equivalente según la legislación francesa. La ausencia de título sucesorio, conforme al artículo 14 de la Ley Hipotecaria, impide la inscripción, por lo que el defecto debe ser confirmado.

La resolución de 13 de octubre de 2015 que fundamenta el defecto observado, recuerda la obligatoriedad de la consignación del número de identificación fiscal (NIF-NIE) y —en su caso— los medios de pago empleados en las escrituras notariales relativas a actos y contratos sobre bienes inmuebles. Por lo que el defecto debe ser confirmado al no constar dicho NIE en la escritura calificada siendo la identificación fiscal un requisito de la «*lex rei sitae*».

Resolución de 17-9-2019
BOE 6-11-2019
Registro de la Propiedad de Alicante, número 4.

REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA: APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 98 LEY 24/2001 EN CASOS DE PODERES OTORGADOS POR UNA SOCIEDAD CUANDO NO ESTÁN INSCRITOS EN EL REGISTRO MERCANTIL.

De la interpretación del artículo 98 de la Ley 24/2001 por el Tribunal Supremo (sentencias de 23 de septiembre de 2011 y 20 y 22 de noviembre de 2018) y de la

doctrina expresada por esta Dirección General en numerosas resoluciones cabe extraer un criterio ya asentado y pacífico respecto del alcance de la calificación registral del juicio notarial de suficiencia de las facultades representativas de los otorgantes. El registrador deberá calificar, de un lado, la existencia y regularidad de la reseña identificativa del documento del que nace la representación y, de otro, la existencia del juicio notarial de suficiencia expreso y concreto en relación con el acto o negocio jurídico documentado y las facultades ejercitadas, así como la congruencia del juicio que hace el notario del acto o negocio jurídico documentado y el contenido del mismo título. Dicho de otro modo, deberá calificar que se ha practicado la reseña de modo adecuado y que se ha incorporado un juicio de suficiencia de las facultades del representante, siendo el contenido de este congruente con el acto o negocio jurídico documentado.

Cuando, como es el caso, se trata de un poder conferido por una sociedad mercantil que no consta inscrito, el notario autorizante debe, bajo su responsabilidad, calificar de forma rigurosa la validez y vigencia del poder otorgado por una sociedad mercantil y dejar constancia de que ha desarrollado tal actuación, de forma que la reseña del documento auténtico del que resulta la representación exprese las circunstancias que, a juicio del notario, justifican la validez y vigencia del poder en ejercicio del cual interviene el apoderado, ya se trate de un poder general no inscrito, ya de un poder especial. El registrador debe revisar que el título autorizado permita corroborar que el notario ha ejercido su función de calificación de la existencia y vigencia del poder y de la suficiencia de las facultades que confiere de forma completa y rigurosa, y que este juicio sea congruente con el contenido del título presentado, es decir, que resulte del contenido del juicio de suficiencia que dicha suficiencia se predica respecto del negocio jurídico otorgado, con la precisión necesaria para que no quepan dudas de que el notario ha calificado correctamente el negocio de que se trata y referido al mismo la suficiencia o insuficiencia de las facultades representativas. Especialmente relevante es, como alega la recurrente, que el supuesto al que se refiere la citada sentencia de 20 de noviembre de 2018 es análogo al presente.

No es posible entender los términos utilizados en la reseña del apoderamiento (al afirmar que se trata de un poder para ese acto concreto, acreditado con copia autorizada de la escritura de apoderamiento, y añadir lo siguiente: «Yo, el notario, juzgo al apoderado, bajo mi responsabilidad y en base al poder anteriormente reseñado, con facultades representativas suficientes para la carta de pago y cancelación de hipotecas que se instrumenta en esta escritura») como referida exclusivamente a las facultades contenidas en el poder pero no a la validez y vigencia del poder, de modo que la notaria, sin tener la seguridad sobre dicha validez y vigencia, o lo que es lo mismo pese a no tener acreditado el poder, admitiera el otorgamiento de la escritura con una reseña que indujera a semejante confusión.

Resolución de 10-9-2019
BOE 7-11-2019
Registro de la Propiedad de Alcoy.

HIPOTECA: CANCELACIÓN POR CADUCIDAD.

Nada se opone a que la hipoteca, como los demás derechos reales, pueda ser constituida por un plazo determinado (*vid.* arts. 513.2, 529, 546.4 y 1843.3 CC).

No siempre es fácil decidir si, en el caso concreto, el plazo señalado es efectivamente de duración de la hipoteca misma con el alcance anteriormente señalado, o si se trata de definir únicamente el margen temporal en el que debe surgir la obligación para que quede garantizada con la hipoteca.

Si estuviéramos ante la caducidad convencional del mismo derecho de hipoteca, resultaría aplicable la norma del párrafo segundo del artículo 82 de la Ley Hipotecaria, que posibilita la cancelación de la hipoteca, cuando resulte del título en cuya virtud se inscribió la hipoteca. En otro caso debería esperarse a la prescripción de la acción hipotecaria según la fecha a contar desde la prestación cuyo cumplimiento se garantiza debió ser satisfecha en su totalidad según el Registro.

La cancelación convencional automática solo procede cuando la extinción del derecho tiene lugar de un modo nítido y manifiesto, no cuando sea dudosa o controvertida por no saberse si se está refiriendo a la caducidad misma del derecho o si se está refiriendo al plazo durante el cual las obligaciones contraídas durante dicho término son las únicas garantizadas por la hipoteca.

Es decir, debe diferenciarse lo que es la extinción de la hipoteca, de lo que es su cancelación. A efectos de la cancelación registral de la hipoteca por transcurso de un plazo convenido, se precisa que se dé exacto cumplimiento a lo expresamente acordado por las partes para su cancelación, pues, en caso contrario, la cancelación debe realizarse conforme se ordena imperativamente por la Ley Hipotecaria. En el presente expediente, según resulta del Registro, se exige para la cancelación de la hipoteca, no solo el transcurso del plazo de seis años sino también acta notarial, previa justificación de haber requerido en forma fehaciente a «Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía», con un mes de antelación, al objeto de que manifieste cualquier causa de oposición a la cancelación.

Resolución de 16-9-2019
BOE 7-11-2019
Registro de la Propiedad de Mataró, número 2.

CERTIFICADO DE EFICIENCIA ENERGÉTICA: EFECTOS DE NO APORTARLA.

Como puso de relieve esta Dirección General en resolución de 19 de abril de 2016 y ha reiterado la de 20 de marzo de 2019, con base en lo expuesto, el certificado de eficiencia energética es exigible no solo a los edificios de nueva construcción como ocurría con la normativa anterior, sino también a los edificios existentes. Si bien, como añade dicha resolución, el propio Real Decreto antes mencionado no establece qué debe entenderse por edificaciones existentes; por ello debe acudirse a la Directiva 2010/31/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 2010, relativa a la eficiencia energética de los edificios.

Ciertamente, el notario debe realizar el control de cumplimiento de la legalidad respecto de la entrega del certificado de eficiencia energética y debe reflejarse en la escritura, con independencia de si esta obligación legal afecta o no a la validez del negocio. Pero para que la falta de constancia del cumplimiento de dicha obligación en la escritura sea obstáculo que impida su inscripción es necesario que así resulte de una norma que imponga el deber de realizar dicho control al registrador y obligue a su reflejo al practicar la inscripción (como ocurre, por ejemplo, con la justificación en determinados casos de los medios de pago o la obtención de una licencia urbanística).

Resolución de 16-9-2019
BOE 7-11-2019
Registro de la Propiedad de Eivissa, número 4.

CALIFICACIÓN REGISTRAL: UNITARIA E INDEPENDIENTE. PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Ciertamente, la calificación ha de ser unitaria y global (art. 258.5 de la Ley Hipotecaria), por lo que el registrador de la propiedad debe extremar su celo para evitar que una sucesión de calificaciones relativas al mismo documento y a la misma presentación, genere una inseguridad jurídica. Las consideraciones anteriores no pueden prevalecer sobre uno de los principios fundamentales del sistema registral como es el de legalidad, lo que justifica la necesidad de poner de manifiesto los defectos que se observen aun cuando sea extemporáneamente. Como ha reiterado asimismo esta Dirección General, el registrador, al llevar a cabo el ejercicio de su competencia calificadora de los documentos presentados a inscripción, no está vinculado, por aplicación del principio de independencia en su ejercicio, por las calificaciones llevadas a cabo por otros registradores o por las propias resultantes de la anterior presentación de la misma documentación. Pero es que, además, la realización de una nueva calificación, aun bajo el mismo asiento de presentación, está plenamente justificada cuando se aportan nuevos documentos complementarios.

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 dicho 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 de la Ley Hipotecaria). 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. Deben entenderse justificadas las dudas de identidad declaradas por el registrador en su nota de calificación.

Sin perjuicio de lo dicho en el anterior fundamento, no pueden entenderse justificadas las dudas de identidad del registrador basadas en el lapso comprendido entre la expedición de la certificación técnica acreditativa de la cabida de la finca y la presentación del acta solicitando la rectificación registral, pues el mero transcurso del tiempo no implica la práctica de segregaciones o ventas a terceros. Además, como ha recordado esta Dirección General (cfr. resoluciones de 4 de diciembre de 2006, 15 de mayo de 2015 o 20 de junio de 2019), quedan bajo exclusiva responsabilidad del técnico la veracidad y exactitud de las afirmaciones contenidas en el certificado por él expedido.

Resolución de 18-9-2019
BOE 8-11-2019
Registro de la Propiedad de Zaragoza, número 9.

CONCURSO DE ACREEDORES: COMPETENCIA DEL JUEZ Y DEL LETRADO DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN LAS ADJUDICACIONES EN VÍA DE LIQUIDACIÓN.

Una vez abierta la fase de liquidación del concurso, las reglas legales de liquidación de los bienes y derechos del concursado se contienen en el artículo 149 de la Ley Concursal. En este caso en que la finca en cuestión no está incluida en el conjunto de los establecimientos, explotaciones y otras unidades productivas del deudor, se ha de enajenar, según su naturaleza, conforme a las previsiones contenidas en el plan de liquidación y, en su defecto, por las disposiciones establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil para el procedimiento de apremio (art. 149.2 de la Ley Concursal).

De los artículos que la Ley de Enjuiciamiento Civil dedica a la ejecución en el libro III, y en particular en el capítulo IV de su título IV, «del procedimiento de apremio», resulta que es el letrado de la Administración de Justicia el encargado de los diversos trámites de la ejecución (*vid.*, como ejemplo, el artículo 634, primer artículo del capítulo, que habla del «letrado de la Administración de Justicia responsable de la ejecución»), incluida la aprobación del remate y de la adjudicación (arts. 650 y 670), salvo respecto de aquellas cuestiones que, como hemos visto, esté expresamente previsto que se resuelvan mediante auto. El artículo 8 LC, que consagra la vis attractiva del concurso, reconoce la competencia del juez del concurso para conocer de la ejecución de los bienes y derechos del concursado, con independencia del órgano que la haya ordenado, pero esto no quiere decir que los letrados de la Administración de Justicia no tengan ninguna intervención en la ejecución. El artículo 149.2 de la Ley Concursal se remite a las disposiciones establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil para el procedimiento de apremio y como hemos visto, el artículo 545.5 reserva al juez, mediante auto, la resolución que contenga la orden general de ejecución por la que se autoriza y despacha la misma, que en el caso de la fase de liquidación del concurso sería el auto ordenando su apertura y en su caso el auto aprobando el plan de liquidación. En cambio, diversos trámites de la ejecución, la mayoría de hecho, están atribuidos al letrado de la Administración de Justicia, según resulta del artículo 545.6.

Y entre estas especialidades debemos entender que, con independencia de que se interprete o no que la tramitación de la ejecución corre a cargo del letrado de la Administración de Justicia, se encuentra la necesidad de que sea el juez el que apruebe el remate mediante auto, como resulta con claridad del apartado quinto del artículo 149 de la Ley Concursal. Además, también corresponde con claridad al juez del concurso, y no al letrado de la Administración de Justicia, según resulta del artículo 149.5 de la Ley Concursal, ordenar la cancelación de las cargas correspondientes como consecuencia de la enajenación. En un caso como este, en que la finca enajenada se encuentra gravada con una hipoteca, lo que determina la aplicación del artículo 155.4 de la Ley Concursal y por tanto o bien la cancelación de la hipoteca, que es lo que ha sucedido en este caso, o bien la subsistencia de la misma con subrogación del adquirente en la obligación del deudor, que quedará excluida de la masa pasiva, cuando así lo autorice el juez, no cabe inscribir la adjudicación de manera separada de la cancelación.

Resolución de 18-9-2019
BOE 8-11-2019
Registro de la Propiedad de Cuéllar.

EXPEDIENTE DE REANUDACIÓN DE TRACTO SUCESIVO: MANDATO DE CANCELACIÓN DE LA INSCRIPCIÓN CONTRADICTORIA.

Tras la modificación operada en la legislación hipotecaria por la Ley 13/2015, de 24 de junio, de reforma de la legislación hipotecaria y del Catastro, el sistema de reanudación del tracto, contemplado como un caso de concordancia entre los pronunciamientos tabulares y la realidad extrarregistral, ya sea física o jurídica, no pierde el carácter sumamente extraordinario. Es el nuevo artículo 208 de la Ley Hipotecaria el que, «*ex novo*», regula el procedimiento de reanudación del tracto. Se trata de un expediente de carácter exclusivamente notarial.

Necesariamente se precisa la cancelación de la inscripción contradictoria. Así lo ordena el artículo 286 RH. Pero como ha señalado esta Dirección General (cfr. resoluciones de 7 de abril y 30 de agosto de 2017 o 7 de noviembre de 2018) «cuando la disposición derogatoria única de la Ley 13/2015, de 24 de junio, dispone que «quedan derogadas cuantas normas se opongan a lo previsto en la presente Ley», ha de interpretarse que deben entenderse tácitamente derogados todos los artículos del título VI del Reglamento Hipotecario. Partiendo de la ausencia de pronunciamiento alguno sobre el particular en el artículo 208 de la Ley Hipotecaria en su actual redacción, el mandato cancelatorio expreso exigido por el artículo 286 del Reglamento Hipotecario no pasa de ser una mera formalidad que, además, se encuentra en un precepto que debe entenderse tácitamente derogado. Por lo que debe concluirse que el acta en la que se finaliza el procedimiento tiene por sí virtualidad cancelatoria sin necesidad de mandato expreso alguno.

Resolución de 18-9-2019
BOE 8-11-2019
Registro de la Propiedad de Corcubión-Muros.

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: DUDAS SOBRE LA INVASIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO.

Aunque en el presente caso el párrafo final de la solicitud de informe por parte de la registradora al Ayuntamiento, advertía de que en caso de no remitirse el informe en plazo o no ser dicho informe claramente obstativo de la inmatriculación, «se continuará con el trámite de inmatricular conforme al procedimiento ordinario, sin perjuicio de las notificaciones que en su caso procedan», lo cierto es que, conforme al artículo 205 de la Ley Hipotecaria, no cabe aplicar tal automatismo, sino que la procedencia o no de practicar la inmatriculación pretendida depende de que «el registrador conservase dudas sobre la existencia de una posible invasión del dominio público» y si conserva tales dudas, ha de expresarlas, detallarlas y motivarlas suficientemente en su nota de calificación negativa.

Como ya señaló la resolución de 10 de abril de 2019 «respecto de las alegaciones del recurrente relativas a la falta de suficiente motivación de la calificación impugnada, 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. En el presente caso, no hay en la nota de calificación recurrida motivación alguna sobre qué razones fácticas o jurídicas fundamentan tales dudas, más allá de reiterar que «se siguen manteniendo las dudas» acerca de si la finca invade o no dominio público.

Por otra parte, en cuanto a la cuestión de si la mera afectación de la finca para ser destinada a viales implica el carácter demanial de la misma, como ya se señaló en la resolución de este Centro Directivo de 5 de marzo de 2019, conforme a los artículos 9 y 199 de la Ley Hipotecaria debe evitarse la inscripción de una representación gráfica que coincida en todo o parte el dominio público, por lo que resulta procedente determinar si la mera afectación de la finca para ser destinada a viales implica el carácter demanial de la misma antes de producirse el acto formal de cesión y aceptación por la Administración cesionaria. Por todo ello, no puede mantenerse la calificación de la registradora, por no resultar que se haya materializado el acto formal de cesión a la Administración Pública —futura titular del bien demanial—, siendo además conveniente y necesario para la determinación de la parte de finca que haya de ser objeto de cesión.

Resolución de 18-9-2019
BOE 8-11-2019
Registro de la Propiedad de Vélez Málaga, número 3.

RECTIFICACIÓN DE CABIDA: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

La rectificación de cabida solo debe permitir la corrección de un dato mal reflejado en su término inicial al inmatricular la finca, por lo que la existencia de dudas que pudiera albergar el registrador de encontrarnos en cualquier otro caso — inmatriculaciones de parcelas colindantes o encubrimiento de otras operaciones como agrupaciones, agregaciones o segregaciones— pueden (y deben) generar una calificación negativa a la inscripción del exceso o defecto de cabida declarado.

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. 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 de la Ley Hipotecaria). 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 lo que se refiere a las dudas de identidad, en el presente caso el registrador fundamenta su nota de calificación en la circunstancia de haberse inmatriculado la finca con una determinada superficie (262 metros cuadrados) que resultaba del perímetro catastral de la parcela con referencia 002003300UF96G01AD. Por ello expresa no dudas, sino la certeza de que con la representación gráfica alternativa ahora aportada se altera la geometría de la finca registral inscrita.

Resolución de 8-9-2019
BOE 8-11-2019
Registro de la Propiedad de Ponferrada, número 1.

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: PROCEDIMIENTO SEGUIDO CONTRA LA HERENCIA YACENTE.

En el resto del mandamiento se hace referencia a la herencia yacente de don J. M. N. como deudora y receptora de la providencia de apremio y la diligencia de embargo y se especifica que la notificación de esta última es la herencia yacente del deudor don J. M. N., finalmente se ordena la anotación de embargo a favor del Ayuntamiento de Ponferrada de la cuota patrimonial a que tenga derecho la herencia yacente del deudor en la liquidación de la sociedad de gananciales, por lo que no se aprecia la confusión a que hace referencia la nota de calificación, ya que está determinada tanto la persona del deudor, como su fallecimiento. Tampoco se aprecia confusión en cuanto al fallecimiento del deudor con anterioridad al inicio del expediente de apremio, como se desprende de los datos consignados en la certificación.

Visto lo anterior, hay que señalar que el artículo 166 del Reglamento Hipotecario al regular los requisitos de extensión de las anotaciones de embargo seguidos contra herederos indeterminados o determinados del titular registral está aplicando el principio de tracto sucesivo si bien con la peculiaridad de que los bienes no constan aun inscritos a favor de los demandados. Corresponde al registrador, dentro de los límites de su función calificadora de los documentos administrativos, examinar, entre otros extremos, la observancia de los trámites esenciales del procedimiento seguido, a fin de comprobar el cumplimiento de las garantías que para los particulares están establecidas por las leyes y los reglamentos, con el exclusivo objeto, como tiene declarado este Centro Directivo, de que cualquier titular registral no pueda ser afectado si, en el procedimiento objeto de la resolución, no ha tenido la intervención prevista por la Ley, evitando que el titular registral sufra, en el mismo Registro, las consecuencias de una indefensión procesal.

Se pueden dar diferentes hipótesis: 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. 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.ª, párrafo segundo, del Reglamento Hipotecario). En definitiva,

deberá acreditarse su condición de herederos del titular registral. 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, o bien que se acredite en el mandamiento que se ha dado emplazamiento a alguno de los posibles llamados a la herencia, o bien que se ha procedido al nombramiento judicial de un administrador de la herencia yacente.

En el supuesto de este expediente el procedimiento de recaudación de las deudas pendientes se ha dirigido contra la herencia yacente del deudor en los términos antes relacionados y la providencia de apremio se notificó además de a la propia herencia yacente, a los herederos testamentarios, cuya aceptación no consta, y a los herederos desconocidos del deudor, por lo que se ha cumplido el requisito de emplazar a alguno de los posibles llamados a la herencia.

En cuanto a qué derechos son objeto de embargo y la fehaciente notificación del procedimiento a los cotitulares de las fincas, el embargo comprende la cuota global que a la herencia yacente de don J. M. N., le corresponda en la masa patrimonial de la sociedad conyugal que formaba el citado J. M. N con su esposa doña J. P. A., disuelta y pendiente de liquidación.

Ni en la fase en que la sociedad de gananciales está vigente, ni cuando ya está disuelta pero todavía no liquidada, corresponde a cada uno de los cónyuges, o a sus respectivos herederos, una cuota indivisa sobre cada bien ganancial, sino que el derecho de cada uno de ellos afecta indeterminadamente a los diferentes bienes incluidos en esa masa patrimonial, sin atribución de cuotas ni posibilidad de pedir la división material. Solo a través de la liquidación será posible atribuir a cada partícipe en dicha comunidad titularidades concretas sobre bienes determinados o sobre cuotas indivisas de los mismos.

Teniendo en cuenta esta premisa, esta Dirección General, (*vid.*, entre otras, la resolución de 5 de julio de 2013) ha aclarado las distintas opciones que, para garantizar el principio de responsabilidad patrimonial universal, existen a la hora de anotar un embargo sobre un bien ganancial en el periodo que media entre la disolución de la sociedad de gananciales y su liquidación, entre ellas está el embargo de la cuota global que a un cónyuge corresponde en esa masa patrimonial, embargo que, por aplicación analógica de los artículos 1067 del Código civil y 42.6 y 46 de la Ley Hipotecaria, puede practicarse en actuaciones judiciales seguidas solo contra el cónyuge deudor, y cuyo reflejo registral se realizará mediante su anotación «sobre los inmuebles o derechos que se especifique en el mandamiento judicial en la parte que corresponda al derecho del deudor» (cfr. art. 166.1.ª, *«in fine»,* del Reglamento Hipotecario).

Resolución de 19-9-2019
BOE 8-11-2019
Registro de la Propiedad de Almagro.

NOTA MARGINAL DE POSIBLE AFECTACIÓN POR UN FUTURO DESLINDE: HA DE CUMPLIRSE EL PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO.

Es preciso recordar que el registrador al llevar a cabo el ejercicio de su competencia de calificación de los documentos presentados a inscripción no está vinculado, por aplicación del principio de independencia en su ejercicio, por las calificaciones llevadas a cabo por otros registradores o por las pro-

pias resultantes de la anterior presentación de la misma documentación o de la anterior presentación de otros títulos, dado que debe prevalecer la mayor garantía de acierto en la aplicación del principio de legalidad por razones de seguridad jurídica.

En el presente recurso debe decidirse si puede accederse a la práctica de una nota marginal por la que la Consejería de Agricultura, Medio Ambiente y Desarrollo Rural de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha pretende que se haga constar en relación con una concreta finca registral, que colinda con una vía pecuaria clasificada que no está deslindada, y que en un futuro deslinde la posesión de la totalidad o parte de la finca podría ser atribuida a la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

Por lo que se refiere a la cuestión de fondo planteada, tal y como señaló esta Dirección General en las resoluciones de 15 de marzo y 12 de abril de 2016, la protección registral que la Ley otorga al dominio público no se limita exclusivamente al que ya consta inscrito, sino que también se hace extensiva al dominio público no inscrito, pero de cuya existencia tenga indicios suficientes el registrador y con el que pudiera llegar a colisionar alguna pretensión de inscripción. Por ello las Administraciones Públicas disponen en la actualidad de dos herramientas para conseguir la tutela y protección del dominio público a través del Registro de la Propiedad. En primer lugar, según se establece en la legislación sobre el patrimonio público, cumpliendo con la obligación impuesta a todas las Administraciones para que inscriban sus bienes, tanto los patrimoniales como los de dominio público, en el Registro de la Propiedad. Y, en segundo lugar, facilitando al Registro de la Propiedad la información gráfica de los bienes demaniales, para que el registrador pueda incorporarla a su aplicación informática de tratamiento de bases gráficas y así poder tenerla en cuenta en su función calificadora incluso en los casos en que dichos bienes no estén inscritos a nombre de la respectiva Administración Pública.

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 de la Ley Hipotecaria) y que este haya prestado su consentimiento o que, si se trata de procedimientos administrativos o judiciales, haya sido llamado adecuadamente a dichos procesos a efectos de que no se produzca su indefensión.

Resolución de 20-9-2019
BOE 13-11-2019
Registro de la Propiedad de Barcelona, número 6.

BENEFICIO DE EXONERACIÓN DEL PASIVO INSATISFECHO: EFECTOS RESPECTO DE LA HIPOTECA EN GARANTÍA DE DEUDA AJENA.

El beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho está regulado en el artículo 178 bis de la Ley Concursal como una solución de segunda oportunidad para las personas físicas, una vez concluido el concurso por liquidación o por insuficiencia de la masa activa.

Procede plantearse si el reconocimiento del citado beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho constituye una causa de extinción de las obligaciones o créditos a que dicho beneficio se extienda. Como premisa, ha de advertirse que, según señala la citada sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2019, «el artículo 178 bis LC es una norma de difícil comprensión, que requiere de una interpretación jurisprudencial para facilitar su correcta aplicación». Un sector doctrinal entiende que el beneficio de exoneración no produce una verdadera extinción de los créditos afectados, sino tan solo los hace inexigibles frente al deudor favorecido por esta medida. Naturalmente, para esta línea interpretativa, es plenamente coherente que el acreedor pueda seguir dirigiéndose frente a los fiadores o deudores solidarios. Esta norma sería aplicable a las dos modalidades de exoneración que recoge el precepto. Pero también existe otra postura doctrinal que sostiene que ha de diferenciarse entre los dos tipos de exoneración que recoge el 178 bis de la Ley Concursal, entendiendo que la exoneración definitiva que regula el apartado 3.4.º sí que extingue de manera absoluta la deuda, provocando por aplicación del artículo 1847 del Código civil la correspondiente extinción de la fianza.

No contiene la Ley Concursal referencia alguna a los efectos de este beneficio de exoneración respecto del hipotecante no deudor. Es cierto que, como muy bien se expone en el escrito de recurso, hay importantes diferencias entre los fiadores y los hipotecantes no deudores. Ello, no obstante, debe tenerse en cuenta que también existen importantes puntos en común, dado que ambos son garantes de una deuda ajena, el fiador con toda su responsabilidad patrimonial universal, y el hipotecante no deudor con la afección del bien hipotecado. Tanto en el caso de la fianza como en el de la hipoteca en garantía de deuda ajena, la extinción de la obligación principal produce la extinción de la respectiva garantía accesoria. Sin embargo, otro tipo de vicisitudes que pueden concurrir en el deudor no tienen necesariamente que excluir la posibilidad de que el acreedor se dirija frente a los garantes.

La cancelación de una hipoteca está sometida a la regla general establecida por el párrafo primero del artículo 82 de la Ley Hipotecaria. De acuerdo con esta norma, aunque la obligación asegurada por la hipoteca se haya extinguido, la cancelación de la inscripción requiere que el acreedor titular registral de la garantía otorgue la oportuna escritura pública o que, tras la tramitación de un procedimiento judicial en el que dicho acreedor haya sido parte, se dicte sentencia firme que ordene la cancelación.

El recurso ha de ser desestimado. En primer término, porque falta en los señalados autos un pronunciamiento expreso en relación con el alcance que la exoneración que favorece al deudor ha de tener respecto a la hipotecante no deudora.

Resolución de 20-9-2019
BOE 13-11-2019
Registro de la Propiedad de San Sebastián de la Gomera.

EXPEDIENTE DE DOMINIO JUDICIAL PARA LA REANUDACIÓN DE TRACTO SUCESIVO: REQUISITOS.

Es principio básico de nuestro sistema registral que todo título que pretenda su acceso al Registro ha de venir otorgado por el titular registral o en procedimien-

to seguido contra él (cfr. arts. 20 y 40 de la Ley Hipotecaria), alternativa esta última que no hace sino desenvolver en el ámbito registral el principio constitucional de salvaguardia jurisdiccional de los derechos e interdicción de la indefensión (cfr. art. 24 de la Constitución Española) y el propio principio registral de salvaguardia judicial de los asientos registrales (cfr. art. 1 de la Ley Hipotecaria).

El expediente de reanudación suple la falta de título formal pero no de la falta de título material justificativo de la transmisión, de ahí la necesaria especificación de las distintas transmisiones y la citación a los interesados o sus causahabientes.

En el supuesto de hecho de este expediente tan solo se invoca como título el mismo de la compraventa que sirvió para inscribir la mitad indivisa a favor del promovente —y que motivó la denegación de la mitad indivisa que ahora se pretende reanudar—, por lo que conceptualmente, si no se complementa con la justificación de las transmisiones entre el titular registral y los que intervinieron en la venta, no es título material suficiente para amparar la declaración de reanudación de tracto sucesivo. Debe recordarse además que para que se pueda acudir al expediente de reanudación de tracto sucesivo interrumpido es preciso que se haya producido una ruptura en el tracto registral de la finca y no cuando haya adquirido el promotor del expediente directamente del titular registral o de sus herederos o legatarios.

Resolución de 20-9-2019
BOE 13-11-2019
Registro de la Propiedad de Molina de Segura, número 1.

ASIENTO DE PRESENTACIÓN: CAUSAS DE DENEGACIÓN.

Este Centro Directivo ha entendido (cfr. resoluciones citadas en los «Vistos») que la negativa a la práctica del asiento de presentación es una calificación más y, como tal decisión, puede ser impugnada mediante el 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.

El registrador ha de analizar cada documento, con el objeto de decidir si procede o no su efectiva presentación al Diario. Pero la calificación que a estos efectos realiza el registrador es distinta de la que debe llevar a cabo con los documentos ya presentados para determinar si son o no susceptibles de inscripción o anotación. Consecuentemente, en este momento inicial el registrador debe limitarse exclusivamente a comprobar que concurren los requisitos que nuestro ordenamiento establece para que un documento pueda acceder al Libro Diario.

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 indudablemente de imposible acceso al Registro. Este es el criterio que ha de presidir la interpretación del referido precepto reglamentario, lo que concuerda también con el apartado 3 del mismo artículo 420, que prohíbe extender asiento de presentación de «los demás documentos que por su naturaleza, contenido o finalidad no puedan provocar operación registral alguna». 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.

Por ello, la negativa del registrador de la propiedad a practicar el asiento de presentación del documento presentado está plenamente justificada ya que ninguna disposición legal atribuye eficacia registral al documento privado que pretende dejar sin efecto un asiento que se encuentra bajo la salvaguardia de los tribunales (cfr. art. 420.1 Reglamento Hipotecario).

Resolución de 20-9-2019
BOE 13-11-2019
Registro de la Propiedad de Lepe.

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE HIPOTECA: NECESIDAD DE LA PREVIA INSCRIPCIÓN DEL PACTO QUE LO PERMITA.

Nuestro Tribunal Supremo, ya desde su sentencia de 4 de mayo de 1998, seguida por otras varias, como las de 30 enero y 20 de abril de 1999, 13 de diciembre de 2005, 10 de octubre de 2007 y 14 de julio de 2008, había declarado la inconstitucionalidad sobrevenida de la disposición contenida en el artículo 129.2 de la Ley Hipotecaria, vigente con anterioridad a la promulgación de la Constitución de 1978, que acarrea la ineficacia de las normas reglamentarias de desarrollo contenidas en varios artículos del Reglamento Hipotecario.

Pues bien, bajo esa doctrina jurisprudencial consolidada en sentencias del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1998, seguida por otras posteriores citadas, que consideraba derogado, por inconstitucional, el procedimiento de ejecución hipotecaria extrajudicial, el registrador que inscribió en septiembre de 1999 la hipoteca que ahora nos ocupa denegó expresamente la inscripción del pacto sobre ejecución extrajudicial. Y la falta de inscripción de tal pacto se hizo constar claramente en la nota de despacho de la hipoteca y resultaba también con claridad de la certificación literal que se expidió a petición del notario que fue requerido para iniciar el procedimiento. Ello implica, dado el principio de inscripción constitutiva de la hipoteca, formulado, entre otros, en el artículo 1875 del Código civil, que dicho procedimiento de ejecución hipotecaria extrajudicial no podría en modo alguno ser utilizado, pues además de que su regulación se consideraba derogada por inconstitucional como acabamos de ver, el pacto que lo contemplaba no había sido objeto de inscripción.

Pues bien, en el presente caso, resulta que el procedimiento de ejecución hipotecaria extrajudicial se inició aportando al notario la escritura de constitución de la hipoteca con nota de no haberse inscrito, sino denegado, el pacto relativo a dicho procedimiento, por lo que no se cumplían los requisitos siquiera para que el notario solicitara la certificación registral para iniciar el procedimiento. Aun así, tras solicitar y obtener certificación literal, de la misma vuelve a resultar con claridad que tal pacto no consta inscrito. Ciertamente, lo más correcto hubiera sido que el registrador hubiera denegado la expedición (y la práctica de la consiguiente nota marginal) de la certificación específicamente solicitada para iniciar un procedimiento de ejecución extrajudicial. En consecuencia, todo el procedimiento extrajudicial tramitado estaba viciado de origen, y no podía producir ningún efecto, ni entre partes, ni menos aún, frente a terceros.

Tampoco cabe estimar el argumento de la recurrente relativo a la doctrina de los actos propios. Pero, sobre todo, porque como es doctrina constante y reiterada de este Centro Directivo, la primacía del principio de legalidad impone

que ningún registrador puede quedar vinculado por actos u omisiones propios, y menos aún, de otros registradores distintos.

Igual suerte desfavorable ha de correr el recurso en cuanto al segundo de los defectos, que se refería a la falta de aportación de la carta de pago del impuesto.

Resolución de 20-9-2019
BOE 13-11-2019
Registro de la Propiedad de Terrassa, número 2.

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: PROCEDIMIENTO DIRIGIDO CONTRA PERSONA DISTINTA DEL TITULAR REGISTRAL.

Es doctrina reiterada de este Centro Directivo que entre los principios de nuestro Derecho hipotecario es básico 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 de la Ley Hipotecaria). En efecto, las exigencias del principio de tracto sucesivo han de confirmar la denegación de la nota recurrida, toda vez que el procedimiento del que dimana el mandamiento calificado no aparece entablado contra el titular registral, sin que pueda alegarse en contra, la limitación del ámbito calificador respecto de los mandamientos judiciales.

Resolución de 23-9-2019
BOE 13-11-2019
Registro de la Propiedad de Villacarrillo.

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: HERENCIA YACENTE. INSCRIPCIÓN DE RESOLUCIONES JUDICIALES: REQUISITO DE LA FIRMEZA.

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 de la Ley Hipotecaria), alternativa esta última que no hace sino desenvolver en el ámbito registral el principio constitucional de salvaguardia jurisdiccional de los derechos e interdicción de la indefensión (cfr. art. 24 de la Constitución Española) y el propio principio registral de salvaguardia judicial de los asientos registrales (cfr. art. 1 de la Ley Hipotecaria).

En los casos en que interviene la herencia yacente, la doctrina de este Centro Directivo, impone que toda actuación que pretenda tener reflejo registral deba articularse bien mediante el nombramiento de un administrador judicial, en los términos previstos en los artículos 790 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, bien mediante la intervención en el procedimiento de alguno de los interesados en dicha herencia yacente (resoluciones de 27 de mayo y 12 de julio de 2013, 8 de mayo de 2014, 5 de marzo de 2015 y demás citadas en los «Vistos»). Esta doctrina se ha matizado en los últimos pronunciamientos en el sentido de considerar que la exigencia del nombramiento del defensor judicial debe limitarse a los casos en que el llamamiento a los herederos desconocidos sea puramente genérico y no haya ningún interesado en la herencia que se haya

personado en el procedimiento considerando el juez suficiente la legitimación pasiva de la herencia yacente.

Por otro lado las peculiaridades derivadas de la presentación de una demanda contra una herencia yacente no impiden la necesidad de procurar la localización de quien pueda ostentar su representación en juicio como paso previo a una posterior declaración en rebeldía.

En el supuesto de este expediente, consta en la diligencia citada que en fecha 20 de mayo de 2014 se aportó certificado del Registro General de Actos de Última Voluntad de don M. A. M. M. y certificado de defunción, y al día siguiente se declaró la sucesión procesal de este por su herencia yacente, se acordó la notificación de dicha resolución por edictos a los sucesores de la parte demandada. No consta por lo tanto que se haya personado en el procedimiento interesado alguno en la herencia yacente del deudor.

Igual destino desestimatorio corresponde al segundo motivo pues debe constar que el decreto que fundamenta la adjudicación sea firme. Las resoluciones judiciales cuya ejecución tengan lugar mediante inscripciones registrales firmes y definitivas, no mediante asientos provisionales como los de anotaciones preventivas, deben ser resoluciones que hayan ganado firmeza. Como señaló la resolución de este Centro Directivo de 29 de noviembre de 2018, el mismo razonamiento cabe predicar de las resoluciones de los letrados de la Administración de Justicia en relación a aquellas resoluciones que, como las sentencias judiciales, ponen fin a un procedimiento cuyo efecto es una mutación jurídico real susceptible de modificar el contenido del Registro de la Propiedad (*vid.* arts. 206, 208 y 213 bis en relación con el art. 787.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Resolución 25-9-2019
BOE 13-11-2019
Registro de la Propiedad de Santiago de Compostela, número 1.

ELEVACIÓN A PÚBLICO DE DOCUMENTO PRIVADO: INTRODUCCIÓN DE MODIFICACIONES.

La cuestión que se debate en este expediente es la de si los otorgantes en la elevación a público pueden aclarar o modificar alguna de las circunstancias que constan en el documento privado que se eleva a público. En otro caso, el documento no accedería al Registro por su falta de trascendencia real.

Ciertamente del contenido de la escritura de elevación a público resulta de forma clara la voluntad de las partes de que se perfeccione y consume una compraventa de la vivienda y anexos objeto de la misma. Como alega el recurrente, son numerosos los apartados del texto notarial en los que se habla de vendedora y comprador, así como de parte transmitente y adquirente, por lo que no es preciso siquiera acudir a una interpretación de la intención de las partes. Por lo tanto, aun cuando se haya titulado el documento privado de «arras o señal», es con el asesoramiento e intervención del notario en la autorización del otorgamiento, cuando las partes contratantes, en la elevación a público, han plasmado su auténtica voluntad de que negocio que se realiza es el de una compraventa con todos sus efectos obligacionales y reales. En consecuencia, siendo que ambos contratantes lo subsanan, y probada la verdadera causa del contrato —de compraventa—, es inscribible la elevación a público del contrato en los términos en que está redactada la escritura.

Resolución de 25-9-2019
BOE 13-11-2019
Registro de la Propiedad de Valencia, número 10.

HERENCIA: DISPOSICIÓN TESTAMENTARIA EN FAVOR DEL CÓNYUGE QUE YA NO LO ES AL ABRIRSE LA HERENCIA.

La revocación de los testamentos abiertos, en Derecho común, no puede tener lugar, sino a través del otorgamiento de un nuevo testamento válido. No se produce la revocación de los testamentos mediante actos o negocios jurídicos que no adopten las formas testamentarias, ni en virtud de causas no previstas legalmente (cfr. arts. 738, 739 y 743 CC). Debe resaltarse, a este respecto, que no está previsto como efecto de la separación o divorcio de los cónyuges —o de la nulidad del matrimonio— la revocación o ineficacia, «ministerio legis», de las disposiciones testamentarias efectuadas por uno de ellos en favor del otro. Por otra parte, en el presente caso no puede apreciarse que en la institución hereditaria debatida concurra una causa falsa —en el sentido de erróneo motivo de la disposición que determine su ineficacia—, conforme al artículo 767 del Código civil.

Este Centro Directivo no puede desconocer el criterio del Tribunal Supremo en la sentencia número 539/2018, de 28 de septiembre de 2018, citada por la recurrente, y en la sentencia número 531/2018, de 26 de septiembre. Pero respecto del ámbito notarial y registral cabe recordar que la privación de eficacia del contenido patrimonial de un determinado testamento exige, a falta de conformidad de todos los afectados, una previa declaración judicial que, tras un procedimiento contencioso instado por quien esté legitimado para ello, provoque su pérdida de eficacia (total o parcial). Por ello, debe concluirse que en el caso que es objeto de este recurso no podrá prescindirse, sin la pertinente declaración judicial de ineficacia, del testamento del que deriva la condición de heredera de la excónyuge del causante.

Resolución de 25-9-2019
BOE 13-11-2019
Registro de la Propiedad de Palma de Mallorca, número 8.

USUFRUCTO: NO ES ESENCIAL EL CARÁCTER VITALICIO. PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD: REQUISITOS PARA LA INSCRIPCIÓN.

Debe recordarse la reiterada doctrina de esta Dirección General según la cual, 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 de la Ley Hipotecaria y 7 del Reglamento Hipotecario), sino también la alteración del contenido típico de los derechos reales legalmente previstos (cfr. arts. 392, 467, 470, 523, 594 y 1648.2.º CC) y, por ejemplo, sujetarlos a condición, término o modo (cfr. arts. 11, 23 y 37 de la Ley Hipotecaria). Pero el ejercicio de esta libertad tiene que ajustarse a determinados límites y respetar las normas estructurales (normas imperativas) del estatuto jurídico de los bienes.

Es cierto que, como afirma el registrador en su calificación, según el artículo 513.1.º del Código civil, el usufructo se extingue por fallecimiento del usufructuario. Pero este carácter vitalicio del usufructo no es esencial al mismo. Así lo ha admitido el Tribunal Supremo que, en sentencia de 2 de junio de 1952 afirmó que «como enseña la jurisprudencia de esta Sala, el usufructo es un derecho eminentemente personal, extinguible por la muerte del usufructuario a no ser que por excepción que permite el artículo 469 del citado Cuerpo Legal el título constitutivo autorice su transmisión a ulteriores personas».

La redacción de los títulos que pretendan acceder al Registro es presupuesto de su fiel reflejo registral, con los importantes efectos que de la inscripción se derivan, entre ellos la presunción de existencia y pertenencia de los derechos reales inscritos «en la forma determinada por el asiento respectivo» (art. 38 de la Ley Hipotecaria). Como ha expresado el Tribunal Supremo en su sentencia de 27 de mayo de 2009, la eficacia del principio de especialidad resulta determinante en todo el ámbito de los derechos reales para el conocimiento de los terceros. Esta exigencia aumenta en relación con los derechos atípicos que se puedan constituir al amparo del principio de la autonomía de la voluntad. Se hace «imprescindible la determinación del concreto contenido y extensión de las facultades que integran el derecho que pretende su acceso al Registro», pues esta determinación, esencial para lograr el amparo registral.

De lo pactado en la escritura calificada resulta que tal como ha sido configurado el derecho de usufructo reservado por el constituyente con esa facultad de disponer del mismo «*mortis causa*» se respetan los límites estructurales de todo derecho real. Y con su reflejo registral la inmediatividad, absolutividad, reipersecutoriedad, preferencia y exclusión propias de los derechos reales quedan aseguradas, conforme a lo establecido en el artículo 2.2.º de la Ley Hipotecaria y en el artículo 7 del Reglamento Hipotecario, en tanto en cuanto cualquiera que sea el propietario poseedor de las fincas referidas podrá el donante no solo ejercitar el usufructo sino también el «ius disponendi» sobre el mismo en su testamento.

Resolución de 25-9-2019
BOE 13-11-2019
Registro de la Propiedad de Navalcarnero, número 2.

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE HIPOTECA: FORMA DE LAS NOTIFICACIONES.

Como ya señaló esta Dirección General en la resolución de 26 de julio de 2018, la realización del valor del bien hipotecado para su conversión en dinero está sujeta a un procedimiento tasado cuyos trámites tienen como finalidad equilibrar los distintos intereses en juego: los propios del acreedor, pero también los del deudor incumplidor, los del propietario de la cosa hipotecada y aquellos de los eventuales terceros que acrediten derechos sobre el bien. Junto al ejercicio en el ámbito judicial del «ius distrahendi», nuestro ordenamiento contempla la posibilidad de su ejercicio extrajudicial. Se trata de un procedimiento que, si bien es pactado en su origen, una vez estipulado ha de realizarse con arreglo a los trámites establecidos en la legislación hipotecaria.

Debe tenerse en cuenta el artículo 72 de la Ley del Notariado que dispone: «las subastas que se hicieren ante notario en cumplimiento de una disposición legal se regirán por las normas que respectivamente las establezcan y, en su

defecto, por las del presente capítulo». A este respecto debe también destacarse que el actual artículo 129 de la Ley Hipotecaria en su apartado 2, que señala los requisitos y formalidades de la venta extrajudicial, ha sido objeto de modificaciones posteriores a la citada Ley de la Jurisdicción Voluntaria.

Al igual que ocurre con las transmisiones voluntarias de inmuebles en la transmisión derivada de la venta extrajudicial el ordenamiento toma precauciones para que la transmisión obedezca a una justa causa que salvaguarde los derechos de los interesados exigiendo un conjunto de formalidades cuya cumplimentación se exige al notario. De este modo la presunción de exactitud y veracidad que emana de la inscripción de dominio a favor del titular registral de la finca hipotecada y que está bajo la salvaguardia de los tribunales solo puede destruirse procediendo a la inscripción a favor de un nuevo titular si el negocio de venta extrajudicial reúne todos los requisitos para provocar la transmisión del dominio derivada del ejercicio del «ius vendendi» por persona distinta del titular registral.

Por tanto, como resulta del citado artículo 236-l del Reglamento Hipotecario, y ha subrayado la doctrina de este Centro Directivo (cfr. resolución de 28 de noviembre de 2012) —circunscribiéndonos ahora a lo que interesa en este expediente—, entre los trámites que tienen la consideración de esenciales en los citados procedimientos se encuentra el de las notificaciones a los titulares de derechos inscritos con posterioridad a la hipoteca (art. 236-d). Dicha notificación, lógicamente, debe ser previa a la celebración de la subasta a fin de que los interesados dispongan de un plazo razonable para su intervención, así resulta de lo dispuesto en el artículo 236-f.1 que señala un plazo de treinta días. Distinto de lo anterior es lo referente a la antelación del anuncio de la subasta respecto al día en que se haya de celebrar a que hace referencia el articulo 236-f.2, que debe entenderse en este caso inaplicable puesto que la fecha de la subasta viene fijada por el Portal de Subastas del «Boletín Oficial del Estado», prevaleciendo la regulación de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La sanción de nulidad de actuaciones la ha confirmado el Tribunal Constitucional (sentencias de 20 de septiembre de 1993, 28 de octubre de 2002, 21 de enero de 2008, 17 de marzo de 2010 y 7 de mayo de 2012, entre otras muchas) en supuestos de lesión al derecho de defensa consagrado en el artículo 24.1 de la Constitución Española, no ya en el caso extremo de la ausencia total de las notificaciones, sino incluso en supuestos en que, existiendo la notificación, se producen infracciones a las reglas relativas al lugar o al destinatario. Con mayor motivo deberá aplicarse dicha sanción de nulidad cuando la preceptiva notificación se haya omitido durante la tramitación del procedimiento «*totum et totaliter*».

Por último, en cuanto a la forma en que deben hacerse dichas notificaciones y cuando se entienden como efectivamente realizadas, de la regulación transcrita resulta que las notificaciones se harán en la forma prevenida por la legislación notarial. Como ya expuso este Centro Directivo en la resolución de 17 de enero de 2013, la notificación a practicar es una auténtica notificación notarial, esto es, elaborada, realizada y controlada por el notario de modo que la fe pública que resulta de su ministerio cubra los distintos aspectos de la misma. También resulta que la notificación puede llevarse a cabo por medio de entrega personal de cédula o por correo certificado con acuse de recibo. Esta Dirección General ha declarado en resoluciones de 30 de enero y 5 de marzo de 2012, en consonancia con la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional (sentencias de 2 de julio de 2007 y 20 de abril de 2009), que las notificaciones, si son llevadas a cabo por

medio de correo certificado con acuse de recibo y de las mismas no resulta su cumplimentación, no pueden entenderse como realizadas siendo preciso que se acuda al sistema de notificación personal previsto en el propio precepto del Reglamento Notarial.

Resolución de 26-9-2019
BOE 13-11-2019
Registro de la Propiedad de Dos Hermanas, número 2.

RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO: REQUISITOS. RECTIFICACIÓN DE CABIDA: PROCEDIMIENTOS.

Cuando la calificación del registrador sea desfavorable es exigible, según los principios básicos de todo procedimiento y conforme 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. Del análisis de la nota de calificación de este expediente se deduce lo siguiente: se señalan las dudas que a juicio del registrador impiden la inscripción de la rectificación descriptiva, y los fundamentos en los que se apoya para justificarlas —que podrán o no ser acertados—. En consecuencia, es evidente que la calificación está suficientemente motivada.

Existe inexactitud cuando concurre cualquier discordancia entre el Registro y la realidad extrarregistral (cfr. art. 39 de la Ley Hipotecaria), y existe error cuando, al trasladar al Registro cualquier dato que se encuentre en el título inscribible o en los documentos complementarios se incurre en una discordancia. A su vez, los errores pueden ser materiales y de concepto: son materiales cuando se ponen unas palabras por otras, pero no se altera el verdadero sentido de una inscripción ni de sus componentes básicos. En caso contrario el error es de concepto. La rectificación de los asientos exige, bien el consentimiento del titular registral y de todos aquellos a los que el asiento atribuya algún derecho —lógicamente siempre que se trate de materia no sustraída al ámbito de autonomía de la voluntad—, bien la oportuna resolución judicial recaída en juicio declarativo entablado contra todos aquellos a quienes el asiento que se trate de rectificar conceda algún derecho. La rectificación registral se practica conforme indica el artículo 40 de la Ley Hipotecaria.

Como ya señaló esta Dirección General en las resoluciones de 10 de octubre de 2014 y 30 de marzo de 2015, si se pretende una modificación de los títulos previos se exige la necesaria intervención y acuerdo de todos los otorgantes de dichos títulos, ratificando el error padecido o en su defecto, la correspondiente sentencia judicial firme que las supla con todas las garantías legales. Esta rectificación del título previo no puede ser suplida por un «juicio de notoriedad abreviado» que realiza el notario autorizante en la propia escritura acerca de cuál debió ser la superficie que en dicho título previo debió consignarse.

Sentado lo anterior, la rectificación descriptiva pretendida solo puede alcanzarse por alguno de los medios previstos a tal efecto por la legislación hipotecaria. — Los que solo persiguen y solo permiten inscribir una rectificación de la superficie contenida en la descripción literaria, pero sin simultánea inscripción de la representación gráfica de la finca, como ocurre con los supuestos regulados

en el artículo 201.3, letra a), y letra b) de la Ley Hipotecaria, que están limitados, cuantitativamente, a rectificaciones de superficie que no excedan del 10 % o del 5%, respectivamente, de la cabida inscrita, y que no están dotados de ninguna tramitación previa con posible intervención de colindantes y terceros, sino solo de notificación registral tras la inscripción «a los titulares registrales de las fincas colindantes». — El supuesto que persigue y permite inscribir rectificaciones superficiales no superiores al 10% de la cabida inscrita, pero con simultánea inscripción de la representación geográfica de la finca. Este concreto supuesto está regulado, con carácter general, en el artículo 9, letra b), de la Ley Hipotecaria. — Y, finalmente, los que persiguen y potencialmente permiten inscribir rectificaciones descriptivas de cualquier naturaleza (tanto de superficie como linderos, incluso linderos fijos), de cualquier magnitud (tanto diferencias inferiores como superiores al 10% de la superficie previamente inscrita) y además obtener la inscripción de la representación geográfica de la finca y la lista de coordenadas de sus vértices —pues no en vano, como señala el artículo 199, es la delimitación georreferenciada de la finca la que determina y acredita su superficie y linderos, y no a la inversa—. Así ocurre con el procedimiento regulado en el artículo 199 y con el regulado en el artículo 201.1, que a su vez remite al artículo 203, de la Ley Hipotecaria.

Según el criterio del apartado segundo, letra a, de la Resolución-Circular de esta Dirección General 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 que además en la escriturase hace expresa referencia a la coordinación gráfica prevista en el artículo 9 de la Ley Hipotecaria. En todo caso, para la inscripción de la representación gráfica, 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. Asimismo, debe recordarse que esta Dirección General ha señalado en resoluciones de 8 de junio y 3 de octubre de 2016 que estas dudas en la identidad de la finca pueden ser manifestadas por el registrador al comienzo del procedimiento, evitando dilaciones y trámites innecesarios.

En el presente caso las dudas del registrador manifestadas en la nota de calificación se basan en la circunstancia de proceder la finca por segregación simultáneamente junto con otras 71 fincas más, todas las cuales tienen configurado como «anejo» una participación indivisa en otra finca destinada a viales, lo que a su juicio revela que nos encontramos ante una finca resultante de un proceso parcelatorio por parte de la administración. Por todos los motivos que anteceden, el recurso no puede estimarse en cuanto a la rectificación superficial pretendida.

Por último procede analizar la solicitud de inscripción de la ampliación de obra nueva cuando hay un exceso de cabida declarado, y este, en virtud de lo expuesto no puede ser registrado. Ciertamente, aunque no se produzca en el Registro tal inscripción, ello no impediría que se practicaran las demás operaciones registrales que se pretenden respecto de la finca a que se refiere la calificación impugnada siempre que la superficie de suelo ocupada por la obra cupiera en la finca inscrita.

Resolución de 26-9-2019
BOE 13-11-2019
Registro de la Propiedad de Cuenca.

CONCESIÓN MINERA: REQUISITOS PARA LA INSCRIPCIÓN DE SU TRANSMISIÓN.

Siendo las concesiones sobre recursos mineros derechos reales de naturaleza inmueble, su transmisión exige la concurrencia de alguna de las causas o títulos traslativos previstos para los mismos en el ordenamiento jurídico (art. 609 CC). Del mismo modo, la legislación especial de Minas (Ley 22/1973, de 21 de julio), por lo que se refiere a los derechos concesionales sobre recursos de las denominadas Secciones C y D (arts. 97 y 98 de su ley especial y, en cuanto a estos últimos, artículo 1.3 de la Ley 54/1980, de 5 de noviembre), remite a la regulación general en materia de transmisión «*inter vivos*» o «*mortis causa*».

A su vez, el artículo 95 de la Ley de Minas, al que se remite el antes transcrito del mismo cuerpo legal, al regular el procedimiento de transmisión impone la exigencia de la previa obtención de la autorización administrativa que concederá «la (…) Dirección General de Minas (…) una vez comprobada la personalidad legal suficiente del adquirente y su solvencia técnica y económica y la viabilidad del programa de financiación, inscribiendo el cambio de dominio cuando se presente formalizada la correspondiente escritura pública y se acredite el pago del impuesto procedente», previsión legal vigente tanto a la fecha del otorgamiento inicial de la concesión ahora transmitida (que tuvo lugar mediante resolución administrativa de 8 de julio de 1993) como a la fecha de la documentación de la transmisión de tales derechos objeto de este expediente. No subsiste, sin embargo, la regulación restrictiva que en cuanto a las condiciones de los cesionarios o adquirentes de los derechos concesionales mineros se preveía en el título VIII de la Ley de Minas en su redacción originaria.

Ahora bien, la aludida intervención administrativa fiscalizadora y autorizatoria previa, si bien carece de efectos civiles al no enervar ni impedir la validez civil del título traslativo, sin embargo dicha ausencia de efectos civiles sustantivos debe entenderse sin perjuicio de la limitación que comporta la inexistencia o denegación de la autorización previa en el régimen de la eficacia de la transmisión, no solo en el plano administrativo, sino también en el registral, pues la previa acreditación de la reiterada autorización administrativa esté configurada legal y reglamentariamente como un requisito de inscribibilidad en el Registro de la Propiedad del acto de transmisión de la concesión minera. En efecto, en caso de que los derechos concesionales de minas consten inscritos en el Registro de la Propiedad (art. 1 de la Ley Hipotecaria), puede inscribirse la transferencia de su titularidad o un gravamen, con los requisitos previstos en la Ley Hipotecaria y en la regulación especial minera, entre las que hay una recíproca remisión complementaria.

En el caso objeto del presente expediente no solo no se acredita la previa obtención de la preceptiva autorización administrativa, sino que por el contrario lo que se acredita es su expresa denegación por la resolución del director general de Industria, Energía y Minería de la Junta de Castilla-La Mancha de 11 de marzo de 2019.

Resolución de 27-9-2019
BOE 13-11-2019
Registro de la Propiedad de Bilbao, número 6.

RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO.

Es doctrina reiterada de esta Dirección General que solo cabe interponer recurso ante este Centro Directivo cuando el registrador califica negativamente el título, sea total o parcialmente. Según la reiterada doctrina de esta Dirección General, basada en el contenido del artículo 326 de la Ley Hipotecaria y en la doctrina de nuestro Tribunal Supremo, sentencia de 22 de mayo de 2000 (*vid.*, por todas, la resolución de 18 de abril de 2018), el objeto del expediente de recurso contra calificaciones de registradores de la propiedad es exclusivamente la determinación de si la calificación es o no ajustada a Derecho. No tiene en consecuencia por objeto cualquier otra pretensión de la parte recurrente, cuestiones todas ellas extrañas al recurso contra la calificación registral. Una vez practicado un asiento, el mismo se encuentra bajo la salvaguardia de los tribunales, produciendo todos sus efectos en tanto no se declare su inexactitud, bien por la parte interesada, bien por los tribunales de Justicia de acuerdo con los procedimientos legalmente establecidos (arts. 1, 38, 40 y 82 de la Ley Hipotecaria).

Tampoco procede practicar nota marginal de doble inmatriculación. La registradora ha argumentado las razones justificadas por las que entiende que no existe doble inmatriculación, por lo que en caso de discrepancia es igualmente competente el cauce judicial, con pleno trámite procesal probatorio y con intervención de todos los afectados (arts. 20 y 209 de la Ley Hipotecaria).

Resolución de 27-9-2019
BOE 13-11-2019
Registro de la Propiedad de Manilva.

PARCELACIÓN URBANÍSTICA: CONCEPTO Y ACTOS ASIMILADOS.

Procede, en primer lugar, afirmar la competencia de las normas estatales en materia de determinación de los requisitos necesarios para la documentación pública e inscripción registral de las declaraciones de obras nuevas y de obras antiguas, sin perjuicio de la remisión a autorizaciones o licencias que establezca la normativa autonómica o a la prescripción, o no, de la infracción urbanística según dicha normativa.

Una parcelación urbanística es un proceso dinámico que se manifiesta mediante hechos externos y objetivos fácilmente constatables. De modo que la simple transmisión de una cuota indivisa de propiedad, sin que en el título traslativo se consigne derecho alguno de uso exclusivo actual o futuro sobre parte determinada de la finca, constituiría, en principio, un acto neutro desde el punto de vista urbanístico y amparado por un principio general de libertad de contratación; solo si hechos posteriores pudieran poner de relieve la existencia de una parcelación física cabría enjuiciar negativamente la utilización abusiva o torticera de aquella libertad contractual. También ha señalado que la ausencia de asignación formal y expresa de uso individualizado de una parte del inmueble no es por sí sola suficiente para excluir la formación de nuevos asentamientos y, por tanto, la calificación de parcelación urbanística. Ni siquiera excluye esta posibilidad la manifestación contraria al hecho o voluntad de que se produzca aquella asignación.

Ha de ser la propia legislación urbanística que resulte aplicable la que debe establecer qué actos están sometidos a licencia, declaración de innecesariedad, u otro título administrativo habilitante y qué actos pueden estimarse como reveladores de una posible parcelación urbanística ilegal, o ser asimilados a esta, así como determinar qué otros actos de uso del suelo o de las edificaciones quedan sujetas a la intervención y control municipal que el otorgamiento de la licencia comporta, determinación que constituye un presupuesto previo o «prius» respecto de su exigencia en sede registral. De manera que la exigencia de licencia, declaración de innecesariedad u otro tipo de título administrativo habilitante, para inscribir las operaciones a que se refieren los artículos 53 y 78 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, no puede considerarse absoluta o genérica, pues dependerá de la normativa sustantiva a que esté sujeto el concreto acto jurídico.

De la doctrina expuesta puede concluirse que, a la hora de analizar el tratamiento de actos o negocios jurídicos que, sin constituir formalmente división o segregación, pueden presentar indicios de parcelación urbanística o formación de núcleo poblacional al margen del planeamiento, este Centro Directivo ha entendido que dichos actos se someterán al previo requisito registral de acreditación de licencia o declaración de innecesariedad —artículo 78 del Real Decreto 1093/1997, en relación al artículo 26 de la Ley de Suelo— cuando la legislación sustantiva aplicable equipare expresamente el acto en cuestión a la parcelación en sentido estricto sometida a dichos títulos administrativos; mas, en otro caso, el tratamiento del mismo desde el punto de vista registral debe articularse a través del procedimiento previsto en el artículo 79 del citado Real Decreto de 4 de julio de 1997, siempre y cuando el registrador de forma motivada en su nota de calificación exponga los indicios que, de acuerdo también con la normativa aplicable, puedan justificar la aplicación de tal precepto.

En el presente caso la calificación, atendiendo a la doctrina de este Centro Directivo ampliamente reseñada «*supra*», aporta otros elementos objetivos de los que puede inferirse el posible peligro de creación de un núcleo de población o parcelación urbanística. Circunstancias que en su conjunto constituyen elementos indiciarios suficientes para motivar dudas fundadas sobre el peligro de creación de un núcleo de población o parcelación urbanística, en los términos señalados por la legislación o la ordenación urbanística aplicable, y con ello exigir la oportuna intervención administrativa a través de la expedición de la correspondiente licencia o certificación de innecesariedad o, en su defecto, a través de los trámites procedimentales que prevé el citado artículo 79 de las normas complementarias al Reglamento Hipotecario en materia de inscripción de actos urbanísticos, como medidas preventivas de carácter registral tendentes a evitar la formación y consolidación de parcelaciones al margen de la ordenación urbanística aplicable, tal y como se indica en la calificación impugnada que, en consecuencia, siendo conforme a la legislación y doctrina de este Centro Directivo ampliamente reseñada más arriba, ha de ser confirmada.

Resolución de 27-9-2019
BOE 13-11-2019
Registro de la Propiedad de Zafra.

PROCEDIMIENTO DE APREMIO ADMINISTRATIVO POR DEUDAS A LA HACIENDA PÚBLICA: NUEVO RÉGIMEN DE ADJUDICACIÓN TRAS EL RD 1071/2017.

Hay que recordar la reiterada doctrina de este Centro Directivo conforme a la cual el registrador al llevar a cabo el ejercicio de su competencia de calificación

de los documentos presentados a inscripción no está vinculado, por aplicación del principio de independencia en su ejercicio, por las calificaciones llevadas a cabo por otros registradores o por las propias resultantes de la anterior presentación de la misma documentación o de la anterior presentación de otros títulos, dado que debe prevalecer la mayor garantía de acierto en la aplicación del principio de legalidad por razones de seguridad jurídica. Pero es que, además, en el presente caso, la afirmación del recurrente de que la registradora había opuesto el defecto objeto de la presente impugnación de forma novedosa en la última de las calificaciones reseñadas de 9 de julio de 2019 no se compadece con la realidad, pues tal defecto ya fue observado en la calificación previa de 11 de junio inmediato anterior.

Cuando el ejercicio de las potestades administrativas haya de traducirse en una modificación del contenido de los asientos del Registro de la Propiedad, se ha de sujetar, además de a la propia legislación administrativa aplicable, a la legislación hipotecaria, que impone el filtro de la calificación en los términos previstos por los artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 99 de su Reglamento, habida cuenta de los efectos que la propia legislación hipotecaria atribuye a aquellos asientos, y entre los que se encuentran no solo los derivados del principio de legitimación registral (con los que solo en parte se confunden los resultantes de la presunción de validez del art. 39.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas), sino también otros distintos y superiores, también con transcendencia «*erga omnes*», como el de inoponibilidad de lo no inscrito y el de fe pública registral de los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria (*vid*. resoluciones de 15 de enero de 2013 y 11 de julio de 2014, o entre las más recientes la de 6 de febrero de 2019).

Como hemos visto, en el presente caso el registrador cuestiona la idoneidad del procedimiento de adjudicación directa seguido para la realización del bien, al considerar que en el supuesto de hecho de este expediente no concurre ninguna de las causas legales habilitantes de la adjudicación directa, como procedimiento excepcional frente a la regla general de la enajenación mediante subasta, al haber sido suprimida entre tales causas habilitantes la relativa a haber quedado desierta la subasta del bien, en virtud de la reforma del artículo 107 del Reglamento General de Recaudación en virtud del Real Decreto 1071/2017, de 29 de diciembre, reforma que estaba en vigor el día 25 de abril de 2018 en que se celebró la subasta y el día 5 de septiembre de 2018 en que se abrió el procedimiento de adjudicación directa. Discutiéndose, por tanto, la idoneidad o admisibilidad legal del procedimiento seguido, y siendo este extremo uno de los que conforme a las disposiciones y doctrina antes expuestos están sujetos a la calificación registral, no cabe sino desestimar este primer motivo de oposición a la calificación impugnada.

Señala el Preámbulo del Real Decreto 1071/2017 que «la adjudicación directa se elimina como procedimiento posterior y subsiguiente al procedimiento de subasta. Se trata de simplificar el procedimiento de enajenación para potenciar la concurrencia en el mismo, así como su transparencia y agilidad». Esta novedad se concreta en la nueva redacción del artículo 107, apartado 1, del Reglamento General de Recaudación. El debate se centra, en consecuencia, no tanto en el alcance y significado de la reforma en este punto, sino en la delimitación de su eficacia temporal al discrepar sobre la interpretación que haya de darse al régimen transitorio incorporado a dicho Real Decreto. Se hace necesario, por tanto, analizar dicho régimen.

En cuanto al ámbito de la eficacia temporal del reiterado Real Decreto 1071/2017, de 29 de diciembre, se establece en su disposición final única que el mismo «entrará en vigor el día 1 de enero de 2018». Por su parte, la disposición transitoria tercera del Reglamento General de Recaudación, aprobado por el Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, establece en el párrafo segundo de su apartado 1 que «las actuaciones de enajenación de bienes continuarán rigiéndose por la normativa vigente antes de la entrada en vigor de este reglamento cuando el acuerdo de enajenación mediante subasta, la autorización para la enajenación por concurso o el inicio del trámite de adjudicación directa se hayan producido antes de la entrada en vigor de este reglamento». Finalmente, el citado Real Decreto 1071/2017 introduce en el mismo Reglamento General de Recaudación, a través del apartado 39 de su artículo único, una nueva disposición transitoria cuarta, conforme a la cual «las normas relativas al desarrollo del procedimiento de subasta a través del Portal de Subastas de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado se aplicarán a los procedimientos iniciados a partir del 1 de septiembre de 2018».

El hecho de que la adjudicación directa haya sido contemplada, hasta la reforma introducida por el Real Decreto 1071/2017, como un procedimiento alternativo a la subasta para el caso de que esta haya quedado desierta, no autoriza a confundirlo en modo alguno con el propio procedimiento de la subasta, por el mero hecho de compartir su condición de procedimientos de enajenación forzosa en un expediente de apremio. Como claramente resulta del Preámbulo del citado Real Decreto «la adjudicación directa se elimina como procedimiento posterior y subsiguiente al procedimiento de subasta». Se trata de un procedimiento «posterior y subsiguiente» al procedimiento de subasta, es decir, claramente distinto de este. Así lo confirma también, destacando su autonomía en el plano del derecho transitorio como modos de enajenación distintos, el contenido de la disposición transitoria tercera, apartado 1, del Reglamento General de Recaudación, en su redacción originaria. Se distinguen, por tanto, con toda claridad, como fases distintas del procedimiento que pueden estar sujetas a regímenes normativos diferentes y sucesivos en función de sus respectivas fechas de vigencia, la subasta y la enajenación directa (además del concurso). Esta disposición transitoria tercera del Reglamento General de Recaudación, al igual que sucede en el caso de las transitorias del Código civil, debe guiar como criterio interpretativo las cuestiones de derecho transitorio no contempladas específicamente por el Real Decreto 1071/2017. Criterio jurisprudencial de interpretación estricta de los supuestos de excepción a la regla general de la enajenación mediante subasta que choca frontalmente con la interpretación extensiva postulada por el recurrente de la reiterada disposición transitoria cuarta, interpretación que, por ser claramente contraria a su tenor literal y a su explícita finalidad (reflejada en el Preámbulo del Real Decreto 1071/2017), desborda claramente el ámbito de aplicación propio de la misma.

Igual suerte desestimatoria debe correr el recurso en relación con las otras dos líneas argumentales esgrimidas en el escrito de interposición. Así en cuanto al argumento de que la supresión del procedimiento de enajenación directa responde en la reforma al hecho de que las nuevas subastas electrónicas maximizan la concurrencia y así evitan las subastas desiertas, que por tanto no estarían a partir de la reforma contempladas en el Reglamento General de Recaudación, se trata de un razonamiento que partiendo de una premisa correcta (el nuevo régimen de subastas electrónicas resultará más eficaz al aumentar la concurrencia y la transparencia), se apoya simultáneamente en otra que no lo es.

Finalmente entiende el recurrente, en contra de lo que resulta de la calificación impugnada (en la que se afirma que la adjudicación directa perjudica gravemente al deudor, sin generar un beneficio a la Hacienda Pública, favoreciendo únicamente al adjudicatario que adquiriría el bien por una cantidad muy inferior a su valor), que el deudor tiene garantizados sus derechos al poder intervenir en todo el procedimiento de apremio, «y en el caso de la adjudicación directa mediante la garantía de un precio mínimo de adjudicación (art. 107.4 RGR)». Pero tampoco esta afirmación se compadece ni con el contenido del título calificado, ni con el contenido real del precepto invocado en su apoyo, pues lo que establece la norma invocada es exactamente lo contrario de lo que se afirma en el recurso.

Por el contrario, conforme a la nueva redacción dada por el reiterado Real Decreto 1071/2017 al artículo 107 del Reglamento, una vez declarada desierta la subasta lo procedente, al no ser admisible acudir a la adjudicación directa, sería aplicar la previsión del artículo 109.1 del mismo, que de conformidad con el artículo 172.2 de la Ley General Tributaria, dispone que «cuando en el procedimiento de enajenación regulado en la anterior subsección no se hubieran adjudicado alguno o algunos de los bienes embargados, el órgano de recaudación competente podrá proponer de forma motivada al órgano competente su adjudicación a la Hacienda Pública en pago de las deudas no cubiertas» —o en caso de no entender procedente esta adjudicación a la Hacienda Pública, iniciar un nuevo procedimiento de enajenación a través de una nueva subasta, conforme al artículo 112.2 del Reglamento General de Recaudación—.

Resolución de 2-10-2019
BOE 14-11-2019
Registro de la Propiedad de Zafra.

CONVENIO REGULADOR DE LA SEPARACIÓN Y EL DIVORCIO: ÁMBITO.

En primer lugar hay que recordar que según la reiterada doctrina de esta Dirección General (*vid.* resoluciones citadas en el apartado «Vistos» de la presente), la calificación registral no entra en el fondo de la resolución judicial (testimonio de una sentencia de divorcio, en este caso), ni en la validez del convenio regulador aprobado judicialmente, sino en si tal convenio constituye o no título inscribible para la práctica del asiento registral teniendo en cuenta los aspectos susceptibles de calificación registral conforme a los artículos 100 del Reglamento Hipotecario y 522 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Como ha puesto de relieve este Centro Directivo, es inscribible el convenio regulador sobre liquidación del régimen económico-matrimonial que conste en testimonio judicial acreditativo de dicho convenio, siempre que haya sido aprobado por la sentencia que acuerda la nulidad, la separación o el divorcio. Ahora bien, como también tiene declarado esta Dirección General (véase, por todas, la resolución de 25 de octubre de 2005), esa posibilidad ha de interpretarse en sus justos términos, atendiendo a la naturaleza, contenido, valor y efectos propios del convenio regulador (cfr. arts. 90, 91 y 103 CC), sin que pueda servir de cauce formal para otros actos que tienen su significación negocial propia, cuyo alcance y eficacia habrán de ser valorados en función de las generales exigencias de todo negocio jurídico y de los particulares que imponga su concreto contenido y la finalidad perseguida.

Las transmisiones adicionales de bienes entre cónyuges, ajenas al procedimiento de liquidación (como son, en vía de principios, las que se refieren a bienes adquiridos por los cónyuges en estado de solteros no especialmente afectos a las cargas del matrimonio), constituyen un negocio independiente, que exige acogerse a la regla general de escritura pública para su formalización. En definitiva, solo son inscribibles aquellos actos que, conforme al artículo 90 del Código civil, constituyen el llamado contenido típico del convenio regulador.

A la luz de las anteriores consideraciones, el recurso no puede prosperar. La adjudicación de un bien inmueble perteneciente a uno de los excónyuges, adquirido antes del matrimonio, de carácter privativo, es un negocio ajeno al contenido típico del convenio regulador por lo que para su inscripción en el Registro de la Propiedad es necesaria la oportuna escritura pública o, en su defecto, la sentencia firme dictada por juez competente en el procedimiento que corresponda. En el presente supuesto las manifestaciones de los cónyuges en el convenio regulador sobre el hecho de que las fincas adjudicadas a la esposa son en su totalidad gananciales por haber sido pagadas constante matrimonio resultan contradichas por el historial registral de las mismas; y, aun cuando la vivienda adjudicada hubiera constituido —según afirman— la vivienda familiar durante cierto tiempo y, por ende, hubiera nacido esa comunidad romana por cuotas entre la sociedad de gananciales y los cónyuges titulares, en proporción al valor de las aportaciones respectivas, lo cierto es que falta en el convenio el debido consentimiento de las partes sobre la existencia de dicha comunidad con determinación de esas cuotas y sobre la extinción de la misma (cfr. art. 91.3 del Reglamento Hipotecario).

Resolución de 2-10-2019
BOE 14-11-2019
Registro de la Propiedad de Móstoles, número 3.

SUBASTA NOTARIAL: CORRECTA IDENTIFICACIÓN DE LA FINCA SUBASTADA.

El artículo 22.2 de dicha ley delimita claramente el ámbito de la calificación registral respecto de los expedientes de jurisdicción voluntaria que se tramitan ante los órganos jurisdiccionales. En relación con la calificación registral de los actos de jurisdicción voluntaria autorizados notarialmente, no hay precepto semejante, pero debe tomarse en consideración dicho artículo.

En el caso al que se refiere el presente recurso, el defecto expresado en la calificación impugnada guarda conexión con la congruencia que, en los procesos de liquidación del patrimonio del concursado, ha de guardar el procedimiento de enajenación que se utilice con las previsiones del plan de liquidación aprobado judicialmente. La subasta ha sido uno de los procedimientos previstos en el citado plan de liquidación para la enajenación de los bienes inmuebles del concursado. Pero, naturalmente, dicha subasta ha de estar referida a los bienes que efectivamente sean propiedad del concursado, bienes que deben identificarse con absoluta claridad en el proceso de subasta a fin de que el interés del propio deudor concursal y titular registral de las fincas de que estas se vendan por el mejor precio posible así como interés de los acreedores incluidos en la masa pasiva del concurso sean garantizados adecuadamente. La correcta identificación de la finca objeto de los títulos inscribibles constituye un requisito que ha sido ponderado como esencial por la doctrina de esta Dirección General.

Es evidente que la correcta identificación de los bienes ofrecidos en subasta permitirá que puedan concurrir a la puja todas las personas que hipotéticamente tienen interés en adquirir ese tipo de finca. Indudablemente, cuando alguien consulta el portal de subastas utiliza como elemento de búsqueda de inmuebles el de su localización. Si una finca aparece en el anuncio como radicante en un municipio distinto de aquel respecto del que el eventual postor está realizando la búsqueda, el resto de los datos de identificación de la finca probablemente ni siquiera serán ya consultados. Si alguien está interesado en adquirir inmuebles en Serranillos del Valle difícilmente concurrirá a una subasta de bienes que se anuncian como radicantes en Griñón.

Resolución de 2-10-2019
BOE 14-11-2019
Registro de la Propiedad de Torredembarra.

HIPOTECA: CADUCIDAD CONVENCIONAL.

Según la doctrina reiterada de esta Dirección General, nada se opone a que la hipoteca, como los demás derechos reales, pueda ser constituida por un plazo determinado (*vid.* arts. 513.2, 529, 546.4 y 1843.3 CC), de modo que únicamente durante su vigencia puede ser ejercitada la acción hipotecaria, quedando totalmente extinguido el derecho real una vez vencido dicho plazo. Ahora bien, no siempre es fácil decidir, en cada caso concreto, si el plazo señalado es efectivamente de duración de la hipoteca misma con el alcance anteriormente señalado, o si se trata de definir únicamente el margen temporal en el que debe surgir la obligación para que quede garantizada con la hipoteca.

Si estuviéramos ante la caducidad convencional del mismo derecho de hipoteca, resultaría aplicable la norma del párrafo segundo del artículo 82 de la Ley Hipotecaria, que posibilita la cancelación de la hipoteca cuando la extinción del derecho inscrito resulte del título en cuya virtud se practicó la inscripción. En otro caso debería esperarse a la caducidad legal por transcurso del plazo de prescripción de la acción hipotecaria, por aplicación de la norma del párrafo quinto del artículo 82 de la Ley Hipotecaria.

En el presente caso, de la interpretación conjunta de ambos apartados no se deduce de un modo nítido y manifiesto un plazo de caducidad del asiento de hipoteca, por lo que no es aplicable a este supuesto lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 82 de la Ley Hipotecaria. Pero, habiéndose pactado un plazo de caducidad para el ejercicio de la acción hipotecaria, 31 de diciembre de 2010, podrá cancelarse la hipoteca «(…) siempre que dentro del año siguiente no resulte del mismo que han sido renovadas, interrumpida la prescripción o ejecutada debidamente la hipoteca».

Resolución de 2-10-2019
BOE 14-11-2019
Registro de la Propiedad de Tui.

HIPOTECA: EXTENSIÓN A LA FINCA RESULTANTE DE UNA AGRUPACIÓN.

La agregación queda excluida de los supuestos en los que se produce la extensión automática de la hipoteca y en el término agregación debe entenderse

comprendida la agrupación como señaló la resolución de esta Dirección General de 8 de marzo de 2013. No obstante, del artículo 110 LH se deduce que es válido y eficaz un pacto por el cual acreedor e hipotecante acuerdan la exclusión de las excepciones legales, de modo que la hipoteca también se extienda a accesiones como las agregaciones de terrenos o las nuevas edificaciones.

Como consecuencia de la extensión paccionada de la hipoteca a la finca que se ha formado por agrupación, no cabe sino admitir que la ejecución hipotecaria tenga por objeto esta finca. Esta posición se ve además reforzada por la novación posterior. Defender la postura contraria supondría un manifiesto perjuicio al acreedor hipotecario que vería dificultada, si no imposibilitada, la ejecución de su hipoteca.

Resolución de 2-10-2019
BOE 14-11-2019
Registro de la Propiedad de Valdepeñas.

PROCEDIMIENTO DE APREMIO ADMINISTRATIVO POR DEUDAS A LA HACIENDA PÚBLICA: NUEVO RÉGIMEN DE ADJUDICACIÓN TRAS EL RD 1071/2017.

Cuando el ejercicio de las potestades administrativas haya de traducirse en una modificación del contenido de los asientos del Registro de la Propiedad, se ha de sujetar, además de a la propia legislación administrativa aplicable, a la legislación hipotecaria, que impone el filtro de la calificación en los términos previstos por los artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 99 de su Reglamento, habida cuenta de los efectos que la propia legislación hipotecaria atribuye a aquellos asientos, y entre los que se encuentran no solo los derivados del principio de legitimación registral (con los que solo en parte se confunden los resultantes de la presunción de validez del artículo 39.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas), sino también otros distintos y superiores, también con transcendencia «*erga omnes*», como el de inoponibilidad de lo no inscrito y el de fe pública registral de los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria (*vid.* resoluciones de 15 de enero de 2013 y 11 de julio de 2014, o entre las más recientes la de 6 de febrero de 2019).

Como hemos visto, en el presente caso el registrador cuestiona la idoneidad del procedimiento de adjudicación directa seguido para la realización del bien, al considerar que en el supuesto de hecho de este expediente no concurre ninguna de las causas legales habilitantes de la adjudicación directa, como procedimiento excepcional frente a la regla general de la enajenación mediante subasta, al haber sido suprimida entre tales causas habilitantes la relativa a haber quedado desierta la subasta del bien, en virtud de la reforma del artículo 107 del Reglamento General de Recaudación en virtud del Real Decreto 1071/2017, de 29 de diciembre, reforma que estaba en vigor el día 25 de abril de 2018 en que se celebró la subasta y el día 5 de septiembre de 2018 en que se abrió el procedimiento de adjudicación directa. Discutiéndose, por tanto, la idoneidad o admisibilidad legal del procedimiento seguido, y siendo este extremo uno de los que conforme a las disposiciones y doctrina antes expuestos están sujetos a la calificación registral, no cabe sino desestimar este primer motivo de oposición a la calificación impugnada.

Señala el Preámbulo del Real Decreto 1071/2017 que «la adjudicación directa se elimina como procedimiento posterior y subsiguiente al procedimiento de su-

basta. Se trata de simplificar el procedimiento de enajenación para potenciar la concurrencia en el mismo, así como su transparencia y agilidad». Esta novedad se concreta en la nueva redacción del artículo 107, apartado 1, del Reglamento General de Recaudación. El debate se centra, en consecuencia, no tanto en el alcance y significado de la reforma en este punto, sino en la delimitación de su eficacia temporal al discrepar sobre la interpretación que haya de darse al régimen transitorio incorporado a dicho Real Decreto. Se hace necesario, por tanto, analizar dicho régimen.

En cuanto al ámbito de la eficacia temporal del reiterado Real Decreto 1071/2017, de 29 de diciembre, se establece en su disposición final única que el mismo «entrará en vigor el día 1 de enero de 2018». Por su parte, la disposición transitoria tercera del Reglamento General de Recaudación, aprobado por el Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, establece en el párrafo segundo de su apartado 1 que «las actuaciones de enajenación de bienes continuarán rigiéndose por la normativa vigente antes de la entrada en vigor de este reglamento cuando el acuerdo de enajenación mediante subasta, la autorización para la enajenación por concurso o el inicio del trámite de adjudicación directa se hayan producido antes de la entrada en vigor de este reglamento». Finalmente, el citado Real Decreto 1071/2017 introduce en el mismo Reglamento General de Recaudación, a través del apartado 39 de su artículo único, una nueva disposición transitoria cuarta, conforme a la cual «las normas relativas al desarrollo del procedimiento de subasta a través del Portal de Subastas de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado se aplicarán a los procedimientos iniciados a partir del 1 de septiembre de 2018».

El hecho de que la adjudicación directa haya sido contemplada, hasta la reforma introducida por el Real Decreto 1071/2017, como un procedimiento alternativo a la subasta para el caso de que esta haya quedado desierta, no autoriza a confundirlo en modo alguno con el propio procedimiento de la subasta, por el mero hecho de compartir su condición de procedimientos de enajenación forzosa en un expediente de apremio. Como claramente resulta del Preámbulo del citado Real Decreto «la adjudicación directa se elimina como procedimiento posterior y subsiguiente al procedimiento de subasta». Se trata de un procedimiento «posterior y subsiguiente» al procedimiento de subasta, es decir, claramente distinto de este. Así lo confirma también, destacando su autonomía en el plano del derecho transitorio como modos de enajenación distintos, el contenido de la disposición transitoria tercera, apartado 1, del Reglamento General de Recaudación, en su redacción originaria. Se distinguen, por tanto, con toda claridad, como fases distintas del procedimiento que pueden estar sujetas a regímenes normativos diferentes y sucesivos en función de sus respectivas fechas de vigencia, la subasta y la enajenación directa (además del concurso). Esta disposición transitoria tercera del Reglamento General de Recaudación, al igual que sucede en el caso de las transitorias del Código civil, debe guiar como criterio interpretativo las cuestiones de derecho transitorio no contempladas específicamente por el Real Decreto 1071/2017. Criterio jurisprudencial de interpretación estricta de los supuestos de excepción a la regla general de la enajenación mediante subasta que choca frontalmente con la interpretación extensiva postulada por el recurrente de la reiterada disposición transitoria cuarta, interpretación que, por ser claramente contraria a su tenor literal y a su explícita finalidad (reflejada en el Preámbulo del Real Decreto 1071/2017), desborda claramente el ámbito de aplicación propio de la misma.

Igual suerte desestimatoria debe correr el recurso en relación con las otras dos líneas argumentales esgrimidas en el escrito de interposición. Así en cuanto

al argumento de que la supresión del procedimiento de enajenación directa responde en la reforma al hecho de que las nuevas subastas electrónicas maximizan la concurrencia y así evitan las subastas desiertas, que por tanto no estarían a partir de la reforma contempladas en el Reglamento General de Recaudación, se trata de un razonamiento que partiendo de una premisa correcta (el nuevo régimen de subastas electrónicas resultará más eficaz al aumentar la concurrencia y la transparencia), se apoya simultáneamente en otra que no lo es.

Finalmente entiende el recurrente, en contra de lo que resulta de la calificación impugnada (en la que se afirma que la adjudicación directa perjudica gravemente al deudor, sin generar un beneficio a la Hacienda Pública, favoreciendo únicamente al adjudicatario que adquiriría el bien por una cantidad muy inferior a su valor), que el deudor tiene garantizados sus derechos al poder intervenir en todo el procedimiento de apremio, «y en el caso de la adjudicación directa mediante la garantía de un precio mínimo de adjudicación (art. 107.4 RGR)». Pero tampoco esta afirmación se compadece ni con el contenido del título calificado, ni con el contenido real del precepto invocado en su apoyo, pues lo que establece la norma invocada es exactamente lo contrario de lo que se afirma en el recurso.

Por el contrario, conforme a la nueva redacción dada por el reiterado Real Decreto 1071/2017 al artículo 107 del Reglamento, una vez declarada desierta la subasta lo procedente, al no ser admisible acudir a la adjudicación directa, sería aplicar la previsión del artículo 109.1 del mismo, que de conformidad con el artículo 172.2 de la Ley General Tributaria, dispone que «cuando en el procedimiento de enajenación regulado en la anterior subsección no se hubieran adjudicado alguno o algunos de los bienes embargados, el órgano de recaudación competente podrá proponer de forma motivada al órgano competente su adjudicación a la Hacienda Pública en pago de las deudas no cubiertas» —o en caso de no entender procedente esta adjudicación a la Hacienda Pública, iniciar un nuevo procedimiento de enajenación a través de una nueva subasta, conforme al artículo 112.2 del Reglamento General de Recaudación—.

En cuanto a segundo defecto poca interpretación cabe sobre el particular, puesto que el artículo 21 de la Ley Hipotecaria, determina que los títulos en cuya virtud se solicita la inscripción, deben contener todas las circunstancias necesarias para la práctica de la misma, por tanto, deben constar las circunstancias personales de la persona a cuyo favor deba practicarse la inscripción, es decir, las recogidas en los artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 del Reglamento Hipotecario, y dichas circunstancias no aparecen en el título presentado.

En cuanto al tercer defecto, es decir, el hecho de no resultar acreditada la autenticidad de la firma de la referida instancia, manifiesta el recurrente que la firma es suya, y que no siempre es exactamente igual, pero no es ese el sentido de la nota de la registradora, no basta la afirmación del firmante de un documento complementario, de que es suya la firma, sino que la misma debe estar autenticada por alguno de los procedimientos previstos al efecto: legitimación notarial, reconocimiento ante la registradora o tratarse de firma electrónica reconocida, como resulta de la aplicación del artículo 110 del Reglamento Hipotecario y la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 de abril de 2000.

Todo lo cual conduce necesariamente a la desestimación del recurso interpuesto, en cuanto a los tres defectos recurridos.

Resolución de 3-10-2019
BOE 14-11-2019
Registro de la Propiedad de Córdoba, número 3.

PROCEDIMIENTO DE APREMIO ADMINISTRATIVO POR DEUDAS A LA HACIENDA PÚBLICA: NUEVO RÉGIMEN DE ADJUDICACIÓN TRAS EL RD 1071/2017.

La desheredación constituye un acto de voluntad testamentaria de apartar a un legitimario de la sucesión. Pero ha de ser una voluntad no solo explicitada, sino bien determinada. Esta exigencia de determinación se proyecta en un doble sentido: por una parte, impone la expresión de una causa legal, que, si no ha de ser probada por el testador, al menos ha de ser alegada como fundamento de la privación sucesoria, ya por referencia a la norma que la tipifica ya mediante la imputación de la conducta tipificada. Y por otra, también requiere la identificación del sujeto, del legitimario, al que se imputa la conducta legalmente relevante para justificar su apartamiento. Aunque la jurisprudencia ha sido flexible en cuando al modo de indicación de la razón de la desheredación, ha de resultar una imputación en términos que no dejen duda de quién incurrió en la causa, o cometió el hecho constitutivo de la misma, evitando las referencias genéricas que, por su ambigüedad, crean inseguridad. En el concreto supuesto de este expediente se cumplen todos los parámetros: la causa expresada está entre las tasadas por la ley —por interpretación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo—, las desheredadas están identificadas y eran susceptibles de imputación al tiempo de la desheredación.

Cabe reconocer que con carácter general en el ámbito extrajudicial gozarán de plena eficacia los actos y atribuciones particionales que se ajusten al testamento, aunque conlleven exclusión de los derechos legitimarios, mientras no tenga lugar la impugnación judicial de la disposición testamentaria que priva de la legítima (…) Sin embargo, esta doctrina no empece para que se niegue *ab initio* eficacia a las desheredaciones que no se funden en una causa de las tipificadas en la ley, o que se refieran a personas inexistentes al tiempo del otorgamiento del testamento, o a personas que, de modo patente e indubitado (por ejemplo, un recién nacido) resulte que no tienen aptitud ni las mínimas condiciones de idoneidad para poder haber realizado o ser responsables de la conducta que se les imputa. También debe poder deducirse del título de la sucesión, o del documento atributivo de la herencia, la aptitud genérica del desheredado para serlo.

La cuestión de la declaración judicial previa a la nulidad del testamento, ha sido resuelta por este Centro Directivo, aunque referida a la preterición, en la resolución de 13 de septiembre de 2001, cuya doctrina resulta aplicable por analogía al presente caso.

El criterio de este Centro Directivo en la citada resolución fue favorable a la necesidad de dicha declaración judicial previa. La resolución de 6 de marzo de 2019, pero ahora referida a un supuesto de desheredación, recoge la doctrina expresada y recuerda que es reiterada doctrina de esta Dirección General (*vid.*, por todas, la resolución de 21 de noviembre de 2014), respecto de la existencia de legitimarios desheredados como motivo de la suspensión de la inscripción, que la privación de eficacia del contenido patrimonial de un determinado testamento exige, a falta de conformidad de todos los afectados, una previa declaración judicial que, tras un procedimiento contencioso instado por quien esté legitimado para ello, provoque su pérdida de eficacia (total o

parcial). Pues bien, en este caso, comparecen y consienten en la escritura las dos hijas legitimarias que han contradicho la causa de desheredación por falta de certeza, lo que ha sido corroborado por la heredera que acepta la legítima de ambas. La cuestión que se ha de resolver ahora es la de si ambas hijas legitimarias constituyen todo el elenco de «afectados que tienen que dar su conformidad» como consecuencia de la privación de la eficacia del contenido económico del testamento.

La cuestión es si los descendientes de los desheredados cuya causa de desheredación ha sido contradicha sin utilizar la vía judicial, pueden ser considerados —conforme determina la doctrina de este Centro Directivo— como «afectados» a los efectos de prestar la conformidad que evite la resolución judicial. Pues bien, la respuesta debe ser positiva, puesto que, en caso de efectividad de la desheredación, estos estarían llamados en su condición de legitimarios por imperativo del artículo 857 del Código civil. En efecto, al producirse el cese de su acción para reclamar la legítima, como consecuencia del acuerdo de la falta de certeza de la causa de desheredación, se ven afectados porque pierden su condición de legitimarios como consecuencia de no ser cierta esa causa de la desheredación de sus madres. En consecuencia, procede exigir que si las desheredadas carecen de hijos y descendientes, deberá manifestarse así expresamente por los otorgantes, y, en otro caso, esto es, si las desheredadas tienen hijos y descendientes, deberá acreditarse (mediante acta de notoriedad o cualquier otro medio de prueba admitido en Derecho) quiénes son los mismos, manifestando expresamente que son los únicos hijos y descendientes de la misma y siendo precisa su intervención en la escritura pública en que se realizan las operaciones particionales de la herencia del causante o, la ratificación de las operaciones ya practicadas.

Resolución de 3-10-2019
BOE 14-11-2019
Registro de la Propiedad de Valencia, número 11.

DERECHO DE HABITACIÓN: PUEDE UTILIZARSE LA EXPRESIÓN NUDA PROPIEDAD.

A la vista de la declaración de voluntad negocial emitida expresamente por las partes en la escritura calificada, y conforme a los cánones hermenéuticos que consagra el Código civil (cfr. arts. 609, 1281, 1283 y 1286 de dicho Código), no puede inferirse en modo alguno que la voluntad de los otorgantes fuera que el donante retuviera, al transmitir su dominio sobre los inmuebles, el haz de facultades que integran el contenido típico del derecho real de usufructo, sino tan solo el correspondiente a un derecho, también de goce, que comprende unas facultades menores que aquel: el derecho de habitación.

Es cierto que en el Código civil se utiliza la expresión «nuda propiedad» como derecho correlativo al de usufructo, y esa terminología es también la empleada, apenas sin excepción, en el ámbito doctrinal y jurisdiccional, así como en las decisiones de este Centro Directivo. Pero no puede ignorarse la aplicabilidad al derecho de habitación de las disposiciones establecidas para el usufructo, conforme al artículo 528 de dicho Código, ni puede afirmarse que la utilización de la expresión nuda propiedad como derecho que se reserva el transmitente de un derecho de uso o de un derecho de habitación sea absolutamente desconocida en la práctica jurídica.

Resolución de 3-10-2019
BOE 14-11-2019
Registro de la Propiedad de Úbeda, número 1.

ASIENTO DE PRESENTACIÓN: DENEGACIÓN. TÍTULO FORMAL INSCRIBIBLE: DOCUMENTOS JUDICIALES. RECURSO GUBERNATIVO: LEGITIMACIÓN PARA INTERPONERLO.

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. Este es el criterio que ha de presidir la interpretación del referido precepto reglamentario (*vid.* también el apartado 3 del mismo artículo 420. Esto, no obstante, el recurso no es el cauce hábil para recurrir contra los asientos ya practicados. Al respecto de tal cuestión debe recordarse la doctrina reiterada de esta Dirección General en relación con el objeto del recurso (*vid.*, entre otras muchas, la resolución de 6 de junio de 2017), según la cual (con base en el artículo 326 de la Ley Hipotecaria y en la doctrina del Tribunal Supremo, en sentencia de 22 de mayo de 2000) el objeto del expediente de recurso contra calificaciones de registradores de la propiedad es exclusivamente determinar si la calificación negativa es o no ajustada a Derecho, como resulta de los artículos 19 y 19 bis de la Ley Hipotecaria.

Es doctrina reiterada de este Centro Directivo (*vid.*, por todas, la resolución de 3 de marzo de 2010) que uno de los principios básicos de nuestro Derecho hipotecario es que solo la documentación auténtica y pública puede tener acceso al Registro. Esta exigencia de titulación auténtica derivada del principio de legalidad se proclama en el artículo 3 de la Ley Hipotecaria. Además, tratándose de documentos judiciales, sean resoluciones o diligencias de cualquier índole, el documento a presentar debe ser la ejecutoria, mandamiento o testimonio correspondiente expedido por quien se halle facultado para ello con las formas y solemnidades previstas en las leyes, extremos que no se dan en este caso, ya que la documentación aportada a calificación consiste en meras fotocopias, es decir reproducciones xerográficas de un documento.

El artículo 39 del Reglamento Hipotecario considera representante de los interesados a quien presente los documentos correspondientes en el Registro con objeto de solicitar la inscripción. Y a ese presentante se le notifica la calificación negativa del registrador (art. 322, de la Ley Hipotecaria). Sin embargo, como ya dijera esta Dirección General (cfr. resoluciones de 25 de octubre de 1973 y 27 de febrero de 1999), esa representación derivada de la simple presentación de los títulos en el Registro no es suficiente a los efectos de interponer el recurso, pues es completamente distinta la personalidad para pedir la inscripción que recoge el artículo 6 de la Ley Hipotecaria, con la expresamente exigida para interponer el recurso de los artículos 322 y 325 de la Ley Hipotecaria que exigirá un poder otorgado a tal efecto.

Alega el recurrente que la registradora inscribe el dominio a favor de la fundación en virtud de una sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de 6 de febrero de 2008, cuando existe una sentencia a su juicio contradictoria, emitida por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Andalucía en 2006 que nunca tuvo acceso al Registro. Ha sido correcta la actuación de la registradora, ya que en relación a las acciones declarativas de dominio de bienes inmuebles o derechos reales su conocimiento viene atribuido a los

tribunales civiles, concretamente al del lugar donde radique la finca, siendo este un supuesto de fuero imperativo según resulta de los artículos 52.1.1.º y 54 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Resolución de 3-10-2019
BOE 14-11-2019
Registro de la Propiedad de Hoyos.

OBRA NUEVA: LIBRO DEL EDIFICIO EN EXTREMADURA. OBRA NUEVA: LICENCIA DE PRIMERA OCUPACIÓN.

Por lo que se refiere al primero de los defectos señalados, el artículo 202 de la Ley Hipotecaria en su párrafo tercero señala, tras la reforma de la Ley Hipotecaria por la Ley 13/2015, de 24 de junio, que «salvo que por la antigüedad de la edificación no le fuera exigible, deberá aportarse para su archivo registral el libro del edificio, dejando constancia de ello en el folio real de la finca». Con base en este precepto se añade un requisito a efectos de inscripción de las declaraciones de obra nueva terminada, esto es, la necesidad de aportar para su archivo el libro del edificio.

En el caso particular del libro del edifico, elevado a requisito exigible a efectos de inscripción de la declaración de obra nueva, pero que deberá matizarse con la normativa propia de cada autonomía, en su caso, en ejercicio de sus competencias en materia de vivienda. En este sentido, el depósito del libro del edificio será exigible, salvo que la normativa autonómica exima de depósito. Tal cuestión queda regulada en el Decreto 165/2006, de 19 de septiembre, por el que se determina el modelo, las formalidades y contenido del Libro del Edificio en Extremadura. Por tanto, debe concluirse que la legislación autonómica aplicable limita la exigencia de tal depósito a las edificaciones cuyo uso principal sea residencial vivienda, sin poder extender tal requisito a las obras consistentes en naves industriales por aplicación del artículo 202 de la Ley Hipotecaria anteriormente visto.

En cuanto al segundo de los defectos señalados, es necesario analizar si para la inscripción de una obra nueva terminada consistente en una nave industrial en Extremadura es o no necesario acreditar la obtención de licencia de primera ocupación o utilización. El artículo 28 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, establece como requisito para inscribir la declaración de obra nueva terminada, además de la certificación expedida por técnico competente de terminación de la obra de conformidad con la descripción de esta en el proyecto que haya sido objeto del acto de conformidad, aprobación o autorización administrativa que requiera la obra según la legislación de ordenación territorial y urbanística y del cumplimiento de todos los requisitos impuestos por la legislación reguladora de la edificación para la entrega de esta a sus usuarios (que según la resolución Circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de julio de 2007, se trata del seguro decenal y del libro del edificio), el otorgamiento de las autorizaciones administrativas necesarias para garantizar que la edificación reúne las condiciones necesarias para su destino al uso previsto en la ordenación urbanística aplicable (que según la exposición de motivos del Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, es la licencia de primera ocupación, sin perjuicio de que adopte otra denominación según las respectivas normativas autonómicas) y los requisitos de eficiencia energética tal

y como se demandan por la normativa vigente (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 cuanto derecho supletorio estatal, sin perjuicio de su regulación por la normativa autonómica, en su caso), salvo que la legislación urbanística sujetase tales actuaciones a un régimen de comunicación previa o declaración responsable, en cuyo caso aquellas autorizaciones se sustituirán por los documentos que acrediten que la comunicación ha sido realizada y que ha transcurrido el plazo establecido para que pueda iniciarse la correspondiente actividad, sin que del Registro de la Propiedad resulte la existencia de resolución obstativa alguna. El artículo 184.1 de la Ley 15/2001, de 14 de diciembre, del Suelo y Ordenación Territorial de Extremadura, vigente en el momento de la autorización de la escritura y de su presentación en el Registro de la Propiedad para su inscripción, expresamente somete a licencia «a) La primera ocupación, total o parcial, de los edificios residenciales de nueva planta y de las casas prefabricadas y similares, provisionales o permanentes» y «b) La primera utilización, total o parcial, de los edificios, construcciones e instalaciones de nueva planta».

Reolución de 4-10-2019
BOE 14-11-2019
Registro de la Propiedad de Baza.

INMATRICULACIÓN POR SENTENCIA: REQUISITOS.

Con carácter previo, ha de señalarse que la actuación de la registradora al obtener por sí misma nueva certificación catastral actualizada es plenamente correcta, al haber transcurrido el año de vigencia de la certificación catastral a que se refiere el artículo 84.2 del texto refundido de la Ley de Catastro Inmobiliario.

De igual modo, antes de entrar en la cuestión de fondo del presente expediente este Centro Directivo se ve en la obligación de recalcar que la posibilidad de que una finca se inmatricule en el Registro de la Propiedad a través de una sentencia firme que así lo ordene se encuentra plenamente admitida en nuestro ordenamiento jurídico, no solo por artículo 2 de la Ley Hipotecaria, sino también, y de forma más concreta, por el apartado quinto del artículo 204 del mismo cuerpo legal, introducido por la Ley 13/2015, de 24 de junio.

Sentado lo anterior, es necesario determinar si puede procederse a la inmatriculación de dos fincas, cuya superficie de suelo no consta en la sentencia firme presentada y cuya superficie construida no coincide con la certificación catastral descriptiva y gráfica obtenida por la registradora. Pues bien, es cierto, como alega el recurrente, que la finca se halla identificada mediante la aportación de su referencia catastral, pero también lo es que en los documentos que accedan al Registro de la Propiedad han de constar las circunstancias de los artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento de desarrollo, de tal forma que estas no pueden ser, como regla general, suplidas por el registrador. En consecuencia, no reflejándose las superficies del suelo en el título inmatriculador, y no siendo plenamente coincidentes las superficies de metros construidos que constan en el mismo con las que resultan de la nueva certificación catastral descriptiva y gráfica obtenida por la registradora, este defecto ha de ser confirmado, no pudiéndose admitir por esta Dirección General la documentación presentada en el escrito de recurso.

Resolución de 4-10-2019
BOE 14-11-2019
Registro de la Propiedad de Torrelaguna.

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN DE HIPOTECA: DEMANDA Y REQUERIMIENTO DE PAGO AL TERCER POSEEDOR.

Se debate en el presente expediente sobre si es inscribible un decreto de adjudicación en procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados y practicables las consiguientes cancelaciones ordenadas en el correspondiente mandamiento de cancelación de cargas si en el procedimiento no se ha demandado a quienes, no siendo deudor del préstamo hipotecario ni hipotecante no deudor, adquirieron la finca ejecutada e inscribieron su adquisición antes de iniciarse el procedimiento y de expedirse la preceptiva certificación de dominio y cargas.

Conforme a los artículos 132 LH y 685 LEC es necesaria la demanda y requerimiento de pago al tercer poseedor de los bienes hipotecados que haya acreditado al acreedor la adquisición de sus bienes, entendiendo la Ley Hipotecaria que lo han acreditado quienes hayan inscrito su derecho con anterioridad a la nota marginal de expedición de certificación de cargas. El principio constitucional de protección jurisdiccional de los derechos y 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. De conformidad, pues, con esta doctrina constitucional el tercer adquirente debe ser demandado en el procedimiento hipotecario si antes de la interposición de la demanda tiene su título inscrito quedando suficientemente acreditada frente al acreedor (art. 685.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) desde el momento que este conoce el contenido de la titularidad publicada.

Diferente tratamiento habría de darse a un caso en el que la inscripción a favor del tercer adquirente se hubiera producido una vez interpuesta la demanda frente al que hasta entonces era titular registral y con anterioridad a la expedición de la preceptiva certificación de dominio y cargas, momento en que queda consignado registralmente el comienzo del procedimiento. En esa hipótesis resultaría de aplicación lo dispuesto en el artículo 689 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, siendo suficiente la notificación para que pudiera intervenir en la ejecución, conforme a lo dispuesto en el artículo 662 del mismo texto legal. Pero en el presente caso, la inscripción en favor del tercer poseedor se había practicado antes de que se iniciara el procedimiento de ejecución hipotecaria.

La posterior notificación que sobre la existencia de dicho procedimiento se haya podido realizar al actual titular no puede suplir a la demanda ni al requerimiento de pago. Tampoco el posterior reconocimiento legal que alega el recurrente (Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, disposición transitoria tercera) de un nuevo periodo de oposición en los procedimientos ejecutivos en curso en los que a la entrada en vigor de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, cuando hubiera transcurrido el periodo de oposición de diez días previsto en el artículo 556.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que dicho incidente extraordinario de oposición está basado en la existencia de las causas de oposición previstas en el apartado séptimo del artículo 557.1 y cuarto del artículo 695.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y nada tienen que ver con la omisión de trámites esenciales del procedimiento.

Resolución de 4-10-2019
BOE 14-11-2019
Registro de la Propiedad de Villajoyosa, número 2.

EXPROPIACIÓN FORZOSA: EL PROCEDIMIENTO HA DE DIRIGIRSE CONTRA EL TITULAR REGISTRAL.

El recurrente, como se ha señalado, alega en el escrito de recurso una serie de datos y vicisitudes procedimentales del expediente expropiatorio y aporta junto al mismo sendas resoluciones judiciales, sin que los respectivos testimonios fehacientes acreditativos de tales hechos y resoluciones hayan sido presentados en el Registro al tiempo de emitir la calificación, ni tampoco posteriormente para intentar la subsanación de los defectos observados. Por lo tanto, no pudieron ser analizados por el registrador para efectuar la calificación recurrida. En consecuencia, como señala la reiteradísima doctrina de este Centro Directivo (*vid.*, por todas, la reciente resolución de 22 de marzo de 2019), no pueden ser tenidos en cuenta para la resolución de este recurso conforme a lo dispuesto en el artículo 326 de la Ley Hipotecaria, ya que este tiene como objeto valorar la procedencia de la calificación teniendo en cuenta los elementos de que dispuso el registrador para emitirla.

Conforme al artículo 99 RH, corresponde al registrador, dentro de los límites de su función calificadora de los documentos administrativos, examinar, entre otros extremos, la observancia de los trámites esenciales del procedimiento seguido, a fin de comprobar el cumplimiento de las garantías que para los particulares están establecidas por las leyes y los reglamentos, con el objeto, como tiene declarado este Centro Directivo, de que cualquier titular registral no pueda ser afectado si, en el procedimiento objeto de la resolución, no ha tenido la intervención prevista por la Ley, evitando que el titular registral sufra, en el mismo Registro, las consecuencias de una indefensión procesal.

En concordancia precisa con los citados preceptos de nuestra legislación hipotecaria, el artículo 3 de la Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre expropiación forzosa, tras señalar que «las actuaciones del expediente expropiatorio se entenderán, en primer lugar, con el propietario de la cosa o titular del derecho objeto de la expropiación», obliga a la Administración expropiante a tener por dueño a quien figure como tal en registros públicos que produzcan presunción de titularidad, que solo puede ser destruida judicialmente. Y el artículo 32.2.ª del Reglamento Hipotecario exige, tratándose de finca inscrita, que la expropiación se haya entendido con el titular registral o «quien justifique ser su causahabiente, por sí o debidamente representado, en la forma prevenida por la legislación especial».

En el caso del presente recurso no se trata ya de que con posterioridad a la iniciación del expediente expropiatorio se haya producido alguna alteración en la titularidad registral del dominio de la finca sin que de la tramitación de aquel hubiera constancia alguna en el Registro, sino que el procedimiento de expropiación se ha seguido hasta su finalización, mediante el otorgamiento del acta de pago y ocupación, exclusivamente con dos de los tres copropietarios de la finca expropiada. Como puso de manifiesto la resolución de este Centro Directivo de 11 de abril de 2019 en un supuesto que guarda similitud con el presente, no cabe entender que la intervención de los comuneros comparecientes en el acto del otorgamiento del acta (sin entrar ahora por no haberlo señalado la nota de calificación en la falta de firma del acta por la representante de uno de los dos comuneros) pueda haber tenido lugar, no solo en nombre e interés propio, sino

también en beneficio de la comunidad propietaria de la totalidad de la finca, pues tal planteamiento no encuentra fácil acomodo en las reglas rectoras del régimen de la copropiedad del Código civil.

Por otro lado, habrá de concluirse que la mera convocatoria del Ministerio Fiscal a la formalización del acta de ocupación y pago no satisface la exigencia legal establecida en el artículo 5 de la Ley de Expropiación Forzosa, que, por lo dicho, presupone su convocatoria desde que se dicta el acuerdo de necesidad de ocupación y en tiempo oportuno para posibilitar su impugnación; y, en consecuencia, deberá rechazarse la inscripción del acta ahora calificada en tanto de la misma no resulte por aseveración del funcionario competente para su autorización, que se practicó en tiempo oportuno dicha convocatoria, confirmando así la calificación impugnada que había considerado imprescindible la intervención del Ministerio Fiscal, habida cuenta del desconocimiento del domicilio de uno de los titulares registrales y de la ignorancia de quienes eran los herederos de otra titular fallecida.

Las especialidades procedimentales en las expropiaciones urbanísticas no alcanzan a dispensar la exigencia legal de la intervención supletoria del Ministerio Fiscal por no estar esta reservada para los casos en que se producen estas publicaciones y no comparecen los propietarios o titulares, según el artículo 5.1 de la ley. Así lo ha afirmado ya este Centro Directivo en su resolución de 11 de abril de 2019 invocando al efecto las tesis expuestas recientemente por la Fiscalía General del Estado en su extensa Circular número 6/2019. Y en particular, en concreto sobre la referencia del mencionado texto refundido de la Ley de Suelo a la determinación de los interesados con quienes ha de seguirse el expediente (art. 43.3), entiende la Fiscalía General del Estado, siguiendo un criterio compartido por este Centro Directivo, que debe entenderse complementada dicha referencia «por el artículo 5 LEF, puesto que no tendría ningún sentido que la intervención tuitiva del fiscal quedara excluida en un ámbito especialmente complejo y tan relevante cuantitativamente como es el urbanístico».

Frente a este exigible rigor, nada dice el acta de ocupación calificada sobre la indagación realizada para la averiguación del domicilio o de los representantes de la mercantil «Inversiones Moratella de Avipei, S.L.», limitándose a afirmar su incomparecencia ante una citación. Todo ello aboca a confirmar la calificación del registrador en lo relativo a la necesidad de intervención en el expediente de la citada entidad cotitular registral de la finca expropiada, o bien supletoriamente la del Ministerio Fiscal.

Igual suerte desestimatoria ha de correr el recurso en cuanto al segundo de los defectos impugnados, relativo a la imposibilidad de cancelar las anotaciones preventivas de embargo y medidas cautelares judiciales practicadas a favor del Estado. Para evitar que, durante la tramitación del procedimiento de expropiación forzosa, como consecuencia del cambio de titular de la finca o la constitución de ulteriores gravámenes sobre la misma, se haga inútil el procedimiento iniciado, se establece en la normativa hipotecaria que si el organismo expropiante solicita, a los efectos del procedimiento expropiatorio, la expedición de certificación de cargas, se hará constar su expedición y el procedimiento correspondiente mediante nota marginal (cfr. arts. 32, regla primera, del Reglamento Hipotecario, y 22 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento Hipotecario sobre Inscripción en el Registro de la Propiedad de Actos de Naturaleza Urbanística).

Respecto de los títulos relativos al dominio y las cargas, gravámenes, derechos reales y limitaciones de toda clase, que hayan accedido al Registro con

anterioridad a la fecha de la nota marginal a que se refiere el citado artículo 32 del Reglamento Hipotecario, opera igualmente el principio de prioridad del artículo 17 de la Ley Hipotecaria. En el presente caso es cierto que la constancia registral del inicio del expediente de expropiación tuvo lugar tempestivamente, en fecha anterior a las anotaciones preventivas cuya cancelación se solicita ahora. Ahora bien, lo que sucede en el supuesto de hecho del presente expediente es que en el momento de la presentación del acta de pago y ocupación en el Registro, que tuvo lugar el 19 de octubre de 2018, había transcurrido ya íntegramente el plazo de vigencia de la citada nota marginal de expedición de la certificación de dominio y cargas, decayendo a partir de su caducidad tanto en sus efectos enervatorios de la fe pública registral, como en los efectos de purga de titularidades y cargas posteriores derivado del régimen propio del principio de prioridad registral a que antes se ha hecho referencia. Registralmente, caducada la anotación, debe actuar el registrador a estos efectos como si nunca se hubiera practicado la citada anotación, en cuyo caso la inscripción de la adjudicación de la finca como consecuencia de la ejecución, como se ha señalado reiteradamente por este Centro Directivo, dependerá de que el deudor siga conservando la titularidad de la misma y en caso de existir cargas posteriores no podrán ser objeto de cancelación registral.

Al resultar, por tanto, registralmente inviable la pretendida cancelación de las anotaciones preventivas de embargo letras A y B a favor del Estado que constan en el folio de la finca expropiada, deviene inviable igualmente, como acertadamente señala el registrador en su nota de calificación, la inscripción del dominio de la finca a favor de la entidad expropiante libre de cargas, exigencia esta que impone como regla general el artículo 8 de la Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre expropiación forzosa, salvo en los casos excepcionales en que resulte compatible la carga con el nuevo destino de la finca, compatibilidad que no se produce en el presente caso dado el destino demanial que la calificación urbanística dotacional (que incluye su destino a zonas verdes) impone a la finca expropiada, carácter demanial que comporta un régimen estatutario que incluye la inembargabilidad de la finca como consecuencia de la indisponibilidad propia de los bienes de dominio público (*vid.* arts. 132.1 de la Constitución, 6.ª) de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, y 5 del Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales).

Resolución de 9-10-2019
BOE 14-11-2019
Registro de la Propiedad de Campillos.

PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Según la reiterada doctrina de este Centro Directivo (*vid.*, por todas, las resoluciones de 18 de febrero de 2014 o 7 de julio de 2016), cuando la calificación del registrador sea desfavorable es exigible, según los principios básicos de todo procedimiento y conforme 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.

Según el artículo 199 de la Ley Hipotecaria, corresponde al registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas, decidir motivadamente según su prudente criterio. Por otra parte, ha reiterado este Centro Directivo que siempre que se formule un juicio de identidad de la finca por parte del registrador, no puede ser arbitrario ni discrecional, sino que ha de estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados. Atendiendo a las anteriores consideraciones, en el presente caso no resultan explicitadas en la nota de calificación las dudas de identidad que impiden la inscripción de la representación gráfica, ya que la registradora deniega la inscripción afirmando únicamente que se estiman las alegaciones formuladas, sin que las mismas se extracten, se reproduzcan o ni siquiera se anexen a la calificación para que el interesado pueda tener conocimiento de ellas para ejercer su derecho a la defensa.

Resolución de 9-10-2019
BOE 14-11-2019
Registro de la Propiedad de Torrelavega, número 1.

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: HERENCIA YACENTE.

Las pretensiones, alegaciones o justificaciones basadas en títulos o documentos no aportados en el Registro para su calificación no pueden servir de base para el recurso, por lo que todas ellas deben ser no tenidas en consideración en este expediente. No puede obviar que, si el interesado desea que sean tenidas en valor, deberán ser aportadas al registrador para su debida calificación, ya sea como documentos inscribibles o como títulos complementarios al mismo.

El principio de tracto sucesivo, corolario de la exigencia de la tutela judicial efectiva y de la interdicción de la indefensión consagrada en el artículo 24 de la Constitución Española de 1978, queda recogido básicamente en los artículos 20 y 40 de la Ley Hipotecaria, así como en la salvaguardia judicial de los asientos del Registro recogida en el artículo 1 de la misma ley; y como consecuencia de ello, las alteraciones o mutaciones jurídico reales que se plasmen en los libros del registro exigen, bien la intervención del titular registral de manera voluntaria, bien su imposición en un procedimiento judicial o administrativo seguido contra dicho titular registral o sus herederos.

En los supuestos de los procedimientos judiciales contra una herencia yacente, dichas actuaciones deben dirigirse contra los herederos o interesados en ella, y a falta de los mismos, deberá procederse al nombramiento de un administrador judicial que vele por dichos intereses, en los términos previstos en los artículos 790 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La doctrina de este Centro Directivo, si bien suavizada en su alcance, no ha cambiado en cuanto al rigor de la necesaria intervención de algún interesado en la herencia yacente a los efectos de cumplir el insalvable principio del tracto sucesivo que garantiza la tutela judicial efectiva. Atendiendo una vez más a las circunstancias del título presentado —del que resulta una actuación de apremio judicial contra varias herencias yacentes, sin intervención de ningún interesado en ellas— debe ser mantenida la calificación del registrador.

Por último, el registrador considera en su nota que es preciso aportar el certificado de defunción de los titulares registrales. Ha de recordarse que el artículo 166 del Reglamento Hipotecario señala en este aspecto que «si se pidiese anotación preventiva de embargo en procedimientos seguidos contra herederos in-

determinados del deudor, por responsabilidades del mismo, se expresará la fecha del fallecimiento de este». La obtención de dicho dato, al no expresarse tampoco en el mandamiento objeto de presentación, deberá ser obtenida del documento que acredite dicho fallecimiento y su fecha, es decir, el certificado de defunción.

Resolución de 9-10-2019
BOE 14-11-2019
Registro de la Propiedad de Eivissa, número 4.

PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Como ha reiterado asimismo esta Dirección General, el registrador, al llevar a cabo el ejercicio de su competencia calificadora de los documentos presentados a inscripción, no está vinculado, por aplicación del principio de independencia en su ejercicio, por las calificaciones llevadas a cabo por otros registradores o por las propias resultantes de la anterior presentación de la misma documentación. Pero es que, además, la realización de una nueva calificación, aun bajo el mismo asiento de presentación, está plenamente justificada cuando se aportan nuevos documentos complementarios (como lo ha sido el acta de subsanación de 25 de enero de 2019) que suponen, por tanto, alteración del contenido documental que se tuvo a la vista al realizar las sucesivas calificaciones, tal y como ha quedado expuesto en el fundamento primero de esta resolución.

Como se ha reiterado por esta Dirección General (cfr., por todas, la reciente 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. La incorporación de la representación gráfica a la inscripción tiene como consecuencia que «una vez inscrita la representación gráfica georreferenciada de la finca, su cabida será la resultante de dicha representación, rectificándose, si fuera preciso, la que previamente constare en la descripción literaria» (párrafo séptimo del artículo 9.b) de la Ley Hipotecaria).

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 a que se encubran un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. arts. 199 y 201 de la Ley Hipotecaria y resoluciones de 22 de abril, 8 de junio y 10 de octubre de 2016, entre otras).

En el caso de este expediente el registrador pone de manifiesto con detalle una serie de circunstancias para justificar las dudas, apreciándose, además una grave desproporción en la superficie de la representación gráfica respecto de la que figura inscrita. En cuanto a la circunstancia de estar formada la finca registral por dos parcelas catastrales, es doctrina de este Centro Directivo que ningún inconveniente hay para que ello suceda. En cuanto a la desproporción superficial, esta Dirección General ha señalado (desde la resolución de 17 de noviembre de 2015 que es reiterada en numerosas posteriores como las más recientes de 22 de octubre y 8, 19, 27 y 28 de noviembre de 2018), que las actuaciones previstas en

el artículo 199 de la Ley Hipotecaria son aplicables incluso cuando la magnitud de la rectificación superficial exceda del 10% de la superficie inscrita o se trate de una alteración de linderos fijos. Ahora bien, es presupuesto de aplicación de cualquier actuación para la rectificación de descripción de la finca que se aprecie una correspondencia entre la descripción de la finca que conste en el Registro y la que resulte de la representación gráfica de la misma que se pretende inscribir. Ello no sucede en el caso de este expediente en el que la desproporción de superficie es tan notable que justifica la falta de identidad manifestada por el registrador de que exista correspondencia del recinto con la finca registral.

Resolución de 10-10-2019
BOE 22-11-2019
Registro de la Propiedad de Tomelloso.

PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 203 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

La regla tercera del citado artículo 203.1 recoge que tras la solicitud de certificación por parte del notario autorizante del expediente, el registrador debe emitir un juicio sobre la posible constancia como inmatriculada (parcial o totalmente) del nuevo objeto cuyo acceso a los libros del registro se solicita, o indicar si tiene dudas sobre esa posible inmatriculación previa. En caso de producirse esta coincidencia el mismo artículo 203 exige que el registrador expida certificación literal de la finca o fincas coincidentes comunicándolo inmediatamente al notario, con el fin de que proceda al archivo de las actuaciones. Como ha señalado esta Dirección General (cfr. resolución de 27 de junio de 2016), sin perjuicio de esta previsión de archivo del expediente, en el caso de albergar dudas el registrador, debe admitirse la posibilidad de continuar con la tramitación del mismo, pudiendo el notario realizar actuaciones y pruebas que permitan disipar tales dudas.

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 (cfr. resoluciones citadas en los «Vistos»). De la amplia documentación que consta en el expediente, ciertamente existen dudas sobre la coincidencia de las fincas ya inmatriculadas con las que ahora se pretenden inmatricular.

Resolución de 10-10-2019
BOE 22-11-2019
Registro de la Propiedad de Avilés, número 2.

DOBLE INMATRICULACIÓN: PROCEDIMIENTO.

El nuevo artículo 209 de la Ley Hipotecaria, señala que el expediente para la subsanación de la doble o múltiple inmatriculación se iniciará o bien de oficio por el registrador, o a instancia del titular registral de cualquier derecho inscrito en alguno de los diferentes historiales registrales coincidentes. Tras la entrada en vigor de la nueva ley, el primer requisito para iniciar la tramitación del procedimiento de subsanación es que el registrador aprecie la existencia de

doble inmatriculación. En este caso no concurren las premisas alegadas por el recurrente para apreciar la doble inmatriculación.

Resolución de 11-10-2019
BOE 22-11-2019
Registro de la Propiedad de Betanzos.

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Es doctrina reiterada de este Centro Directivo que, de conformidad con la regulación del recurso contra la calificación de los registradores de la propiedad, es objeto exclusivo del mismo la calificación recaída a los efectos de suspender o denegar la práctica del asiento solicitado (arts. 19 bis, 66, 325 y 326 de la Ley Hipotecaria). Es igualmente doctrina reiterada de este Centro Directivo, que de conformidad con las determinaciones legales, una vez practicado un asiento el mismo se encuentra bajo la salvaguardia de los Tribunales produciendo todos sus efectos en tanto no se declare su inexactitud bien por la parte interesada, bien por los Tribunales de Justicia de acuerdo con los procedimientos legalmente establecidos (arts. 1, 38, 40 y 82 de la Ley Hipotecaria).

Como ha señalado este Centro Directivo, en todo caso el registrador debe extremar el celo en las inmatriculaciones para evitar que se produzca la indeseable doble inmatriculación. Además, hay que considerar que el procedimiento previsto en el artículo 205 de la Ley Hipotecaria tiene menores garantías, al no exigir la previa intervención de titulares de fincas colindantes que pudieran verse afectados, siendo estos los más interesados en velar que el acceso de una nueva finca al Registro no se haga a costa, o en perjuicio, de los fundos limítrofes, pudiendo producirse, en caso contrario un supuesto de indefensión. Ahora bien, como así mismo 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 (cfr. resoluciones citadas en los «Vistos»). En el presente expediente no se aporta justificación alguna más allá de la simple mención de la coincidencia de la referencia catastral en los términos anteriormente referidos, debiendo por tanto concluirse que el defecto recurrido debe ser revocado en los términos en que ha sido emitido por el registrador.

Resolución de 11-10-2019
BOE 22-11-2019
Registro de Málaga, número 10.

REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA: ARTÍCULO 98 LEY 24/2001.

De la interpretación del artículo 98 Ley 24/2001 por el Tribunal Supremo (sentencias de 23 de septiembre de 2011 y 20 y 22 de noviembre de 2018) y de la doctrina expresada por esta Dirección General en numerosas resoluciones cabe extraer un criterio ya asentado y pacífico respecto del alcance de la calificación registral del juicio notarial de suficiencia de las facultades representativas de los otorgantes. De acuerdo con la misma doctrina citada, el registrador deberá

calificar, de un lado, la existencia y regularidad de la reseña identificativa del documento del que nace la representación y, de otro, la existencia del juicio notarial de suficiencia expreso y concreto en relación con el acto o negocio jurídico documentado y las facultades ejercitadas, así como la congruencia del juicio que hace el notario del acto o negocio jurídico documentado y el contenido del mismo título.

En el presente caso, según el primero de los defectos expresados en la calificación impugnada, la objeción del registrador se refiere únicamente a la reseña de la escritura de poder que acredita las facultades representativas del otorgante, al no constar la persona que en nombre de la sociedad vendedora otorga poder especial al apoderado. Planteada de nuevo la misma cuestión en el presente expediente, esta debe resolverse teniendo en cuenta la reciente doctrina del Tribunal Supremo, en la sentencia número 643/2018, de 20 de noviembre (con criterio seguido por la sentencia número 661/2018, de 22 de noviembre). Especialmente relevante es, como alega el recurrente, que el supuesto al que se refiere la citada sentencia de 20 de noviembre de 2018 es análogo al presente.

En el presente caso, es indudable que el notario ha emitido, conforme al artículo 98 de la Ley 24/2001, el juicio que le compete sobre la suficiencia del poder para otorgar la compraventa objeto de la escritura que autoriza y ese juicio incluye, como afirma el Tribunal Supremo, el examen de la validez y vigencia del apoderamiento y su congruencia con aquel acto o negocio. La reseña, tal como la misma ha sido expresada, no puede cabalmente entenderse referida únicamente a las facultades enumeradas en el poder, sino al apoderamiento como tal y a su consideración de título válido que atribuye facultades suficientes para el otorgamiento. En consecuencia, su corrección no puede ser revisada por el registrador.

Según el segundo defecto expresado por el registrador en su calificación, este considera que en la reseña notarial de la copia electrónica que ha tenido a la vista el notario autorizante de la escritura calificada debe hacerse constar la finalidad y destinatario de dicha copia. De este precepto legal y del artículo 166 del Reglamento Notarial resulta que, en un caso como el presente, el contenido de esa reseña se centra en los datos identificativos de la copia autorizada de la escritura de poder, sin que por el hecho de que se trate de una copia expedida y remitida electrónicamente, con firma electrónica avanzada, por el notario autorizante de la misma, se exija que dicha reseña contenga referencia alguna a la finalidad y destinatario de la copia, como tampoco se exige referencia a otros requisitos de validez de la misma, toda vez que se trata de extremos cuya valoración también se atribuye, bajo su responsabilidad, al notario autorizante de la escritura otorgada por el apoderado. Por ello, el defecto invocado por el registrador debe ser también revocado.

Resolución de 11-10-2019
BOE 22-11-2019
Registro de la Propiedad de Alicante, número 4.

RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO: REQUISITOS.

Como cuestión previa hay que recordar la reiterada doctrina de este Centro Directivo, en relación con el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, respecto a que el registrador, calificará las escrituras públicas por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro, y que en la tramitación del recurso, no pueden ser tenidos

en cuenta los documentos no aportados en el Registro antes de que se efectuara la calificación recurrida, ni tampoco pueden ser admitidas cuestiones nuevas que el recurrente plantee en el escrito de interposición de recurso pero que no se reflejaron en el título calificado.

Ciertamente la notaria, en la escritura, hace un estudio razonado y correcto de la ley aplicable al régimen económico-matrimonial del causante y su esposa, así como de la ley aplicable a la sucesión del testador, de acuerdo con su obligación de control de la legalidad, todo de acuerdo con las manifestaciones de la viuda compareciente y un único documento relativo a esto que se incorpora a la escritura: el certificado de matrimonio. No obstante, la finca número 8160 del Registro, que es objeto del expediente, figura inscrita a nombre del causante con carácter ganancial, y en el testamento del causante no hay manifestación alguna sobre su vecindad civil foral, lo que, a juicio del registrador, pone en duda el régimen económico-matrimonial, deducido de la naturaleza de los contrayentes y del lugar de celebración, que es lo único que estaba acreditado documentalmente. En consecuencia, existe una indagación exhaustiva y en parte acreditada, que no coincide con la que en su día se hizo constar y figura en el Registro.

Hay que distinguir entre inexactitud registral y error del Registro. Inexactitud es toda discordancia entre Registro y realidad (cfr. art. 39 de la Ley Hipotecaria); el error existe cuando el registrador, al trasladar al Registro los datos que constan en los documentos que se emplean para la inscripción, incurre en alguna equivocación, bien material, bien conceptual. Es evidente que, a veces, un error del Registro se puede rectificar mediante una solicitud. Ahora bien: En el presente caso, aunque pueda existir una inexactitud registral no existe un error, pues el dato que la recurrente considera incorrecto se tomó, tal y como está, del título que causó la inscripción. Y cuando la inexactitud proviene del título, su rectificación es la prevista en el apartado d) del artículo 40 de la Ley Hipotecaria, y la forma de salvarla es la misma que la de los errores de concepto que no resultan claramente de los libros, es decir, consentimiento del titular o resolución judicial.

En definitiva, no corresponde a esta Dirección General pronunciarse sobre si el asiento fue o no correctamente practicado, debiendo debatirse la procedencia de la rectificación, a falta de la conformidad de los interesados y del registrador, en el juicio ordinario correspondiente, tal y como prescribe el artículo 218 de la Ley Hipotecaria.

Resolución de 15-10-2019
BOE 22-11-2019
Registro de la Propiedad de San Sebastián, número 2.

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: DEMANDA CONTRA LA HERENCIA YACENTE.

No procede tomar en consideración manifestaciones recogidas en el escrito de recurso acerca de documentos que no fueron presentados en el Registro al tiempo de emitir la calificación ni posteriormente, una vez recaída esta, a efectos de intentar la subsanación de los defectos apreciados, toda vez que los mismos no pudieron ser analizados por el registrador para efectuar la calificación recurrida.

Es principio básico de nuestro sistema registral 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 de la Ley Hipotecaria), alternativa

esta última que no hace sino desenvolver en el ámbito registral el principio constitucional de salvaguardia jurisdiccional de los derechos e interdicción de la indefensión (cfr. art. 24 de la Constitución Española) y el propio principio registral de salvaguardia judicial de los asientos registrales (cfr. art. 1 de la Ley Hipotecaria).

En los casos en que interviene la herencia yacente, la doctrina de este Centro Directivo impone que toda actuación que pretenda tener reflejo registral deba articularse bien mediante el nombramiento de un administrador judicial, en los términos previstos en los artículos 790 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, bien mediante la intervención en el procedimiento de alguno de los interesados en dicha herencia yacente (resoluciones de 27 de mayo y 12 de julio de 2013, 8 de mayo de 2014, 5 de marzo de 2015 y demás citadas en los «Vistos»). Esta doctrina se ha matizado en los últimos pronunciamientos en el sentido de considerar que la exigencia del nombramiento del defensor judicial debe limitarse a los casos en que el llamamiento a los herederos desconocidos sea puramente genérico y no haya ningún interesado en la herencia que se haya personado en el procedimiento considerando el juez suficiente la legitimación pasiva de la herencia yacente. Por otro lado, las peculiaridades derivadas de la presentación de una demanda contra una herencia yacente no impiden que se deba procurar la localización de quien pueda ostentar su representación en juicio como paso previo a una posterior declaración en rebeldía.

En el supuesto de este expediente, del testimonio del decreto de adjudicación y posterior mandamiento presentados y objeto de calificación resulta que el llamamiento es genérico a la herencia yacente y desconocidos herederos del titular registral don E. J. S. M., sin que en el momento de la calificación por parte del registrador conste la forma en que se han producido las notificaciones a esos herederos indeterminados, ni si se ha llevado a cabo una investigación razonable, sobre la existencia de herederos testamentarios o legales de los ignorados herederos de don E. J. S. M. En consecuencia, el defecto ha de ser confirmado.

De igual modo, y en cuanto a la falta de firmeza de la resolución judicial por haber sido dictado el decreto con fecha de 10 de enero de 2019, y expedirse el mandamiento el día 11 de enero de 2019, antes del transcurso del plazo para interponer recurso de reposición por plazo de cinco días hábiles, procede, en virtud de los artículos 1, párrafo tercero, 3 y 82 de la Ley Hipotecaria y 524.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, este Centro Directivo recuerda que la observancia de las formalidades extrínsecas del documento queda sujeta a la calificación del registrador en virtud del artículo 18 de la Ley Hipotecaria y 100 de su Reglamento de desarrollo, sin perjuicio del respeto a la función jurisdiccional, conforme a lo ya señalado anteriormente.

Resolución de 15-10-2019
BOE 22-11-2019
Registro de la Propiedad de Valladolid, número 7.

RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO: REQUISITOS.

Como señala la registradora en su nota, es doctrina reiterada de esta Dirección General (*vid.* resoluciones citadas en los «Vistos», entre otras muchas) que tratándose de inscripciones ya efectuadas y encontrándose los asientos bajo la

salvaguardia de los tribunales, con arreglo al artículo 1 de la Ley Hipotecaria, su modificación o cancelación solo podrá realizarse mediante el consentimiento de los titulares registrales que se encuentren legítimamente acreditados, o bien mediante una resolución judicial recaída en juicio declarativo contra los mismos (*vid*. arts. 1, 38, 40, 82, 214 y 217 de la Ley Hipotecaria). En caso contrario se produciría una situación de indefensión de tal titular, proscrita por la Constitución Española (cfr. art. 24).

Resolución de 15-10-2019
BOE 22-11-2019
Registro de la Propiedad de Cangas.

HIPOTECA: CANCELACIÓN POR CADUCIDAD.

Es preciso recordar que el recurso contra la calificación registral tiene exclusivamente por objeto revisar las calificaciones negativas emitidas por los registradores de la propiedad y que, conforme al artículo 326 de la Ley Hipotecaria, deberá recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del registrador, rechazándose cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma.

En cuanto al segundo de los defectos, y según la doctrina reiterada de esta Dirección General, nada se opone a que la hipoteca, como los demás derechos reales, pueda ser constituida por un plazo determinado (*vid*. arts. 513.2, 529, 546.4 y 1843.3 CC), de modo que únicamente durante su vigencia puede ser ejercitada la acción hipotecaria, quedando totalmente extinguido el derecho real una vez vencido dicho plazo, salvo que en ese instante estuviera ya en trámite de ejecución hipotecaria, pues en tal caso la hipoteca se extinguiría al concluir el procedimiento, ya por consumación de la ejecución, ya por cualquier otra causa.

Si se tratara de la caducidad convencional del mismo derecho de hipoteca, resultaría aplicable la norma del párrafo segundo del artículo 82 de la Ley Hipotecaria, que posibilita la cancelación de la hipoteca cuando la extinción del derecho inscrito resulte del título en cuya virtud se practicó la inscripción. En otro caso debería esperarse a la caducidad legal por transcurso del plazo de prescripción de la acción hipotecaria, por aplicación de la norma del párrafo quinto del artículo 82 de la Ley Hipotecaria. La cancelación convencional automática solo procede cuando la extinción del derecho tiene lugar de un modo nítido y manifiesto, no cuando sea dudosa o controvertida.

En el presente supuesto, como se ha indicado anteriormente, del análisis de las cláusulas del contrato referentes a esta materia, resulta evidente que el plazo de duración pactado es un plazo que afecta únicamente al vencimiento de la obligación garantizada. No es aplicable en el presente caso el plazo de prescripción de tres años del artículo 1967 del Código civil que señala la recurrente, ya que según resulta del párrafo quinto del artículo 82 de la Ley Hipotecaria, para que opere la cancelación por caducidad o extinción legal del derecho real de hipoteca es necesario que haya transcurrido el plazo señalado en la legislación civil aplicable para la prescripción de las acciones derivadas de dicha garantía o, en su caso, el más breve que a estos efectos se hubiera estipulado al tiempo de su constitución.

Resolución de 15-10-2019
BOE 22-11-2019
Registro de la Propiedad de A Pobla de Trives.

RECTIFICACIÓN DE CABIDA: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA. PRINCIPIO DE ROGACIÓN: INSCRIPCIÓN PARCIAL.

Ha sido definido el exceso de cabida en numerosas ocasiones por este Centro Directivo, (véase, por ejemplo, las resoluciones de 26 de junio de 2019 y las en ella citadas) considerando que el mismo, en relación a su naturaleza y alcance, y en base a los argumentos legales correspondientes, puede configurarse como aquel procedimiento y solución en el que se hace constar en los libros la correcta extensión y descripción de la finca como base del Registro. En cuanto a la justificación de las dudas de identidad, como ha reiterado este Centro Directivo, siempre que se formule un juicio de identidad de la finca por parte del registrador, no puede ser arbitrario ni discrecional, sino que ha de estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados. En el presente caso, las dudas de identidad que expone el registrador se fundamentan en las alteraciones en el perímetro y superficie catastral de la finca. A ello cabe añadir la magnitud del exceso conjuntamente con la alteración de linderos fijos.

Sí que ha de revocarse la calificación registral y estimarse el recurso en este punto, dado que el artículo 425 del Reglamento Hipotecario, acertadamente invocado por la recurrente, es muy claro al respecto al señalar que «presentado un título, se entenderá, salvo que expresamente se limite o excluya parte del mismo, que la presentación afecta a la totalidad de los actos y contratos comprendidos en el documento y de las fincas a que el mismo se refiera siempre que radiquen en la demarcación del Registro». En consecuencia, si el registrador ha apreciado defectos en cuanto a una de las fincas objeto del documento, pero no en cuanto a la otra, debe proceder a su despacho en cuanto a esta última sin requerir solicitud expresa de inscripción parcial al respecto.

Resolución de 16-10-2019
BOE 22-11-2019
Registro de la Propiedad de Granada, número 1.

PATRIA POTESTAD Y DEFENSOR JUDICIAL: CONFLICTO DE INTERESES EN LA ADJUDICACIÓN DEL USUFRUCTO UNIVERSAL AL PROGENITOR SOBREVIVIENTE EN CASOS DE OPCIÓN COMPENSATORIA.

Este Centro Directivo ya abordó en la resolución de 5 de febrero de 2015 una cuestión parecida a la de este expediente, al haberse ejercitado la opción compensatoria de legítima mediante adjudicación del usufructo universal, por lo que, al tener que elegir los herederos —menores o incapaces para decidir por sí solos— entre que su parte de herencia estuviese gravada con el usufructo o que se concretara en el tercio de libre disposición, se apreció existencia de colisión de intereses entre ellos y quien les representaba, esto es, quien ejercía la patria potestad, precisamente porque tienen que tomar una decisión.

Resolución de 16-10-2019
BOE 22-11-2019
Registro de la Propiedad de Vigo, número 3.

CALIFICACIÓN REGISTRAL: PLAZO. PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: EL PROCEDIMIENTO HA DE DIRIGIRSE CONTRA EL TITULAR REGISTRAL.

Conviene aclarar, frente a la manifestación recogida en el escrito de recurso sobre la vulneración por parte de la registradora del plazo de quince días para emitir su calificación (art. 18 de la Ley Hipotecaria), que, como muy bien se especifica en el preceptivo informe unido a este expediente, el título se presentó el día 3 de mayo de 2019, siendo calificado con fecha 27 de mayo, justo el último día del referido plazo de quince. No debe olvidarse que del cómputo de este plazo han de excluirse los días inhábiles (art. 109 del Reglamento Hipotecario) y el viernes 17 de mayo fue inhábil en Galicia (Día de las Letras Gallegas).

El 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, al menos, haya tenido legalmente la posibilidad de intervención en el procedimiento determinante del asiento. Así se explica que, aunque no sea incumbencia del registrador calificar la personalidad de la parte actora ni la legitimación pasiva procesal apreciadas por el juzgador ni tampoco la cumplimentación de los tramites seguidos en el procedimiento judicial, su calificación de actuaciones judiciales si debe alcanzar, en todo caso, al hecho de que quien aparece protegido por el Registro haya sido emplazado en el procedimiento, pues no se trata en este expediente de una eventual tramitación defectuosa (que no compete al registrador calificar), sino de una inadecuación, en este caso, entre la resolución recaída y el procedimiento legalmente previsto.

En el presente expediente, si se tiene en cuenta la documentación que fue presentada y que pudo ser examinada por la registradora al realizar su calificación, no queda suficientemente aclarado quiénes y en qué concepto intervienen en representación de los titulares registrales de las tres sextas partes indivisas cuya inscripción se ha denegado: doña E., don S. y don R. P. G. No pueden ser tenidos en cuenta para la resolución del recurso conforme a lo dispuesto en el artículo 326 de la Ley Hipotecaria, ya que este tiene como objeto valorar la procedencia de la calificación teniendo en cuenta los elementos de que dispuso el registrador para emitirla.

Resolución de 16-10-2019
BOE 22-11-2019
Registro de la Propiedad de Cieza, número 2.

REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA: ARTÍCULO 98 LEY 24/2001.CONTROL DE LOS MEDIOS DE PAGO: ALCANCE DE LA CALIFICACIÓN REGISTRAL.

De la interpretación del artículo 98 Ley de la 24/2001 por el Tribunal Supremo (sentencias de 23 de septiembre de 2011 y 20 y 22 de noviembre de 2018) y de la doctrina expresada por esta Dirección General en numerosas resoluciones cabe extraer un criterio ya asentado y pacífico respecto del alcance de la calificación registral del juicio notarial de suficiencia de las facultades representativas de

los otorgantes. De acuerdo con la misma doctrina citada, el registrador deberá calificar, de un lado, la existencia y regularidad de la reseña identificativa del documento del que nace la representación y, de otro, la existencia del juicio notarial de suficiencia expreso y concreto en relación con el acto o negocio jurídico documentado y las facultades ejercitadas, así como la congruencia del juicio que hace el notario del acto o negocio jurídico documentado y el contenido del mismo título.

Se exige por tanto la constancia por parte del notario autorizante que realiza el juicio de suficiencia, de que se le han acreditado dichas facultades mediante la exhibición de documentación auténtica, esto de la copia autorizada de la escritura (o directamente de la matriz si obrara en su protocolo), sin que basten referencias imprecisas como las relativas a «copia» de escritura o simplemente «escritura» que pudieran incluir medios insuficientes de acreditación como la copia simple o los testimonios. Por lo demás, como señalara la citada resolución de 19 de marzo de 2007, se trata de una omisión que puede ser fácilmente subsanada por el propio notario autorizante *ex* artículo 153 del Reglamento Notarial.

Como ya señalara la resolución de 18 de mayo de 2007 el control notarial y registral de los medios de pago se extiende según la dicción legal a los casos de actos o contratos por los que se declaren, transmitan, graven, modifiquen o extingan a título oneroso el dominio y los demás derechos reales y exista una contraprestación en dinero o signo que lo represente. En el supuesto hecho de la escritura calificada se trata de una permuta, por la que se produce una transmisión del derecho real de propiedad sobre inmuebles, a título oneroso, y en el que la contraprestación consiste en unos títulos valores y un derecho de crédito frente a tercero derivado de un préstamo, por lo que en cuanto a este último extremo debe confirmarse la nota de calificación. Sin embargo, en relación con la calificación registral y el cierre del Registro de la Propiedad, en los términos expresados en el artículo 254.3 de la Ley Hipotecaria, el artículo 177, párrafo quinto, del Reglamento Notarial, según redacción dada por el Real Decreto 1/2010, determina que «(…) se entenderán identificados los medios de pago si constan en la escritura, por soporte documental o manifestación, los elementos esenciales de los mismos. A estos efectos, si el medio de pago fuera cheque será suficiente que conste librador y librado, beneficiario, si es nominativo, fecha e importe; si se tratara de transferencia se entenderá suficientemente identificada, aunque no se aporten los códigos de las cuentas de cargo y abono, siempre que conste el ordenante, beneficiario, fecha, importe, entidad emisora y ordenante y receptora o beneficiaria». Consecuentemente con lo expuesto, no toda omisión de los elementos de identificación de los medios de pago que, según el artículo 177 del Reglamento Notarial deba constar en la escritura pública, produce el cierre registral (cfr. los párrafos cuarto y quinto de dicho precepto reglamentario), y ello sin perjuicio de las responsabilidades de otro orden que pueden derivar del incumplimiento de la obligación de expresar los restantes elementos identificadores a que se refiere el mismo precepto.

En el caso del presente expediente en parte la contraprestación corresponde a un crédito derivado de un préstamo en el que no se identifican las transferencias efectuadas. Si no se produjera la necesidad de acreditación de los medios de pago en este caso bastaría para eludir el precepto del artículo 254 de la Ley Hipotecaria con articular las transmisiones onerosas mediante la ficción de que la contraprestación consiste en un crédito derivado de un préstamo no justificado.

Resolución de 17-10-2019
BOE 22-11-2019
Registro de la Propiedad de Úbeda, número 1.

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: REQUISITO DE LA PREVIA INSCRIPCIÓN. TÍTULO INSCRIBIBLE: NECESARIA EXPRESIÓN DE LA CAUSA.

Conviene recordar que el principio de tracto sucesivo, consagrado en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, impone que para inscribir actos declarativos, constitutivos, modificativos o extintivos del dominio o de los derechos constituidos sobre el mismo, dichos actos deberán estar otorgados por los titulares registrales, ya sea por su participación voluntaria en ellos, ya por decidirse en una resolución judicial dictada contra los mencionados titulares registrales, lo cual no es sino aplicación del principio de legitimación registral, según el cual a todos los efectos legales se presume que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo (art. 38.1.º de la Ley Hipotecaria). Así pues, para que se opere la trasmisión hereditaria de los bienes en el Registro, deben constar inscritos a favor de los causantes y faltando esta premisa no cabe sino denegar la inscripción.

Esta Dirección General ha insistido en numerosísimas ocasiones en que, en nuestro ordenamiento jurídico, el sistema de constitución de derechos reales y de transmisión del dominio sobre bienes inmuebles es de naturaleza causal (arts. 609 y 1095 CC), lo que conlleva que el negocio jurídico por el que se pretende dicho efecto debe obedecer a una causa verdadera y lícita; consecuentemente, el mero consentimiento formal no puede provocar una modificación de la titularidad ni, por ende, una modificación registral.

A la luz de las consideraciones anteriores el consentimiento expresado en el cuaderno particional carece de virtualidad transmisiva. Ciertamente si las fincas hubieran sido adquiridas por donación de los causantes a favor de la titular registral, doña A. M. M., el cuaderno particional pudiera haber sido suficiente, en cuanto se pretendiera hacer su colación (cfr. arts. 1035 y 1045 CC). Pero en el presente expediente, debe tenerse en cuenta que en el cuaderno particional no se hace ninguna referencia a que dichas fincas constan inscritas a nombre de doña A. M. M., quien, según las inscripciones de fecha 1973 y 1975, las adquirió por título de compra, siendo menor de edad (ocho y once años de edad según consta en las respectivas inscripciones) representada por su padre, sin que se exprese ninguna causa transmisiva que justifique su inclusión en el inventario.

Resolución de 17-10-2019
BOE 22-11-2019
Registro de la Propiedad de Oviedo, número 2.

PROCEDIMIENTO DEL ARTÍCULO 201 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

La registración de un exceso de cabida «stricto sensu» solo puede configurarse como la rectificación de un erróneo dato registral referido a la descripción de la finca inmatriculada, de modo que ha de ser indubitado que con tal rectificación no se altera la realidad física exterior que se acota con la descripción registral.

Hay que recordar que la resolución de 17 de noviembre de 2015 ya destacó el procedimiento del artículo 201 de la Ley Hipotecaria entre los medios hábiles para obtener la inscripción registral de rectificaciones descriptivas que persiguen y potencialmente permiten inscribir rectificaciones descriptivas de cualquier naturaleza (tanto de superficie como linderos, incluso linderos fijos), de cualquier magnitud (tanto diferencias inferiores como superiores al 10% de la superficie previamente inscrita) y además obtener la inscripción de la representación geográfica de la finca y la lista de coordenadas de sus vértices.

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. Y ello sin perjuicio de la calificación que procede efectuar una vez concluida la tramitación ante notario, a la vista de todo lo actuado, conforme al último párrafo del artículo 201.1 y de la regla sexta del artículo 203.1, sin que sea pertinente en dicho momento apreciar dudas de identidad, salvo que de la tramitación resulte un cambio en las circunstancias o datos que se tuvieron a la vista al tiempo de expedir la certificación (cfr. resolución de 20 de diciembre de 2016).

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. Las evidencias puestas de manifiesto en la calificación no resultan desvirtuadas por lo actuado en el acta, en la que únicamente se realizan manifestaciones que son reiteradas por el recurrente en sus alegaciones, sin que las mismas se sustenten en prueba, averiguación o dato objetivo alguno. Por todo ello, 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.

Resolución de 17-10-2019
BOE 22-11-2019
Registro de la Propiedad de Granada, número 6.

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: CESIÓN DEL CRÉDITO HIPOTECARIO DESPUÉS DE PRACTICAR LA NOTA MARGINAL DE EXPEDICIÓN DE CERTIFICACIÓN DE DOMINIO Y CARGAS.

Uno de los trámites esenciales del procedimiento de ejecución hipotecaria es el de la expedición de la certificación de dominio y cargas prevista, a efectos de la ejecución hipotecaria, en el artículo 688 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, expedición de la que el registrador dejará constancia en el folio registral mediante nota marginal en la inscripción de hipoteca, con indicación de su fecha y de la existencia del procedimiento a que se refiere, según ordena el apartado 2 del mismo precepto.

La extensión de esta nota marginal constituye un requisito esencial del procedimiento directo hipotecario, que marca la frontera registral a partir de la cual el devenir del crédito hipotecario queda bajo el control judicial y determina, como ha señalado esta Dirección General, la imposibilidad jurídica de inscribir

tanto novaciones del crédito como la alteración convencional de sus presupuestos procesales, incluida la tasación, ya fueran anteriores o posteriores a su fecha. Ahora bien, cuestión distinta es la posibilidad de transmitir el crédito garantizado con la hipoteca aun cuando conste extendida dicha nota de expedición de certificación de cargas para el procedimiento de ejecución, si la transmisión no lleva aparejada modificación alguna de los elementos delimitadores del crédito y su garantía de forma que se produzca una discordancia entre el derecho que publica el Registro de la Propiedad y el que se ejecuta judicialmente que pudiera provocar la difícil o imposible ejecución de la resolución que en su día se dicte.

Cabe destacar la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil, operada por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, que en su inciso primero establece que la ejecución podrá despacharse o continuarse a favor de quien acredite ser sucesor del que figure como ejecutante en el título ejecutivo y frente al que se acredite que es el sucesor de quien en dicho título aparezca como ejecutado. La nueva redacción reafirma la posibilidad de transmisión del crédito cuya garantía hipotecaria se ejecuta al incluir dentro del precepto el término «continuarse».

Resolución de 18-10-2019
BOE 22-11-2019
Registro de la Propiedad de Vilanova i la Geltrú, número 2.

SENTENCIA DICTADA EN REBELDÍA: REQUISITOS PARA LA INSCRIPCIÓN.

Efectivamente si la sentencia ha sido dictada en rebeldía de la parte demandada y no consta el transcurso del plazo previsto para la revisión de la sentencia (*vid*. resoluciones de 21 de mayo de 2015 y 12 de mayo de 2016) debe reiterarse que resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 524.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Es decir, aun cuando conste acreditado en tiempo y forma la firmeza de la resolución, es aplicable la doctrina reiterada de este Centro Directivo (cfr. resoluciones citadas en los «Vistos») según la cual, cuando una sentencia se hubiera dictado en rebeldía es preciso que, además de ser firme, haya transcurrido el plazo del recurso de audiencia al rebelde. Por otra parte, el transcurso de tales plazos debe resultar del propio documento presentado a la calificación o bien de otro documento que lo complemente, indicando la imposibilidad de ejercicio del procedente recurso por transcurso del plazo aplicable al supuesto concreto.

Todas estas circunstancias son esenciales para la calificación del registrador, puesto que según el artículo 524 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, mientras quepa la acción de rescisión, la sentencia dictada no es inscribible sino solamente susceptible de anotación preventiva.

Resolución de 23-10-2019
BOE 22-11-2019
Registro de la Propiedad de Murcia, número 8.

HERENCIA: INTERVENCIÓN DE LOS HEREDEROS EN LA PARTICIÓN. LEGADOS: NECESIDAD DE ENTREGA.

Ante la regla general de la concurrencia de todos los herederos a la partición, existen excepciones en las que no es precisa la misma: que haya sido hecha por

el testador la partición —artículo 1056 del Código civil—, que haya sido hecha por contador partidor designado —artículo 1057 del Código civil— o incluso los casos especiales de la delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código civil».

Es doctrina reiterada de este Centro Directivo (*vid.* «Vistos») que es preciso diferenciar la partición propiamente dicha de las llamadas normas de la partición. La partición hecha por el testador, propiamente dicha, es aquella en que el testador procede a adjudicar directamente los bienes a los herederos, y en buena lógica implicaría la realización de todas las operaciones particionales —inventario, liquidación, formación de lotes con la adjudicación de los mismos—, mientras que en las normas para la partición el testador, se concreta en expresar la voluntad de que cuando se lleve a cabo la partición, ciertos bienes se adjudiquen en pago de su haber a ciertos herederos que indique.

En el supuesto concreto de este expediente, no se formula inventario alguno ni se mencionan ni adjudican de forma directa, aunque sea parcialmente, bienes determinados. Solo se ordena un «prelegado» de los bienes privativos de la causante «y» que provengan de las herencias de sus padres, conjunción copulativa que indica la necesidad de concurrencia de ambos requisitos, excluyéndose por lo tanto los adquiridos por cualquier título de su primer esposo o de terceros, y los adquiridos por herencia y liquidación de gananciales u otros títulos de su segundo esposo. En el remanente se realiza una institución de herencia en favor de los mismos prelegatarios y de otros extraños —hijos de su esposo—. Esta serie de instituciones de herencia y legados, con designaciones y delimitaciones de cuotas, hace que cualquier partición y adjudicación dependa de la valoración de los bienes prelegados, ya que lo que corresponda en «el remanente» tanto a los hijos de la causante como a los demás llamados, será un conjunto que está sujeto, además, a las valoraciones contradictorias de los restantes bienes. En consecuencia, en el concreto supuesto, se hace necesaria la partición por los herederos.

El artículo 885 del Código civil establece que el legatario no puede ocupar por sí la cosa legada, debiendo exigir tal entrega al albacea facultado para la misma o a los herederos. Por otra parte, como ha recordado este Centro Directivo en resoluciones de 13 de enero de 2006, 13 de abril de 2009 y 4 de julio de 2014, la legislación hipotecaria, ya desde la Ley de 1861, ha establecido que tal entrega es necesaria para verificar la inscripción en favor del legatario. Y, aunque según la doctrina científica y la de esta Dirección General (cfr. resoluciones de 28 de abril de 1876 y 18 de julio de 1900) tal entrega no es necesaria en el caso de que se trate de un prelegatario, ello no ocurre así más que cuando tal prelegatario es heredero único, pues, si existen otros herederos (cfr. resolución de 25 de septiembre de 1987), no puede uno solo de ellos (sin constarle la renuncia de los demás) hacer entrega del legado. Ciertamente, en el supuesto de este expediente no están los legatarios autorizados para tomar posesión por su propia autoridad de la cosa legada, por lo que no procede aplicar el primer apartado del artículo 81 del Reglamento Hipotecario.

Se justifica en un acta de notoriedad que completa la escritura objeto del expediente y se alega por el recurrente en el escrito de interposición, que, la causante nunca tuvo la posesión de las participaciones indivisas legadas. En el concreto supuesto de este expediente, del acta de notoriedad no resulta que las participaciones estuviesen en posesión de los legatarios, sino que la causante no las poseía al tiempo de su fallecimiento, por lo que esto implica que las citadas participaciones estaban poseídas por tercera persona, lo que ahonda más en la cuestión de quién debe entregarlas.

En el concreto supuesto de este expediente, si se hubiera concluido que el testamento es particional, como no existe previsión alguna de la causante sobre las deudas de la herencia —puesto que no hay inventario—, y resultara, como sostiene el recurrente, que no existen otros bienes en la herencia, la responsabilidad sería solidaria entre los herederos, otro argumento más, para exigir la intervención de todos los herederos en la entrega del legado, puesto que de otra forma quedarían desprotegidos.

Resolución de 23-10-2019
BOE 22-11-2019
Registro de la Propiedad de Murcia, número 7.

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 671 LEC. RESOLUCIONES DE LA DGRN: IMPORTANCIA DE SU DOCTRINA.

Entre esos aspectos sujetos a calificación se encuentra la congruencia del mandato con el procedimiento o juicio en que se hubiere dictado. Es evidente que la privación de la titularidad de una finca como consecuencia de la ejecución de la hipoteca que la grava, solo puede llevarse a cabo por los trámites de alguno de los procedimientos regulados en la Ley de Enjuiciamiento Civil y en la Ley Hipotecaria.

Dicho procedimiento solo será reconocible si se respetan una serie de garantías básicas que impiden la indefensión del demandado que va a terminar perdiendo la propiedad del bien objeto de ejecución. Entre esas garantías fundamentales está la de que la adjudicación, en caso de que la subasta quede desierta, se haga al ejecutante por una cantidad que respete unos porcentajes mínimos del valor de tasación de la finca hipotecada. Si dichos límites no se respetan, no puede sostenerse que se ha seguido un procedimiento adecuado para provocar el sacrificio patrimonial del ejecutado, y el registrador debe, incluso con más rigor que en el procedimiento ejecutivo ordinario, rechazar el acceso al Registro de la adjudicación.

En base a los principios generales de interpretación de normas jurídicas recogido en el artículo 3 del Código civil que señala que «las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas» parece, que la interpretación del artículo 671 no puede ser la puramente literal, ya que puede producir un resultado distorsionado. Conforme al artículo 670 existiendo postores cabe la posibilidad de que el remate sea inferior al 50% del valor de tasación siempre que cubra al menos, la cantidad por la que se haya despachado la ejecución, incluyendo la previsión para intereses y costas. Y en este caso, como garantía complementaria la Ley atribuye al letrado de la Administración de Justicia la apreciación y valoración de las circunstancias concurrentes, oídas las partes, y establece que, en caso de que se realice el remate en esos términos, existirá la posibilidad de presentar recurso de revisión frente al decreto de adjudicación. Esta norma especial, prevista por el legislador para circunstancias extraordinarias y con una serie de garantías específicas, parece que debe integrarse igualmente para el supuesto del artículo 671, por lo que en esta hipótesis será preciso que se dé cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 670.4 (cfr. art. 4.1 CC).

Como bien dice la registradora en su informe, el propio Tribunal Supremo ha declarado en sentencia de 29 de enero de 1996 que «habría que dilucidar cuál es la autoridad que se ha de dar a las resoluciones de la citada Dirección General y, en ese sentido, las sentencias de 22 de abril de 1987 y 15 de marzo de 1991, establecieron que si bien la doctrina de las mismas no es propiamente jurisprudencia dado el carácter administrativo del Centro, sin embargo es usual concederles una reconocida autoridad y sobre todo en los casos en que ninguna otra doctrina o norma se aducen en contra de la opinión fundada de dicho Centro».

En el presente caso, la nota de calificación recurrida, si bien fundamentada en diversas resoluciones de este Centro Directivo que transcribe parcialmente, señala como defecto simple y llanamente el de que «no puede adjudicarse la finca por una cantidad inferior a dicho 50% del tipo de subasta», omitiendo toda referencia a la posible actuación del letrado de la Administración de Justicia en cuanto a la apreciación y valoración de las circunstancias concurrentes al caso, de forma que, oídas las partes y firme el decreto de aprobación del remate, nada obstaría para la inscripción de la adjudicación por cantidad inferior al 50% del valor de subasta, como consecuencia de la interpretación integradora de los preceptos citados conforme se ha expuesto anteriormente. Por tanto, ese defecto señalado en la nota de calificación, tal y como consta redactado, ha de ser revocado.

Resolución de 23-10-2019
BOE 22-11-2019
Registro de la Propiedad de Altea.

HIPOTECA: EXTINCIÓN DE UNA PROPIEDAD HORIZONTAL CON ELEMENTOS PRIVATIVOS GRAVADOS.

Es doctrina de este Centro Directivo que cuando la calificación del registrador sea desfavorable es exigible, según los principios básicos de todo procedimiento y conforme 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. Del análisis de la nota de calificación de este expediente se deduce lo siguiente: se señalan los defectos que a juicio del registrador impiden la inscripción del documento, y los fundamentos en los que se apoya para justificarlas — que podrán o no ser acertados—. En consecuencia, es evidente que la calificación está suficientemente motivada.

De la doctrina de esta Dirección General cabe destacar, resumidamente, lo siguiente: primero, que el principio de indivisibilidad de la hipoteca implica, en caso de división o segregación realizada en la finca original, la subsistencia de la hipoteca en su integridad sobre cada una de las fincas resultantes aun cuando se reduzca la obligación garantizada (arts. 1860 CC y 122 de la Ley Hipotecaria); segundo, es principio básico de nuestro sistema, que la división de finca hipotecada no precisa el consentimiento del acreedor hipotecario, si bien de no mediar dicho consentimiento, cada una de las nuevas fincas resultantes responden de la totalidad del crédito garantizado, pudiendo el acreedor pedir la ejecución de cualquiera de ellas o de todas simultáneamente (cfr. arts. 122 y 125 de la Ley Hipotecaria), y, tercero, que cuando una parte de ese derecho complejo en que

consiste el dominio del piso o local en régimen de propiedad horizontal, se separa e independiza jurídicamente, seguirán pesando sobre ella los gravámenes recayentes sobre el derecho en el que se integraba anteriormente (cfr. resoluciones de 13 de junio de 1998, 27 de diciembre de 2010 o 16 de febrero de 2016, entre otras), aunque las limitaciones a las facultades dominicales derivadas de ese singular régimen de propiedad se ajustarán a su normativa específica.

Para los supuestos de extinción del régimen de propiedad horizontal, procede reiterar la doctrina expresada en la resolución de 26 de febrero de 2015, invocada por el recurrente, que se refiere precisamente a un supuesto de extinción de dicho régimen, al igual que sucede en el caso de este recurso. Por tanto, en el caso que nos ocupa, cabe aplicar la misma solución, si bien, estando gravados con hipoteca la totalidad de los departamentos, al quedar extinguido el régimen de propiedad horizontal y cancelados los folios reales de los elementos independientes, la hipoteca pasará a gravar la totalidad del solar resultante y la distribución antes efectuada recaerá sobre cuotas del mismo correspondientes a los elementos cancelados, de manera que la posición jurídica del acreedor en lo que respecta a la configuración de la garantía (y su eventual ejecución) no se ve alterada por la extinción del régimen, conforme a los principios expuestos a lo largo de la presente resolución.

Resolución de 24-10-2019
BOE 22-11-2019
Registro de la Propiedad de Valencia, número 3.

NÚMERO DE IDENTIFICACIÓN FISCAL: INTERPRETACIÓN ARTÍCULO 254 LH.

Debe decidirse en este expediente si es o no inscribible una escritura de compraventa en la que interesa a efectos de este expediente que en la comparecencia no consta el número de identificación de extranjero (NIE) de la representante de los vendedores, de nacionalidad ucraniana, que se identifica con pasaporte de su nacionalidad.

El artículo 254 de la Ley Hipotecaria, que impone la consignación del número de identificación fiscal de los comparecientes y de sus representados en el otorgamiento de las escrituras públicas que tengan por objeto determinados actos y contratos sobre bienes inmuebles, o a cualesquiera otros con trascendencia tributaria, han de ser interpretadas atendiendo a su espíritu y finalidad (art. 3.1 CC).

La obligación de consignación del número de identificación fiscal no está limitada al hecho de adquirir o transmitir un bien inmueble, sino que se extiende a todos los supuestos de participación en una relación jurídica con trascendencia tributaria lo que evidentemente ocurre en el presente supuesto. Si el legislador hubiera querido limitar tal obligación, al menos en el ámbito del Registro de la Propiedad, a los supuestos de transmisión o adquisición de derechos sobre bienes inmuebles y a los intervinientes en la escritura, lo hubiera hecho así. En definitiva, existe en el presente supuesto una escritura pública en la que se formaliza un acto con trascendencia tributaria y los citados preceptos exigen la constancia en dicha escritura de los números de identificación fiscal de todos los comparecientes y de los que actúen como representantes. Y dicho defecto ha de ser subsanado mediante la constancia en el propio título del número de identificación fiscal requerido.

Resolución de 24-10-2019
BOE 22-11-2019
Registro de la Propiedad de Ferrol.

PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 LH: 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 de la Ley Hipotecaria). El registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas en el procedimiento, debe decidir motivadamente según su prudente criterio. El juicio de identidad de la finca por parte del registrador, debe estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados, sin que basten expresiones genéricas o remitirse a la mera oposición no documentada de un colindante.

En el presente caso resultan identificadas y fundamentadas 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.

La aportación de un informe de validación catastral es suficiente para cumplir los requisitos técnicos que permiten la inscripción en el Registro de la representación gráfica y la remisión de la información correspondiente para su incorporación al Catastro, y ello con independencia de que el resultado de tal validación sea o no positivo. Si el resultado es positivo, supondrá que la representación gráfica es directamente incorporable al Catastro desde el punto de vista técnico, lo que no significa que sea inscribible en el Registro, ya que la representación de las parcelas colindantes afectadas deberá contar en todo caso con el consentimiento de sus titulares y, además, será objeto de calificación por el registrador.

Ciertamente, aunque no se produzca en el Registro tal inscripción, ello no impediría que se practicaran las demás operaciones registrales que se pretenden respecto de la finca a que se refiere la calificación impugnada, que se practicarían con la superficie que ya consta inscrita y, en cuanto a la declaración de obra nueva, siempre que la superficie de suelo ocupada por la obra cupiera en la finca inscrita (cfr. resoluciones de 19 de febrero de 2015).

Resolución de 25-10-2019
BOE 22-11-2019
Registro de la Propiedad de Santa María de Guía.

MENCIONES: NO HAN DE ACCEDER AL REGISTRO.

La manifestación de que una persona pueda construir un alpender no forma parte de la descripción de una finca —letra a) del artículo 9 de la Ley Hipotecaria—, sino que constituye un derecho a edificar que, como tal, es susceptible de inscripción separada y especial, y cuya naturaleza, extensión y condiciones, suspensivas o resolutorias, si las hubiere, así como su valor, cuando constare,

han de reflejarse en el título por el que se pretenda la inscripción, conforme a la letra c) del citado artículo 9 de la Ley Hipotecaria.

Si no queda claramente constituido el derecho real de manera efectiva —sin perjuicio de que pueda someterse a condición o término—, con determinación de su contenido y extensión, estaremos ante una mera mención de un derecho que será susceptible de inscripción separada y especial en el Registro de la Propiedad cuando aquel se termine de configurar, procediendo entretanto su cancelación de oficio por el Registrador si indebidamente hubiera accedido al Registro (arts. 9 y 98 de la Ley Hipotecaria y 7 del Reglamento Hipotecario).

Resolución de 25-10-2019
BOE 22-11-2019
Registro de la Propiedad de Mancha Real.

EXPROPIACIÓN FORZOSA: INTERVENCIÓN DEL TITULAR REGISTRAL. EXPROPIACIÓN FORZOSA: BASE GRÁFICA.

El supuesto de hecho planteado y calificado negativamente concierne al titular de un derecho real de hipoteca, el cual —a tenor del acta de ocupación y pago presentada y calificada— no ha comparecido o ha sido parte interesada en el expediente administrativo de expropiación por el que una parte de la finca inicialmente hipotecada va a ser detraída del tráfico jurídico privado, pasando a formar parte del dominio público, libre de cargas. Ante esta circunstancia advertida en un primer momento por el registrador por cauces no formales ni fehacientes al presentante del documento, es objeto de aportación al procedimiento registral una certificación privada emitida — presuntamente— por la entidad acreedora, dando constancia de estar al corriente del procedimiento de expropiación y de sus consecuencias, ante lo cual ya es objeto de una calificación negativa formal en la que se solicita la adecuada legitimación de firmas por parte de un notario en relación al firmante de la certificación, como medio de acreditar la autoría del documento que justifique la participación más o menos directa, pero bastante, del titular del derecho de hipoteca en el proceso de expropiación, pero sin entrar a valorar la eventual suficiencia de su poder o legitimación para representar a la entidad afectada.

Dentro de los términos ya expuestos, debe recordarse que el principio de tracto sucesivo plasmado en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, corolario de la tutela judicial efectiva proclamada en el artículo 24 de nuestra Constitución, recoge la preceptiva intervención del titular registral para la transmisión, alteración o modificación de los derechos que el Registro publica en su favor, ya sea de manera voluntaria compareciendo en un documento público, ya de manera forzosa en virtud de un pronunciamiento judicial o administrativo firme en un proceso dirigido contra él o sus herederos. Este mismo criterio es seguido en el ámbito de la inscripción de los actos administrativos derivados de actuaciones de expropiación forzosa, y así se recoge en el artículo 32 del Reglamento de ejecución de la Ley Hipotecaria.

A la vista de los preceptos y consideraciones estudiados, es evidente que resulta precisa la intervención de los titulares de derechos inscritos sobre una finca que son objeto de cancelación o modificación, y que dicha intervención puede plasmarse bien de manera voluntaria bien de manera forzosa, por medio de un procedimiento judicial o administrativo seguido contra dicho titular registral o

sus herederos, debiendo ser verificada y calificada dicha participación por el registrador. El registrador solicita instancia privada expedida por el hipotético representante bancario para justificar su intervención a los efectos de permitir la modificación de sus derechos como titular registral. Esta circunstancia, no impide que el documento privado en que se apoya la emisión de voluntad cumpla con determinados requisitos mínimos que acrediten la autenticidad de la autoría de su firmante.

Considera el registrador en su nota de calificación que, si bien se ha aportado un archivo en soporte informático con la teórica representación gráfica alternativa, dicho soporte no es legible por los equipos informáticos del Registro y dentro del ámbito exigible por la resolución conjunta. Atendiendo a la clara exigencia impuesta en el artículo 9 de la Ley Hipotecaria, no se puede entender cumplida en el caso que nos ocupa, al no haberse aportado la representación gráfica catastral o alternativa coincidente con la porción objeto de segregación y expropiación en formato compatible con los sistemas informáticos que son exigibles en la oficina del Registro, y por ello el defecto debe ser igualmente mantenido.

Resolución de 25-10-2019
BOE 22-11-2019
Registro de la Propiedad de A Coruña, número 6.

PROPIEDAD HORIZONTAL: CONSTITUCIÓN DE SERVIDUMBRE SOBRE PARTE DE ELEMENTOS COMUNES.

La Ley sobre propiedad horizontal ha superado dos características propias del clásico concepto de la copropiedad romana o por cuotas y atribuye a la junta de propietarios, como órgano colectivo, amplias competencias para decidir en los asuntos de interés de la comunidad (cfr. arts. 14 y 17 de la Ley sobre propiedad horizontal), si bien tratándose de determinados acuerdos (los que impliquen la aprobación o modificación de las reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad horizontal o en los estatutos de la comunidad), solo serán válidos cuando se adopten por los propietarios en los términos previstos en la regla 6 del artículo 17 de la Ley sobre propiedad horizontal, es decir por unanimidad (siquiera sea presunta, como permite la regla 8 de tal precepto).

No resulta aplicable en el caso previsto en el artículo 17.2 la regla general de la unanimidad para los acuerdos que implican una modificación de las reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad horizontal o en los estatutos de la comunidad en los términos previstos en la regla sexta del artículo 17 de la Ley sobre propiedad horizontal (siquiera sea presunta, como permite la regla octava de tal precepto), lo que hace innecesario examinar en el presente caso si las reservas formuladas por el único copropietario no asistente a la junta respecto de la nueva redacción de los estatutos que figura en el acta de la junta deben considerarse como una oposición formal o voto disidente, pues en todo caso, incluso aunque así fuera, se cumple con la exigencia legal del régimen de mayorías impuesto para los acuerdos relativos al establecimiento del servicio de ascensor prevista en la regla segunda del referido artículo 17.

En materia de propiedad horizontal debe distinguirse entre los acuerdos que tienen el carácter de actos colectivos (adoptados con los requisitos previstos en la legislación de propiedad horizontal resultantes de la correspondiente acta —cfr. art. 19 de la Ley sobre propiedad horizontal—), que no se imputan a cada pro-

pietario singularmente sino a la junta como órgano comunitario, y aquellos otros actos que, por afectar al contenido esencial del derecho de dominio, requieren el consentimiento individualizado de los propietarios correspondientes (categoría en la que la calificación recurrida subsume el acuerdo ahora debatido), el cual habría de constar mediante documento público para su acceso al Registro de la Propiedad.

En el presente caso ni estamos en presencia de un acto que por afectar a la totalidad del edificio afecte también a sus partes o elementos privativos (como sucedería en el ejemplo invocado por la citada resolución de 27 de julio de 2018 de constitución de una hipoteca sobre la totalidad del edificio), ya que la servidumbre recíproca constituida se proyecta única y exclusivamente sobre una parte delimitada de los elementos comunes (en concreto respecto del portal y del ascensor), sin extenderse a los elementos privativos; ni estamos tampoco en presencia de acuerdos que directa o indirectamente perjudiquen el derecho de alguno de los condueños al adecuado uso y disfrute de su propiedad (pues la propiedad separada de los elementos privativos no queda afectada en forma alguna por la servidumbre constituida); ni se suprime o restriñe derecho alguno atribuido en el título constitutivo a los propietarios; ni finalmente se hace inservible parte alguna del edificio para el uso y disfrute de ninguno de aquellos, sino que, antes al contrario, se amplían las posibilidades de dicho uso y disfrute al mejorarse las condiciones de accesibilidad del inmueble mediante la instalación de un servicio de ascensor. Esta conclusión aparece también avalada por la doctrina jurisprudencial sentada por el Tribunal Supremo en esta específica materia. Siendo, por tanto, los acuerdos aquí debatidos decisiones que entran dentro del ámbito de competencias propio de la junta de propietarios como acto colectivo de la misma, decae la exigencia del consentimiento individualizado «*uti singuli*» de todos los copropietarios del inmueble que se contiene en la calificación impugnada, que por tal motivo debe ser revocada.

Resolución de 10-10-2019
BOE 25-11-2019
Registro de la Propiedad de Medio Cudello-Solares.

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN: LIBERTAD ARRENDATICIA. PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN: IMPUESTO SOBRE EL INCREMENTO DEL VALOR DE LOS TERRENOS DE NATURALEZA URBANA. PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN: ANOTACIÓN DE EMBARGO CADUCADA.

En cuanto al impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana, el último inciso del artículo 254 fue introducido en la modificación operada en la Ley Hipotecaria por la disposición final cuarta de la Ley 16/2012, de 27 de diciembre. Desde entonces como dice el citado artículo respecto de dicho impuesto, deberá acreditarse previamente haber presentado la autoliquidación o, en su caso, la declaración del impuesto, o la comunicación a que se refiere la letra b) del apartado 6 del artículo 110 del texto refundido de la Ley de Haciendas Locales. En este sentido debe recordarse que es doctrina de esta Dirección que excepcionalmente para el caso de transmisiones onerosas y con el fin de no obstaculizar que el interesado, que no es sujeto pasivo del impuesto, pueda inscribir su derecho, para lograr el levantamiento del cierre registral basta la mera comunicación. Y, por otro, que el contenido de la comunicación es di-

ferente del que se exige para la declaración pues mientras en aquella se cumple con indicar los datos esenciales de la escritura, en esta debe acompañarse copia simple y demás documentación en iguales términos que se piden para el caso de autoliquidación. Por lo tanto, debe confirmarse el defecto observado si bien con la salvedad de que será suficiente a efectos de procurar la inscripción la mera comunicación de la transmisión operada ya que el pago del impuesto conforme se ha dicho, corresponde al transmitente.

La declaración exigida por el artículo 25.5 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994, dadas las peculiaridades de las ventas forzosas (en las que no existe cauce procesal para que la manifestación sea hecha por la autoridad judicial, y tampoco es previsible que la haga el transmitente) ha de hacerla el nuevo propietario, bien en las actuaciones judiciales, bien en acto posterior. A tal efecto, señala que la declaración de no estar arrendada la finca ha de ser expresa y específica, hecha por el adjudicatario, y sin que pueda inferirse indirectamente de otros datos o manifestaciones, no bastando una mera alegación de que del procedimiento no resulta la existencia de arrendatarios. A tal efecto, este Centro Directivo tiene declarado que dadas las particularidades de la transmisión dicha manifestación puede y debe hacerla el adquirente en las propias actuaciones judiciales, ante notario, o mediante instancia firmada o ratificada ante el registrador, no bastando una mera alegación de que del procedimiento no resulta la existencia de arrendatarios y sin que la misma pueda ser inferida de otros datos o documentos al ser una manifestación de contenido expreso y específico.

La disposición transitoria tercera de la Ley 5/2019 se aplicará a los decretos de adjudicación dictados en procedimientos de ejecución hipotecaria siempre que se hayan iniciado antes del 15 de mayo de 2013, fecha de entrada en vigor de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, y que el decreto de adjudicación que se dicte sea anterior a 16 de julio de 2019, Ley 5/2019, de 15 de marzo, fecha de entrada en vigor de esta última. En este caso, el procedimiento es de ejecución de títulos judiciales derivado de un procedimiento cambiario por lo tanto queda fuera del ámbito del artículo 557; tampoco se trata de un título que lleve aparejada oposición y que contenga una cláusula contractual abusiva que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible; finalmente no se trata de una ejecución hipotecaria, por lo que la repetida disposición transitoria no le es de aplicación. En consecuencia, dicho defecto debe ser revocado.

Las anotaciones preventivas tienen una vigencia determinada y su caducidad opera «*ipso iure*» una vez agotado el plazo de cuatro años, hayan sido canceladas o no, si no han sido prorrogadas previamente, careciendo desde entonces de todo efecto jurídico, entre ellos la posición de prioridad que las mismas conceden a su titular, y que permite la inscripción de un bien a favor del adjudicatario con cancelación de cargas posteriores, de modo que los asientos posteriores mejoran su rango en cuanto dejan de estar sujetos a la limitación que para ellos implicaba aquel asiento y no podrán ser cancelados en virtud del mandamiento prevenido en el artículo 175.2.ª del Reglamento Hipotecario, si al tiempo de presentarse aquel en el Registro, se había operado ya la caducidad. En el supuesto de hecho que da lugar a la presente resolución, cuando el decreto de adjudicación y el mandamiento de cancelación de cargas se presentan en el Registro, ya se había producido la caducidad de la anotación del embargo. En consecuencia, se rechaza la cancelación de asientos posteriores, al estar caducada la anotación ordenada en los autos que dan lugar al mandamiento cancelatorio.

Podría pensarse que, tras la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2017, cuando se expida una certificación de cargas en un procedimiento

de ejecución de embargo, el registrador deberá extender nota al margen de la anotación, y dar a dicha nota la virtualidad de prorrogar indefinidamente la anotación a la que se refiere, pero no hay apoyo legal que le permita hacerlo. Una doctrina que atribuya con carácter general una eficacia cancelatoria indefinida a un mandamiento derivado de un procedimiento, que debiendo haber causado prórroga del asiento registral no lo hizo (cabría sostener que, una vez expedida la certificación, la prórroga es innecesaria siguiendo la lógica del razonamiento) y que puede ser presentado en cualquier momento, hayan pasado los años que hayan pasado, y, sin un asidero registral vigente, surtir efectos cancelatorios, no parece lógico que deba mantenerse; y, en todo caso, siempre que sea necesario para decidir sobre la buena o mala fe de los intervinientes, sobre la forma en que deben equilibrarse sus distintos intereses y resolver de la forma más justa y equitativa de resolver conflictos de esta naturaleza parece que es el procedimiento judicial el único llamado a intervenir.

Resolución de 30-10-2019
BOE 27-11-2019
Registro de la Propiedad de Aoiz.

RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO. PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: NECESARIA PRESENTACIÓN DEL TESTIMONIO DEL DECRETO DE ADJUDICACIÓN Y DEL MANDAMIENTO DE CANCELACIÓN CONJUNTAMENTE.

Solo cabe interponer recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado cuando el registrador califica negativamente el título, sea total o parcialmente. No tiene en consecuencia por objeto cualquier otra pretensión de la parte recurrente, señaladamente la determinación de la validez o no del título inscrito ni de su derecho a inscribir o anotar, cuestiones todas ellas reservadas al conocimiento de los tribunales (art. 66 de la Ley Hipotecaria).

El principio constitucional de protección jurisdiccional de los derechos y de interdicción de la indefensión procesal, que limita los efectos de la cosa juzgada a quienes hayan sido parte en el procedimiento, garantizando así el tracto sucesivo entre los asientos del Registro, que no es sino un trasunto de la proscripción de la indefensión, impediría dar cabida en el Registro a una extralimitación del juez que entrañara una indefensión procesal patente, razón por la cual, el artículo 100 del Reglamento Hipotecario (en consonancia con el artículo 18 de la propia Ley) extiende la calificación registral frente a actuaciones judiciales a la competencia del juez o tribunal, la adecuación o congruencia de su resolución con el procedimiento seguido y los obstáculos que surjan del Registro, así como a las formalidades extrínsecas del documento presentado, todo ello limitado a los exclusivos efectos de la inscripción.

El título posterior (mandamiento de cancelación de cargas) en ningún caso puede despacharse sin que se inscriba el anterior (auto de adjudicación), como resulta de lo establecido en el artículo 133 de la Ley Hipotecaria, según el cual el testimonio expedido por el letrado de la Administración de Justicia comprensivo del decreto de remate o adjudicación y del que resulte la consignación, en su caso, del precio, será título bastante para practicar la inscripción de la finca o derecho adjudicado a favor del rematante o adjudicatario, siempre que se acompañe el mandamiento de cancelación de cargas

a que se refiere el artículo 674 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Y, como ha quedado expuesto, en el presente caso el auto de adjudicación ha sido objeto de calificación negativa».

Resolución de 30-10-2019
BOE 27-11-2019
Registro de la Propiedad de Lalín.

PROCEDIMIENTO DEL ARTÍCULO 199 LH: DUDAS DE LA IDENTIDAD DE LA FINCA EN CASOS DE CONCENTRACIÓN PARCELARIA.

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 dicho 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 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 de la Ley Hipotecaria). 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. Deben entenderse justificadas las dudas de identidad declaradas por el registrador en su nota de calificación.

Si se apreciase la identidad total de la finca inscrita con la parcela catastral, se respetaría la plena coordinación entre las parcelas catastrales que resultan del procedimiento de concentración parcelaria y las fincas registrales (cfr. art. 237 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario y resolución de 20 de abril de 2017), y por ello no se justificaría la exigencia de rectificación del título de concentración parcelaria, de forma análoga a lo que sucedía en el caso de la resolución de 20 de abril de 2017.

En este caso no 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.

Resolución de 31-10-2019
BOE 27-11-2019
Registro de la Propiedad de Elche, número 4.

CONVENIO REGULADOR DE LA SEPARACIÓN Y EL DIVORCIO: ÁMBITO.

La determinación de si el convenio regulador aprobado judicialmente constituye o no título hábil para la inscripción de los actos realizados en el mismo

está sometido a la calificación registral, porque la clase de título inscribible afecta a los obstáculos derivados de la legislación del Registro, pues en el artículo 3 de la Ley Hipotecaria se prevén diferentes clases de documentos públicos en consonancia con cada uno de los actos a que se refiere el artículo 2 de la propia ley, sin que sean documentos intercambiables sino que cada uno de ellos está en consonancia con la naturaleza del acto que se contiene en el correspondiente documento y con la competencia y congruencia según el tipo de transmisión de que se trate.

Como ha puesto de relieve este Centro Directivo, es inscribible el convenio regulador sobre liquidación del régimen económico-matrimonial que conste en testimonio judicial acreditativo de dicho convenio. Esa posibilidad ha de interpretarse en sus justos términos, atendiendo a la naturaleza, contenido, valor y efectos propios del convenio regulador (cfr. arts. 90, 91 y 103 CC), sin que pueda servir de cauce formal para otros actos que tienen su significación negocial propia, cuyo alcance y eficacia habrán de ser valorados en función de las generales exigencias de todo negocio jurídico y de los particulares que imponga su concreto contenido y la finalidad perseguida. En definitiva, solo son inscribibles aquellos actos que, conforme al artículo 90 del Código civil, constituyen el llamado contenido típico del convenio regulador, fuera de los cuales, y sin afectar a la validez y eficacia de los actos consignados en un documento que no pierde el carácter de convenio privado objeto de aprobación judicial, su acceso a los libros del Registro requiere su formalización en los títulos establecidos en el artículo 3 de la Ley Hipotecaria, es decir el documento público notarial, al tratarse de un acto voluntario y consciente celebrado por los interesados, fuera de una contienda o controversia entre los mismos.

Así pues, a la luz de las anteriores consideraciones, el recurso no puede prosperar. La adjudicación de un bien inmueble objeto de comunidad ordinaria adquirido antes del matrimonio, de carácter privativo, es un negocio ajeno al contenido típico del convenio regulador, por lo que para su inscripción en el Registro de la Propiedad es necesaria la oportuna escritura pública o, en su defecto, la sentencia firme dictada por juez competente en el procedimiento que corresponda. Ciertamente, tratándose de la vivienda familiar, si se hubieran realizado pagos del precio aplazado de la misma con dinero ganancial, la titularidad privativa inicial habrá devenido —«*ex lege*»— con los desembolsos realizados, en el nacimiento de una comunidad romana por cuotas entre la sociedad de gananciales y los cónyuges titulares, en proporción al valor de las aportaciones respectivas (cfr. arts. 1354 y 1357.2 CC).

En el concreto supuesto de este expediente, en la documentación presentada a calificación resulta que la finca no tenía el carácter de vivienda familiar —es más, la finca que constituye vivienda familiar es otra que se adjudica a la esposa— y de aquella no resulta su financiación o la relación de la operación de extinción de comunidad con operación matrimonial o familiar alguna, siendo una adjudicación de un bien que había sido adquirido pro indiviso y por partes iguales por dos personas solteras, que después contraen matrimonio y quedan sujetos en su régimen económico matrimonial a la sociedad de gananciales regulada en el Código civil, y sin que en dicha liquidación intervenga causa hábil alguna en los términos expuestos.

Resolución de 31-10-2019
BOE 27-11-2019
Registro de la Propiedad de Navalcarnero, número 2.

LICENCIA ADMINISTRATIVA: CONSTANCIA REGISTRAL DE SUS CONDICIONES.

Es pacífico, doctrinal y jurisprudencialmente, que la urbanística es, como toda licencia, un acto de autorización, si bien limitada a las de edificación, uso del suelo, y del subsuelo. La finalidad de este tipo de licencias es verificar si la actividad proyectada es conforme con la ordenación urbanística aplicable. Acorde con su naturaleza reglada, no resulta admisible la imposición de condiciones ajenas al parámetro de referencia de la actuación administrativa. En cambio, sí es perfectamente posible, sujetar las licencias a «*conditio iuris*», esto es, a los requisitos urbanísticos legalmente exigidos. El condicionamiento del que se trata no debe entenderse en el sentido de la condición contractual —artículo 1113 del Código civil—, como suceso futuro e incierto, sino como «*conditio iuris*».

Entre los actos administrativos inscribibles, se hace mención expresa de «las condiciones especiales a que se sujeten los actos de conformidad, aprobación o autorización administrativa, en los términos previstos por las Leyes» —artículo 65.1.d) de la Ley de Suelo y resoluciones de 14 de mayo de 2005, 14 de julio de 2009, 26 de abril de 2011 y 22 de junio de 2013—. Tales determinaciones, salvo en los casos que la legislación establezca otra cosa, podrán inscribirse en el Registro de la Propiedad mediante certificación administrativa expedida por órgano urbanístico actuante.

El artículo 74 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, que permite completar la norma legal, añade algún punto que es de interés citar: En primer lugar, alude a las condiciones que han de cumplirse en la finca a la que afectan, con arreglo a las leyes o a los planes; en segundo lugar, la nota marginal se tomará en virtud de instancia del titular de la finca a la que se acompañe certificación administrativa en la que conste literalmente el acuerdo adoptado, y además, en la misma se transcribirá literalmente el acuerdo que da lugar a su práctica y se especificará que no produce otro efecto que el previsto en el artículo anterior.

Ello no supone que todas las condiciones que pueda contener un acto administrativo y cuyo reflejo registral se acuerde sean susceptibles de acceso al Registro, pues el tratamiento de este tipo de determinaciones urbanísticas de base legal y afectantes a fincas concretas, pero de efectos jurídicos limitados, debe resultar coherente con los principios informadores del Registro de la Propiedad, entre los cuales se encuentra señaladamente la expulsión del contenido de los libros registrales de toda mención de derechos o gravámenes o limitaciones dispositivas de efectos jurídico reales susceptibles de inscripción separada y especial que deben acomodarse a sus requisitos propios de constitución —artículos 29 y 98 de la Ley Hipotecaria—. Por este motivo para tomar razón en el Registro de la Propiedad de condiciones de licencias o de licencias en precario, el ordenamiento exige que conste instancia del titular registral o que resulte que el procedimiento ha contado con su audiencia (arts. 74 y 76 del Real Decreto 1093/1997).

Entrando a valorar el primero de los defectos examinados, de acuerdo con los fundamentos anteriores, esto es, la exigencia de instancia específica por parte del titular registral para la constancia de las condiciones urbanísticas de la licencia, cuyo reflejo registral se acuerda por acto administrativo que se incorpora a la escritura de declaración de obra en construcción, debemos declarar su

improcedencia. Otorgada por el titular registral la escritura de declaración de obra amparada por un acto administrativo firme incorporado a la misma, que el mismo invoca como título habilitante que permite su acceso al Registro, es evidente que acepta su contenido y por tanto el condicionamiento de la misma, sin que se estime preciso un consentimiento adicional expreso. Cuestión distinta es que el titular registral manifieste expresamente su rechazo a la constancia registral de determinadas condiciones acordada por el órgano autorizante, en cuyo caso puede encontrarse un impedimento a la inscripción de la escritura de declaración de obra.

Respecto al segundo defecto, la falta de firmeza del acto administrativo habilitante, se estima procedente su exigencia. Como señala la registradora, en cuanto a la necesidad de la firmeza de la resolución administrativa, como ha afirmado este Centro Directivo reiteradamente, es necesaria y suficiente, como regla general, la firmeza en vía administrativa para que los actos administrativos que implican una mutación jurídico-real inmobiliaria sean susceptibles de inscripción en el Registro de la Propiedad. Tratándose de un acto emanado de la Junta de Gobierno Local, el mismo pone fin a la vía administrativa, pero es susceptible de recurso potestativo de reposición en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente al de la recepción de la notificación, por lo que en el presente expediente no consta acreditada la firmeza del acto administrativo, que no puede presumirse en ningún caso.

Resolución de 4-11-2019
BOE 27-11-2019
Registro de la Propiedad de Terrassa, número 2.

HIPOTECA: FORMAS DE COTITULARIDAD.

La titularidad plural de los derechos reales queda sujeta en Derecho común, como disciplina básica, al régimen de la comunidad de bienes contenido en los artículos 392 y siguientes del Código civil, lo que excluye en principio la admisión de titularidades dominicales solidarias tal como ya tuvo ocasión de señalar la resolución de 26 de diciembre de 1946. Ello se traduce a efectos registrales en la necesidad de precisar en la inscripción a practicar la cuota o porción ideal de cada titular en el derecho con datos matemáticos que permitan conocerla indudablemente (cfr. art. 54.1 del Reglamento Hipotecario).

Ahora bien, como este Centro Directivo ha tenido ocasión de señalar, la exigencia impuesta por el artículo 54 del Reglamento Hipotecario, en orden a la determinación de la cuota de cada titular en un proindiviso, debe subordinarse a las especiales características de ciertas comunidades, pues no siempre será imperativa la existencia de aquellas cuotas para la perfecta delimitación del derecho inscrito (cfr. resolución de 22 de mayo de 2000). La hipoteca, pese a ser un derecho real, presenta en los supuestos de pluralidad de titulares evidentes singularidades. El carácter parciario, mancomunado o solidario del crédito va a determinar o condicionar la titularidad proindiviso, colectiva o solidaria de la hipoteca que la garantice, siendo la determinación de cuotas inexcusable en el caso de la obligación parciaria pero no en los demás casos. Esta singular cotitularidad también puede determinar especialidades en el ejercicio de la acción hipotecaria. Tres son las formas que puede presentar dicho ejercicio: La actuación aislada y unilateral de cada acreedor, de cada cotitular, que inevitablemente

exige como presupuesto la previa determinación de cuotas (*vid.* en este sentido el artículo 227 del Reglamento Hipotecario); la aislada de cualquier acreedor vinculando a los demás, que nos llevará a la cotitularidad solidaria; y, por último, la actuación conjunta de todos los acreedores, en caso de que se trate de una obligación indivisible por pacto expreso entre las partes.

En el presente caso, no se trata ahora de discernir si para la inscripción de la hipoteca era o no inexcusable determinar cuotas indivisas de titularidad, porque es lo cierto que la hipoteca ya fue inscrita, y así consta actualmente, a favor de dos entidades, cada una con su respectiva cuota indivisa de titularidad, como comunidad parciaria. Para estos supuestos se ha discutido por la doctrina si, en estos supuestos de comunidad parciaria es necesaria la actuación conjunta por todos los acreedores para la ejecución de la hipoteca, o si, por el contrario, cada acreedor puede ejecutar su cuota de hipoteca con independencia de los demás, descartándose por todos, la posibilidad, en estos casos de comunidad parciaria, de una ejecución solidaria por cada acreedor por la totalidad de la hipoteca. Como ya se ha razonado, es posible la actuación aislada y unilateral de cada acreedor respecto de su respectiva cuota de titularidad hipotecaria. A este respecto, su desenvolvimiento práctico es semejante al caso de varias hipotecas de igual rango, de modo que la ejecución separada por cada uno de los titulares de cada cuota indivisa de la hipoteca deja subsistente la hipoteca en cuanto a la cuota indivisa de los demás cotitulares que no fuera objeto de ejecución. En consecuencia, no se estima imprescindible exigir la ejecución conjunta y simultánea por todos los titulares indivisos de la hipoteca.

Resolución de 4-11-2019
BOE 27-11-2019
Registro de la Propiedad de Barcelona, número 24.

INSCRIPCIÓN: CIRCUNSTANCIAS PERSONALES DE LOS ADQUIRENTES. PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: HERENCIA YACENTE. SENTENCIA DICTADA EN REBELDÍA: FIRMEZA. FINCA REGISTRAL: IDENTIFICACIÓN. ANOTACIÓN PREVENTIVA POR DEFECTO SUBSANABLE: NO COMPATIBLE CON LA INTERPOSICIÓN DE RECURSO.

En cuanto al primer defecto, la necesidad de que consten las circunstancias personales de la demandante, deriva además de la propia redacción del artículo 9 de la Ley Hipotecaria al señalar entre los datos que deben constar en el asiento que se practique en virtud del título presentado el de la persona natural a cuyo favor se haga la inscripción. El artículo 51.9.ª del Reglamento Hipotecario, en desarrollo del citado precepto legal, señala las circunstancias que deben reflejarse en la inscripción.

Cabe plantearse a la vista de lo anterior si la sentencia declarativa de usucapión en tanto medio de rectificación del Registro es en cierta manera, una especialidad o excepción del principio de tracto sucesivo recogido en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria. En el caso de la usucapión extraordinaria aun cuando no será necesaria la acreditación en el procedimiento de la existencia o la validez de los títulos de hipotéticos adquirentes posteriores, pues precisamente dicha modalidad de prescripción adquisitiva no precisa ni de buena fe ni de justo título siendo únicamente necesario acreditar la posesión en concepto de dueño, publica, pacífica y no interrumpida, dado que la declaración que le ponga fin

alterará el contenido de los libros del Registro deberá ser entablado, en todo caso, contra el titular registral para evitar su indefensión. Esta exigencia entronca con el principio de tracto sucesivo establecido en el citado artículo 20 de la Ley Hipotecaria, que intenta evitar la indefensión proscrita en el artículo 24 de la Constitución Española.

En los casos en que interviene la herencia yacente, la doctrina de este Centro Directivo impone que toda actuación que pretenda tener reflejo registral deba articularse bien mediante el nombramiento de un administrador judicial, en los términos previstos en los artículos 790 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, bien mediante la intervención en el procedimiento de alguno de los interesados en dicha herencia yacente (resoluciones de 27 de mayo y 12 de julio de 2013, 8 de mayo de 2014, 5 de marzo de 2015 y demás citadas en los «Vistos»). Esta doctrina se ha matizado en los últimos pronunciamientos en el sentido de considerar que la exigencia del nombramiento del defensor judicial debe limitarse a los casos en que el llamamiento a los herederos desconocidos sea puramente genérico y no haya ningún interesado en la herencia que se haya personado en el procedimiento considerando el juez suficiente la legitimación pasiva de la herencia yacente. En el supuesto de este expediente, del testimonio de la sentencia presentado y objeto de calificación resulta que el llamamiento a los desconocidos herederos es genérico y consta la notificación edictal, pero no que se haya llevado a cabo una investigación razonable, sobre la existencia de herederos testamentarios o legales de los titulares registrales de la finca afectada. Por lo tanto, no cabe sino confirmar el defecto observado.

Dictada la sentencia en rebeldía procesal de los demandados, tal y como consta en la propia resolución, resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 524.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que dispone: «Mientras no sean firmes, o aun siéndolo, no hayan transcurrido los plazos indicados por esta Ley para ejercitar la acción de rescisión de la sentencia dictada en rebeldía, solo procederá la anotación preventiva de las sentencias que, dispongan o permitan la inscripción o cancelación de asientos en Registros públicos». Es decir, aun cuando conste acreditado en tiempo y forma la firmeza de la resolución, es aplicable la doctrina reiterada de este Centro Directivo (cfr. resoluciones citadas en el «Vistos») según la cual, cuando una sentencia se hubiera dictado en rebeldía es preciso que, además de ser firme, haya transcurrido el plazo del recurso de audiencia al rebelde.

Es requisito indispensable para calificar el documento presentado que la finca registral objeto del mismo sea identificada de forma indubitada. Del documento presentado solo resulta descrita la finca por calle, número y piso, sin que consten los demás datos que permitan determinar con precisión la finca adquirida por usucapión. La registradora no tiene, en contra de lo que parece presumir la recurrente, acceso a los autos judiciales y por otra parte el escrito de recurso no es el documento idóneo para subsanar los defectos advertidos en la nota de calificación.

No procede practicar anotación por defecto subsanable cuando se halla pendiente de resolución un recurso interpuesto contra la calificación, puesto que, dado el régimen específico de prórroga del asiento de presentación derivado de la interposición del recurso, carece de sentido dicha anotación, sin perjuicio de que una vez finalizado este pueda el interesado subsanar el defecto o bien solicitar —ahora sí— la anotación preventiva por defecto subsanable (*vid.* resoluciones de este Centro Directivo de 16 de septiembre de 2005, 21 de septiembre de 2011, 20 de junio de 2018 y 17 de enero de 2019).

Resolución de 5-11-2019
BOE 27-11-2019
Registro de la Propiedad de Jerez de la Frontera, número 1.

RECURSO GUBERNATIVO: CALIFICACIÓN DE DOCUMENTOS SUBSANATORIOS. PROCEDIMIENTO DEL ARTÍCULO 201 LH: MODIFICACIÓN DE OBRA NUEVA.

Como ha afirmado esta Dirección General (cfr. resolución de 30 de octubre de 2012), «de intentarse la subsanación y aportar, por tanto, nuevos documentos, el registrador tendrá que realizar nueva calificación del documento antiguo y los nuevos complementarios en que se subsanan los defectos, aunque limitada exclusivamente a la procedencia de la subsanación. Calificación que, de ser negativa en todo o en parte, dará lugar a nueva prórroga del asiento de presentación con notificación y plazo para recurso, pero solo por lo que se refiere a la nueva calificación relativa a la subsanación, manteniendo en su caso la vigencia de la anterior, así como la notificación, plazo de recurso y prórroga por razón de la misma». En el presente caso, la calificación del documento subsanatorio se limita a un defecto formal, relativo a la omisión de las notificaciones a los colindantes en el expediente de rectificación de descripción (en lo que se refiere a la aclaración descriptiva contenida en dicha subsanación). Sin embargo, no se pronuncia la calificación desde un punto de vista sustantivo o de fondo, sobre si el documento subsanatorio, con independencia de tales cuestiones formales, permite o no la inscripción suspendida en la anterior calificación no recurrida. Esta omisión no puede determinar, como alega el registrador en su informe, que dicha primera calificación se entienda firme y no recurrible, pues se estaría causando indefensión al interesado.

Como ya ha afirmado anteriormente esta Dirección General (cfr. resoluciones de 29 de noviembre de 2017 y 13 de noviembre de 2018), cualquier rectificación descriptiva de una edificación debe cumplir los requisitos propios de una modificación de obra nueva, especialmente lo relativo a los requisitos urbanísticos, sin que los trámites previstos en el artículo 201 (ya sea en su apartado 1 o, como ocurre en el caso que nos ocupa, la mera rectificación superficial al amparo del citado apartado 3) sean hábiles para rectificar por sí una edificación ni para elementos integrantes de una división horizontal.

En el caso que nos ocupa, el título reúne todos los requisitos para la inscripción de la rectificación de la descripción de las edificaciones que se pretende, quedando claramente acreditada la antigüedad de la edificación en los términos previstos en el apartado 4 del artículo 28 de la Ley de Suelo. Este precepto permite la inscripción de 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, cuando ello se acredite (entre otros medios posibles) mediante certificación catastral en la que conste la terminación de la obra en fecha determinada y su descripción coincidente con el título, que es precisamente el supuesto que nos ocupa.

En el presente caso se aporta una certificación catastral descriptiva y gráfica de la que resulta la representación gráfica georreferenciada de las fincas, que es la que determina su ubicación y localización, sus linderos y superficie, sin que resulte alterada tal representación gráfica ni la descripción resultante de la misma (que es la que se notifica a los colindantes) por la escritura aclaratoria. Por este

motivo, deben estimarse las alegaciones del recurrente por cuanto es innecesario reiterar los trámites de notificación a los colindantes cuando la ubicación y delimitación de las fincas determinada por su representación gráfica que debe inscribirse no ha variado.

Esta Dirección General ya ha señalado que si bien es posible que una finca registral tenga varias representaciones gráficas catastrales (cfr. Resolución Conjunta de la Dirección General de los Registros y del Notariado y de la Dirección General del Catastro de 26 de octubre de 2015, apartado octavo, párrafo tercero); sin embargo, no es posible el supuesto inverso, es decir, que una sola representación gráfica se atribuya a varias fincas registrales, ya que la inscripción de dicha representación implicaría encubrir un acto de agrupación, lo cual proscribe expresamente los artículos 199 y 201 de la Ley Hipotecaria (cfr. resolución de 19 de diciembre de 2017). Ahora bien, en el caso de este expediente debe considerarse la configuración física de las fincas como engalaberno, circunstancia que ya figuraba en los libros del Registro, y perteneciendo ambas fincas al mismo titular, por lo que se excluye dicha posibilidad de modificación hipotecaria encubierta.

Resolución de 5-11-2019
BOE 27-11-2019
Registro de la Propiedad de Tomelloso.

BASES GRÁFICAS: ES EL TITULAR DE LA FINCA EL QUE HA DE IDENTIFICAR LA BASE GRÁFICA QUE CORRESPONDE A LA FINCA.

El recurso no puede prosperar. La Ley 13/2015, de 24 de junio, reformó la Ley Hipotecaria y la Ley del Catastro Inmobiliario con el objetivo de lograr la coordinación entre Catastro y Registro de la Propiedad. Sin embargo, la operación solicitada por el interesado no encaja en ninguna de las previsiones de la citada ley ni, en general, en ninguna norma del ordenamiento vigente. Efectivamente, no corresponde al registrador en ningún caso «requerir» a la Gerencia Territorial para que localice e identifique en la cartografía catastral una determinada finca registral, y tampoco corresponde al registrador efectuar por sí tal localización. Es el interesado quien debe aportar al registrador la representación gráfica de la finca registral de la que sea titular para que se proceda a la inscripción de la misma conforme a lo previsto en los artículos 9.b) y 199 de la Ley Hipotecaria, que culmina con la coordinación gráfica, con los efectos jurídicos correspondientes (art. 10.5 de la Ley Hipotecaria).

De igual modo no resulta admisible la solicitud de expedición de publicidad referida a datos catastrales. Por consiguiente no es ajustado a la legislación hipotecaria, como pretende el recurrente, solicitar del registrador para que este requiera a la Gerencia Territorial del Catastro para que expida una certificación sobre datos de titularidad catastral y, menos aún, que el registrador expida y suministre tal información, la cual no se encuentra en el archivo bajo su responsabilidad.

Por último, cabe recordar que el artículo 420 del Reglamento Hipotecario prevé que no se practicará asiento de presentación de «los documentos privados, salvo en los supuestos en que las disposiciones legales les atribuyan eficacia registral» y de «los demás documentos que por su naturaleza, contenido o finalidad no puedan provocar operación registral alguna». En el presente caso resulta evidente que las operaciones solicitadas no pueden provocar operación registral alguna

por lo que la solicitud objeto de este expediente ni siquiera sería susceptible de causar asiento de presentación.

Resolución de 5-11-2019
BOE 27-11-2019
Registro de la Propiedad de Madrid, número 29.

RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO. PROHIBICIONES DE DISPONER: EFECTOS.

Debe recordarse que los recursos contra la calificación del registrador no pueden extenderse a asientos ya practicados que se encuentran bajo la salvaguardia de los tribunales. En efecto, de conformidad con lo establecido en el párrafo tercero del artículo 1 de la Ley Hipotecaria, los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los tribunales, por lo que solo dichos tribunales pueden declarar la nulidad de un asiento. Y no solo ello es así, sino que, además, debe ser en procedimiento dirigido contra todos aquellos a quienes tal asiento conceda algún derecho (art. 40 *in fine* de la Ley Hipotecaria). No se puede por tanto discutir en el ámbito de este recurso si la cancelación por caducidad del asiento de presentación fue o no correcta, si se practicaron o no las notificaciones al presentante respecto de la suspensión de la calificación *ex* artículo 254 de la Ley Hipotecaria y en definitiva la eficacia de la anotación de prohibición de disponer ya vigente, que se encuentra bajo la salvaguarda de los tribunales.

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 2 de noviembre de 2018. 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.

Las prohibiciones voluntarias y las que tienen su origen en un procedimiento civil, tratan de satisfacer intereses básicamente privados: pueden cumplir funciones de garantía (*vid.* Ley 482 del Fuero Nuevo de Navarra), de tutela (hasta que los hijos lleguen a determinada edad), para lograr la plena satisfacción de la voluntad del beneficiario de la prohibición, garantizar el resultado de un procedimiento o la caución del mismo, etc. Por ello, prevalece la finalidad de evitar el acceso al Registro del acto dispositivo realizado por quien carece de poder de disposición para ello al no habérsele transmitido la facultad dispositiva. En consecuencia, si cuando otorgó el acto afectado por la prohibición de disponer no tenía limitado su poder de disposición el acto fue válido y debe acceder al Registro a pesar de la prioridad registral de la prohibición de disponer, aunque se entiende que la inscripción del acto anterior no implica la cancelación de la propia prohibición de disponer, sino que esta debe arrastrarse. Las adoptadas en los procedimientos penales y administrativos lo que quieren garantizar es el cumplimiento de intereses públicos o evitar la defraudación del resultado de

la sentencia penal o las responsabilidades que de ella puedan derivar. Debe, en consecuencia, prevalecer el principio de prioridad establecido en el artículo 17.

En consecuencia, constando anotada una prohibición de disponer que abarca cualquier acto de enajenación, transmisión o de «cualquier operación» ordenada por un tribunal, existe un componente de orden público que no puede ser pasado por alto, prevaleciendo los superiores intereses públicos, debiéndose denegar la inscripción de la compraventa (ahora posterior tras la caducidad del primer asiento de presentación) sin que se plantee por tanto la eventual prevalencia que conforme al artículo 145 Reglamento Hipotecario podría haber tenido la escritura de compraventa si fuera de fecha anterior a la misma y la anotación se hubiera limitado dentro de un procedimiento civil a prohibir actos dispositivos.

Resolución de 6-11-2019
BOE 27-11-2019
Registro de la Propiedad de Gandía, número 2.

CIRCUNSTANCIAS PERSONALES: RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL DE CÓNYUGES EXTRANJEROS. RECTIFICACIÓN CABIDA: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Aun cuando el registrador pueda incurrir en causa de responsabilidad disciplinaria, si calificado un título y subsanado el defecto, detectase otro que no haya hecho constar en la primera calificación, debe efectuar una segunda comprensiva del mismo, pues los fuertes efectos que el sistema registral atribuye a las inscripciones con la finalidad de preservar la seguridad del tráfico y del crédito inmobiliario, hacen que deba extremar el control de legalidad sobre los títulos presentados.

El sistema español de seguridad jurídica preventiva tiene como uno de sus pilares básicos la publicidad de la titularidad del dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles. Por ello la determinación de la titularidad debe quedar reflejada en los asientos del Registro de la Propiedad. Tratándose de personas casadas, la titularidad queda afectada por la existencia convencional o legal de un régimen económico matrimonial que determina el ejercicio y extensión del derecho. Para que dichas circunstancias puedan ser conocidas por terceros el Registro debe publicarlas, por lo que se exige la debida constancia de cuál sea el régimen económico-matrimonial aplicable al titular registral.

Tratándose de adquisiciones llevadas a cabo por personas cuyo régimen económico-matrimonial esté sujeto a una ley extranjera, la finalidad de publicar una situación jurídica cierta no se ve modificada por dicha circunstancia. La cuestión, sin embargo, es más compleja pues la determinación de cuál sea el régimen aplicable implica el conocimiento del Derecho extranjero, lo que no es obligado para los funcionarios españoles. Esta oposición entre la exigencia legal de publicar en toda su extensión el derecho adquirido y las dificultades para determinar cuál ha de ser el régimen matrimonial legalmente aplicable ha sido cuestión de preocupación ya desde antiguo para nuestra jurisprudencia y para este Centro Directivo. A esta dificultad pretende dar respuesta el artículo 92 del Reglamento Hipotecario.

En este supuesto, se indica que el régimen económico del matrimonio es el pactado de separación de bienes, pero no puede ser que sobre la base de este artículo 92 del Reglamento Hipotecario baste su indicación, sin acreditarlo, de

manera que quede diferida su acreditación al momento posterior en que se realicen actos de disposición sobre el bien, pues en tal momento se podría aducir que dado que ya se ha hecho constar en el Registro de la Propiedad el régimen económico-matrimonial de separación de bienes y los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los tribunales, no será necesario acreditar el régimen pactado, sino tan solo que conforme a dicho régimen se puede o no realizar el concreto acto de disposición, y por tanto en ningún momento se habría acreditado el régimen económico-matrimonial pactado, tal como exigen con carácter general los artículos 51.9.ª) del Reglamento Hipotecario y 159 del Reglamento Notarial. Además, esta determinación registral del régimen económico-matrimonial también tiene repercusiones frente a terceros.

En cuanto a su publicidad, en Francia no existe propiamente ningún Registro de regímenes matrimoniales o contratos matrimoniales, pero de acuerdo con el artículo 76 del Código civil francés el acta o certificado de matrimonio debe contener la mención acerca de si los cónyuges han celebrado o no un contrato de matrimonio, indicando la fecha del contrato y el nombre y lugar de residencia del notario ante el que se ha otorgado, y en virtud de lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 1394, si el certificado de matrimonio indica que no se ha celebrado ningún contrato matrimonial, se entenderá, frente a terceros, que los cónyuges están casados bajo el régimen económico-matrimonial supletorio de comunidad, a menos que, en los actos celebrados con estos terceros, declaren haber hecho un contrato matrimonial. De lo anterior resulta que, en este caso, para poder practicar la inscripción de la compraventa será necesario aportar acta o certificado de matrimonio donde conste su celebración y fecha.

Procede recordar la reiterada doctrina de esta Dirección General acerca de los medios para lograr las rectificaciones de superficie desde la entrada en vigor de la Ley 13/2015, de 24 de junio: — Los que solo persiguen y solo permiten inscribir una rectificación de la superficie contenida en la descripción literaria, pero sin simultánea inscripción de la representación gráfica de la finca, como ocurre con los supuestos regulados en el artículo 201.3, letras a) y b) de la Ley Hipotecaria, que están limitados, cuantitativamente, a rectificaciones de superficie que no excedan del 10% o del 5%, respectivamente, de la cabida inscrita, y que no están dotados de ninguna tramitación previa con posible intervención de colindantes y terceros, sino solo de notificación registral tras la inscripción «a los titulares registrales de las fincas colindantes»; — El supuesto que persigue y permite inscribir rectificaciones superficiales no superiores al 10% de la cabida inscrita, pero con simultánea inscripción de la representación geográfica de la finca. Este concreto supuesto está regulado, con carácter general, en el artículo 9, letra b), de la Ley Hipotecaria; — Y, finalmente, los que persiguen y potencialmente permiten inscribir rectificaciones descriptivas de cualquier naturaleza (tanto de superficie como linderos, incluso linderos fijos), de cualquier magnitud (tanto diferencias inferiores como superiores al 10% de la superficie previamente inscrita) y además obtener la inscripción de la representación geográfica de la finca y la lista de coordenadas de sus vértices —pues no en vano, como señala el artículo 199, es la delimitación georreferenciada de la finca la que determina y acredita su superficie y linderos, y no a la inversa—. Así ocurre con el procedimiento regulado en el artículo 199 y con el regulado en el artículo 201.1, que a su vez remite al artículo 203, de la Ley Hipotecaria.

Es consolidada la doctrina de este Centro Directivo acerca de que siempre que se formule un juicio de identidad de la finca por parte del registrador, no puede ser arbitrario ni discrecional, sino que ha de estar motivado y fundado en

criterios objetivos y razonados (*vid.*, por todas, la resolución de 5 de diciembre de 2018). En el presente expediente, tratándose de una rectificación de cabida inferior al 5%, aportándose certificación catastral, no ha quedado suficientemente motivada las razones fácticas que justifican la negativa a practicar la rectificación de la cabida, por cuanto la circunstancia de proceder de segregación y objeto de expropiación, no es suficiente a estos efectos.

Resolución de 6-11-2019
BOE 27-11-2019
Registro de la Propiedad de Palma de Mallorca, número 8.

LIMITACIONES SOBRE INMUEBLES INCLUIDOS EN ZONAS DE INTERÉS PARA LA DEFENSA NACIONAL: EXIGENCIA DE AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA.

El debate se centra en si en las circunstancias del presente caso, atendiendo a que el citado régimen económico-matrimonial genera una comunidad de tipo germánico similar a la sociedad de gananciales del Derecho español, sin atribución de cuotas indivisas de copropiedad, y siendo necesario para disponer del bien adquirido el consentimiento de ambos cónyuges, uno de los cuales es ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea y el otro extracomunitario, son o no aplicables las restricciones impuestas por la legislación sobre zonas e instalaciones de interés para la Defensa Nacional para la adquisición de derechos de propiedad u otros derechos reales sobre bienes inmuebles por parte de extranjeros que no ostenten la nacionalidad de un Estado miembro de la Unión Europea.

A fin de garantizar el cumplimiento de tales restricciones la Ley 8/1975, de 12 de marzo, de zonas e instalaciones de interés para la Defensa Nacional establece un régimen jurídico particular para dichas zonas (al margen de las disposiciones comunes para las tres categorías de zonas) que se contiene en el capítulo tercero de la ley, en el que se ubican sistemáticamente los artículos 18 y 20 invocados por el registrador en la calificación objeto del presente recurso, de los que resulta un régimen de fiscalización administrativa previa respecto de los actos y contratos de adquisición del dominio y demás derechos reales sobre los inmuebles ubicados en dichas zonas, y de control notarial y registral de la obtención de la correspondiente autorización administrativa que, en su caso, sea concedida como consecuencia de un resultado positivo en dicha fiscalización administrativa previa. Si bien según su disposición adicional, introducida por el artículo 106 de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, estas restricciones no regirán respecto de las personas físicas que ostenten la nacionalidad de un Estado miembro de la Comunidad Económica Europea.

En el supuesto de hecho del presente expediente no hay duda de que la exención al régimen de restricciones legales reconocida en la disposición final de la Ley 8/1975, de 12 de marzo, introducida por la citada Ley 31/1990, a favor de las personas físicas que ostenten la nacionalidad de un Estado miembro de la Unión Europea, beneficia a la compradora de nacionalidad holandesa, pero, por el contrario, no pueden extenderse también a favor de su cónyuge de nacionalidad estadounidense. El hecho de que no exista atribución de cuotas indivisas en el caso de la comunidad de tipo germánico, ni en consecuencia posibilidad de enajenar dichas cuotas, ni tampoco la de ejercitar una inexistente acción de división, no excluye en modo alguno que los cónyuges sujetos a los citados regí-

menes consorciales pasen a ser indistintamente titulares del bien adquirido, ni excluye tampoco la condición y cualidad dominical de dicho derecho (lo mismo cabría decir de cualquier otro derecho real limitado, igualmente sujetos al régimen de restricción adquisitiva impuesto por el artículo 18 de la Ley 8/1975, de 12 de marzo), sin que a ello se oponga en modo alguno el hecho de que el régimen de disposición en el caso de las comunidades germánicas sea, en vía de principios, conjunto por ambos cónyuges.

Como ya señaló este Centro Directivo en las resoluciones de 20 de octubre de 1980 y 23 de marzo de 1981, y ha reiterado más recientemente la resolución de 5 de marzo de 2015, la autorización señalada debería haberse exigido ya en el mismo momento de la autorización notarial. La ausencia de tal autorización en el momento de prestarse el consentimiento contractual constituye una causa de ineficacia del contrato. Quedando pues comprometida la plena validez y eficacia del contrato adquisitivo que ha sido formalizado infringiendo la exigencia de la previa obtención de la autorización militar impuesta legalmente, debe confirmarse necesariamente la calificación impugnada.

Resolución de 7-11-2019
BOE 28-11-2019
Registro de la Propiedad de Chiclana de la Frontera, número 1.

BIENES INSCRITOS A NOMBRE DE CÓNYUGES EXTRANJEROS CON SUJECIÓN A SU RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL: NECESIDAD DE ACREDITAR LA NORMAS DE ESE RÉGIMEN.

El sistema español de seguridad jurídica preventiva tiene como uno de sus pilares básicos la publicidad de la titularidad del dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles. Por ello la determinación de la titularidad debe quedar reflejada en los asientos del Registro de la Propiedad. Tratándose de personas casadas, la titularidad queda afectada por la existencia convencional o legal de un régimen económico matrimonial que determina el ejercicio y extensión del derecho. Para que dichas circunstancias puedan ser conocidas por terceros el Registro debe publicarlas, por lo que se exige la debida constancia de cuál sea el régimen económico-matrimonial aplicable al titular registral.

Tratándose de adquisiciones llevadas a cabo por personas cuyo régimen económico-matrimonial esté sujeto a una ley extranjera, la finalidad de publicar una situación jurídica cierta no se ve modificada por dicha circunstancia. La cuestión, sin embargo, es más compleja pues la determinación de cuál sea el régimen aplicable implica el conocimiento del Derecho extranjero, lo que no es obligado para los funcionarios españoles. Esta oposición entre la exigencia legal de publicar en toda su extensión el derecho adquirido y las dificultades para determinar cuál ha de ser el régimen matrimonial legalmente aplicable ha sido cuestión de preocupación ya desde antiguo para nuestra jurisprudencia y para este Centro Directivo. A esta dificultad pretende dar respuesta el artículo 92 del Reglamento Hipotecario.

La aplicación de la legislación china queda sometida necesariamente a su acreditación ante la registradora ya que, al igual que en el ámbito procesal, el Derecho extranjero ha de ser objeto de prueba (cfr. art. 281.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), también lo ha de ser en el notarial y registral. La normativa aplicable a la acreditación en sede registral del ordenamiento extranjero debe

buscarse, en primer término, en el artículo 36 del Reglamento Hipotecario, norma que regula los medios de prueba del Derecho extranjero en relación con la observancia de las formas y solemnidades extranjeras y la aptitud y capacidad legal necesarias para el acto y que, como señala la resolución de esta Dirección General de 1 de marzo de 2005, resulta también extensible a la acreditación de la validez del acto realizado según la ley que resulte aplicable. Por otro lado, al igual que en sede judicial se mantiene la exigencia contenida en el artículo 281.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según la cual no solo es necesario acreditar el contenido del Derecho extranjero sino también su vigencia.

A la vista de las consideraciones precedentes y de la doctrina de este Centro Directivo reseñada en los anteriores fundamentos, el recurso interpuesto no puede ser estimado. En el momento de extinción y consiguiente liquidación del régimen económico-matrimonial de los titulares registrales debe acreditarse ante la registradora el contenido y vigencia del Derecho extranjero, en este caso chino, aplicable a dicho régimen (lo que se extenderá a la posibilidad misma de modificar el mismo régimen económico matrimonial y sujetarlo a la ley española). Y esa falta de acreditación no ha sido suplida por una indagación o conocimiento directo del citado Derecho extranjero por parte del notario autorizante ni de la registradora, lo cual, como se ha indicado, constituye una facultad pero no una obligación de los mismos.

Resolución de 7-11-2019
BOE 28-11-2019
Registro de la Propiedad de Jerez de la Frontera, número 1.

SOCIEDAD DE GANANCIALES DISUELTA: VENTA A TERCEROS SIN PREVIA LIQUIDACIÓN FORMAL.

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 de la Ley Hipotecaria). 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 de la Ley Hipotecaria).

Ningún inconveniente existe para aplicar en este ámbito el principio del tracto sucesivo en su modalidad de tracto abreviado o comprimido. Ahora bien, hay que aclarar que los casos en que se admite la modalidad del tracto sucesivo abreviado o comprimido no constituyen en modo alguno una excepción al principio del tracto sucesivo en su sentido material o sustantivo, sino solo a su vertiente formal o adjetiva.

Como regla general, la liquidación de la sociedad conyugal disuelta por fallecimiento de uno de los cónyuges compete en exclusiva al viudo y a la totalidad de los herederos del cónyuge premuerto, actuando por unanimidad. Por lo que concierne a la falta de liquidación de la sociedad conyugal como operación

preparticional, debemos señalar que, con carácter general, para determinar el haber hereditario, es necesaria la previa liquidación de la sociedad de gananciales, lo que supone la de las relaciones crédito-deuda entre los bienes comunes y los privativos de los esposos, ya que solo después de tal liquidación es posible determinar el caudal partible y hacer inventario de los bienes.

No obstante, como ya señalara este Centro Directivo en las resoluciones de 20 de julio y 1 de octubre de 2007, hay casos, en los que concurriendo todos los interesados —cónyuge viudo y herederos de los causantes en su caso— a dar cumplimiento a una disposición testamentaria, no resultaría necesario, aunque el bien que se pretenda inscribir aparezca inscrito como ganancial, determinar previamente mediante la liquidación formal de la sociedad de gananciales, qué participación del mismo correspondería a cada interesado. La resolución de 16 de noviembre de 2011 ya recordó que según la reiterada doctrina de este Centro Directivo, se puede disponer de bienes singulares y concretos pertenecientes a una herencia —como los de una comunidad postganancial—, sin necesidad de previa liquidación y adjudicación de los bienes que la integran, siempre que el acto dispositivo sea otorgado conjuntamente por todos los interesados que agotan la plena titularidad del bien como sucede en el presente caso.

Resolución de 7-11-2019
BOE 28-11-2019
Registro de la Propiedad de Málaga, número 3.

EXPEDIENTE DE DOMINIO PARA LA REANUDACIÓN DEL TRACTO: OPOSICIÓN FORMULADA EN EL EXPEDIENTE.

Como cuestión previa, de carácter terminológica pero también conceptual no está de más advertir que, aunque tanto el notario como el registrador emplean la expresión de «acta de notoriedad para la reanudación del tracto sucesivo interrumpido», e incluso el notario concluye declarando que «estimo justificada por notoriedad la pretensión de reanudación de tracto sucesivo (…)», en realidad el nuevo expediente de dominio cuya tramitación la Ley 13/2015 encomendó a los notarios, no es un acta de notoriedad. La Ley 13/2015 ha supuesto suprimir el acta de notoriedad y mantener, con modificaciones, el expediente de dominio.

El expediente para reanudar el tracto sucesivo interrumpido (antes judicial) es un medio excepcional para lograr la inscripción de una finca ya inmatriculada a favor del promotor. En el caso que ahora nos ocupa, la negativa registral a inscribir la reanudación de tracto pretendida se fundamenta en que consta haberse formulado oposición expresa por un interesado, ante el mismo notario que tramita el expediente, frente a la pretensión del promotor del expediente de dominio. En el presente supuesto, no se trata de una mera incomparecencia, sino de una comparecencia formulando oposición expresa por parte de alguien que no solo alega ser interesado y oponerse sin más a la pretensión de la promotora («Mabeldi, S.L.»), sino que: aporta contrato privado de compromiso de compraventa a su favor, otorgado por las mismas vendedoras que vendieron a la promotora del expediente, siendo dicho contrato privado incluso de fecha anterior a la compra efectuada por esta; en dicho contrato privado, que el notario incorpora al acta del expediente de dominio, las vendedoras incluso anuncian y se comprometen a iniciar un expediente de jurisdicción voluntaria para reanudar el tracto interrumpido; consta haberse iniciado otro expediente de dominio, ante

otro notario, incluso en fecha anterior al iniciado por la entidad «Mabeldi, S.L.» y contradictorio con este último.

Y sería contrario al artículo 208 y al fundamento de los expedientes de jurisdicción voluntaria, y en particular, del expediente de dominio para reanudar el tracto sucesivo interrumpido, que la oposición expresa formulada por un interesado que, tras haber sido citado, alega ser causahabiente del último titular registral haya de resultar completamente inoperante. Por ello no cabe estimar la alegación de la recurrente, de que solo debía concluirse el acta y dar por conclusas las actuaciones si la oposición la formulara un titular registral (pues también cabe que la formule quien alegue ser su causahabiente) o quien aporte demanda judicial

Resolución de 8-11-2019
BOE 28-11-2019
Registro de la Propiedad de Palma de Mallorca, número 5.

USUFRUCTO: NO ES ESENCIAL EL CARÁCTER VITALICIO. PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD: REQUISITOS PARA LA INSCRIPCIÓN.

Debe recordarse la reiterada doctrina de esta Dirección General según la cual, 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 de la Ley Hipotecaria y 7 del Reglamento Hipotecario), sino también la alteración del contenido típico de los derechos reales legalmente previstos (cfr. arts. 392, 467, 470, 523, 594 y 1648.2.º CC) y, por ejemplo, sujetarlos a condición, término o modo (cfr. arts. 11, 23 y 37 de la Ley Hipotecaria). Pero el ejercicio de esta libertad tiene que ajustarse a determinados límites y respetar las normas estructurales (normas imperativas) del estatuto jurídico de los bienes.

Es cierto que, como afirma el registrador en su calificación, según el artículo 513.1.º del Código civil, el usufructo se extingue por fallecimiento del usufructuario.

Pero este carácter vitalicio del usufructo no es esencial al mismo. Así lo ha admitido el Tribunal Supremo que, en sentencia de 2 de junio de 1952 afirmó que «como enseña la jurisprudencia de esta Sala, el usufructo es un derecho eminentemente personal, extinguible por la muerte del usufructuario a no ser que por excepción que permite el artículo 469 del citado Cuerpo Legal el título constitutivo autorice su transmisión a ulteriores personas».

La redacción de los títulos que pretendan acceder al Registro es presupuesto de su fiel reflejo registral, con los importantes efectos que de la inscripción se derivan, entre ellos la presunción de existencia y pertenencia de los derechos reales inscritos «en la forma determinada por el asiento respectivo» (art. 38 de la Ley Hipotecaria). Como ha expresado el Tribunal Supremo en su sentencia de 27 de mayo de 2009, la eficacia del principio de especialidad resulta determinante en todo el ámbito de los derechos reales para el conocimiento de los terceros. Esta exigencia aumenta en relación con los derechos atípicos que se puedan constituir al amparo del principio de la autonomía de la voluntad. Se hace «imprescindible la determinación del concreto contenido y extensión de las

facultades que integran el derecho que pretende su acceso al Registro», pues esta determinación, esencial para lograr el amparo registral.

De lo pactado en la escritura calificada resulta que tal como ha sido configurado el derecho de usufructo reservado por el constituyente con esa facultad de disponer del mismo «*mortis causa*» se respetan los límites estructurales de todo derecho real. Y con su reflejo registral la inmediatividad, absolutividad, reipersecutoriedad, preferencia y exclusión propias de los derechos reales quedan aseguradas, conforme a lo establecido en el artículo 2.2.º de la Ley Hipotecaria y en el artículo 7 del Reglamento Hipotecario, en tanto en cuanto cualquiera que sea el propietario poseedor de las fincas referidas podrá el donante no solo ejercitar el usufructo sino también el «*ius disponendi*» sobre el mismo en su testamento.

Resolución de 8-11-2019
BOE 28-11-2019
Registro de la Propiedad de El Puerto de Santa María, número 4.

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 671 LEC. RESOLUCIONES DE LA DGRN: IMPORTANCIA DE SU DOCTRINA.

Entre esos aspectos sujetos a calificación se encuentra la congruencia del mandato con el procedimiento o juicio en que se hubiere dictado. Es evidente que la privación de la titularidad de una finca como consecuencia de la ejecución de la hipoteca que la grava, solo puede llevarse a cabo por los trámites de alguno de los procedimientos regulados en la Ley de Enjuiciamiento Civil y en la Ley Hipotecaria. Dicho procedimiento solo será reconocible si se respetan una serie de garantías básicas que impiden la indefensión del demandado que va a terminar perdiendo la propiedad del bien objeto de ejecución. Entre esas garantías fundamentales está la de que la adjudicación, en caso de que la subasta quede desierta, se haga al ejecutante por una cantidad que respete unos porcentajes mínimos del valor de tasación de la finca hipotecada. Si dichos límites no se respetan, no puede sostenerse que se ha seguido un procedimiento adecuado para provocar el sacrificio patrimonial del ejecutado, y el registrador debe, incluso con más rigor que en el procedimiento ejecutivo ordinario, rechazar el acceso al Registro de la adjudicación.

En base a los principios generales de interpretación de normas jurídicas recogido en el artículo 3 del Código civil que señala que «las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas» parece, que la interpretación del artículo 671 no puede ser la puramente literal, ya que puede producir un resultado distorsionado. Conforme al artículo 670 existiendo postores cabe la posibilidad de que el remate sea inferior al 50% del valor de tasación siempre que cubra al menos, la cantidad por la que se haya despachado la ejecución, incluyendo la previsión para intereses y costas. Y en este caso, como garantía complementaria la Ley atribuye al letrado de la Administración de Justicia la apreciación y valoración de las circunstancias concurrentes, oídas las partes, y establece que, en caso de que se realice el remate en esos términos, existirá la posibilidad de presentar recurso de revisión frente al decreto de adjudicación. Esta norma especial, prevista por el legislador para

circunstancias extraordinarias y con una serie de garantías específicas, parece que debe integrarse igualmente para el supuesto del artículo 671, por lo que en esta hipótesis será preciso que se dé cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 670.4 (cfr. art.. 4.1 CC).

Como bien dice la registradora en su informe, el propio Tribunal Supremo ha declarado en sentencias de 29 de enero de 1996 que «habría que dilucidar cuál es la autoridad que se ha de dar a las resoluciones de la citada Dirección General y, en ese sentido, las sentencias de 22 de abril de 1987 y 15 de marzo de 1991, establecieron que si bien la doctrina de las mismas no es propiamente jurisprudencia dado el carácter administrativo del Centro, sin embargo es usual concederles una reconocida autoridad y sobre todo en los casos en que ninguna otra doctrina o norma se aducen en contra de la opinión fundada de dicho Centro».

En el presente caso, la nota de calificación recurrida, si bien fundamentada en diversas resoluciones de este Centro Directivo que transcribe parcialmente, señala como defecto simple y llanamente el de que «no puede adjudicarse la finca por una cantidad inferior a dicho 50% del tipo de subasta», omitiendo toda referencia a la posible actuación del letrado de la Administración de Justicia en cuanto a la apreciación y valoración de las circunstancias concurrentes al caso, de forma que, oídas las partes y firme el decreto de aprobación del remate, nada obstaría para la inscripción de la adjudicación por cantidad inferior al 50% del valor de subasta, como consecuencia de la interpretación integradora de los preceptos citados conforme se ha expuesto anteriormente. Por tanto, ese defecto señalado en la nota de calificación, tal y como consta redactado, ha de ser revocado.

Resolución de 8-11-2019
BOE 28-11-2019
Registro de la Propiedad de Guía de Isora.

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: IDENTIDAD DE LA FINCA CON EL TÍTULO PREVIO.

Lo que sí ha de tenerse en cuenta, a la hora de interpretar el grado de identidad que se exige legalmente por el 205 LH, es que, como se señaló en la resolución de este Centro Directivo de 4 de agosto de 2014, según criterio que sigue siendo aplicable tras la Ley 13/2015, tal identidad ha de referirse a la ubicación y delimitación geográfica perimetral de la finca, pero no necesariamente a los elementos físicos —tales como las edificaciones—, ubicados en el interior de ella, ni tampoco a la identidad del titular catastral.

En el presente caso, el registrador entiende que no se cumple el requisito legal de existir identidad entre «la descripción contenida en el título inmatriculador y la certificación catastral descriptiva y gráfica» aportada, pero no detalla en qué extremos concretos aprecia esa falta de identidad, lo cual ya sería omisión suficiente para que la nota de calificación mereciera su revocación en vía de recurso. En cualquier caso, suponiendo, como parece intuirse, que el registrador se refiere a la falta de coincidencia de superficies entre la descripción de la finca en el título y la descripción del inmueble catastral, ha quedado comprobado que tales diferencias, en cuanto a la superficie de suelo, que como se ha razonado es la única que interesa a estos efectos, son solo de decímetros cuadrados, por lo que no permiten cuestionar el cumplimiento del requisito legal de identidad.

Resolución de 8-11-2019
BOE 30-11-2019
Registro de la Propiedad de Telde, número 1.

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: CADUCIDAD.

Las anotaciones preventivas tienen una vigencia determinada y su caducidad opera «*ipso iure*» una vez agotado el plazo de cuatro años, hayan sido canceladas o no, si no han sido prorrogadas previamente, careciendo desde entonces de todo efecto jurídico, entre ellos el relativo a la posición de prioridad que las mismas conceden a su titular, y que permite la inscripción de un bien con cancelación de cargas posteriores a favor del adjudicatario, que ha adquirido en el procedimiento del que deriva la anotación, de modo que los asientos posteriores mejoran su rango en cuanto dejan de estar sujetos a la limitación que para ellos implicaba aquel asiento y no podrán ser cancelados en virtud del mandamiento prevenido en el artículo 175.2.ª) del Reglamento Hipotecario, si al tiempo de presentarse aquel en el Registro, se había operado ya la caducidad. Y ello porque como consecuencia de esta, han avanzado de rango y pasado a ser registralmente preferentes (cfr. resoluciones de 28 de noviembre de 2001 y 11 de abril de 2002).

Ciertamente, la certificación de dominio y cargas y su nota marginal tienen una cualificada importancia en el proceso de ejecución, sirviendo de vehículo de conexión entre el procedimiento judicial y las titularidades registrales que gozan de presunción de existencia y protección judicial (arts. 1 y 38 de la Ley Hipotecaria). Pero la Ley Hipotecaria no contempla la prórroga de la anotación preventiva como consecuencia de la expedición de la certificación de cargas. El artículo 86 de la Ley Hipotecaria es claro a este respecto, al regular la expresa caducidad de las anotaciones preventivas.

En cuanto al contenido de las sentencias del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 2007 y 23 de febrero de 2015, en estas dos sentencias queda claro que no se impugna propiamente la actuación registral, sino que se contiende sobre la preferencia entre distintas anotaciones; en resumen, en sede judicial, puede discernirse sobre preferencia entre cargas, con independencia de su caducidad en el Registro, como se desprende del hecho de que en todas las sentencias indicadas hayan sido demandados los titulares de las cargas cuya cancelación no pudo practicarse.

De cuanto antecede, resulta que, en el ámbito de la calificación, los registradores de la propiedad han de atenerse a lo establecido en el artículo 86 de la Ley Hipotecaria, y solo pueden cancelar (en los términos previstos en los artículos 674 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 175.2.ª del Reglamento Hipotecario), las cargas inscritas o anotadas con posterioridad a la anotación de embargo practicada a resultas del procedimiento de ejecución del que deriva el mandamiento cancelatorio, cuando la referida anotación preventiva de embargo esté vigente, por no haber transcurrido el plazo de cuatro años de vigencia que fija el citado artículo 86, o el de sus sucesivas prórrogas, al tiempo en que, al menos el decreto de adjudicación, haya sido presentado en el Registro de la Propiedad. Habiendo adecuado el registrador su actuación a esta doctrina, no cabe acoger favorablemente el recurso interpuesto contra su calificación. Todo ello sin perjuicio, como antes se indicó, del derecho que asiste al adquirente de la finca adjudicada en el procedimiento de ejecución para acudir a un proceso judicial en el que pueda discutirse, con la intervención de todos los titulares de

las cargas posteriores a la anotación caducada, si procede o no la cancelación de las mismas.

Registro Mercantil y Bienes Muebles

por Ana M.ª DEL VALLE HERNÁNDEZ

Resolución de 25-7-2019
BOE 4-10-2019
Registro Mercantil Central, número II.

DENOMINACIÓN. MARCA.

Los conceptos de marca y denominación no se confunden entre sí aunque estén interrelacionados, por lo que el hecho de que la sociedad demandante tenga registrada la marca «X» no le otorga un derecho a obtener una denominación social coincidente con aquella. Para que exista causa de denegación de reserva de denominación social es imprescindible que la solicitada sea idéntica o produzca o pueda producir confusión con la marca inscrita y, además, que esta sea notoria o renombrada. La identidad de las denominaciones no se limita al supuesto de coincidencia total entre ellas sino que se proyecta a otros casos no siempre fáciles de precisar, por lo que el concepto debe ampliarse a lo que se llama «cuasi identidad» o «identidad sustancial», con la única finalidad de que no se induzca a error sobre la identidad de sociedades. Pero no se prohíbe la simple semejanza. Debe atenderse a las circunstancias de cada caso. En el ahora analizado, no se aprecia que exista identidad sustancial entre la denominación solicitada — «Broker7islas SL» — y la ya registrada — «Isla Broker Corredores de Seguros, S.L».

Resolución de 9-8-2019
BOE 30-10-2019
Registro Mercantil de Segovia

ADMINISTRADORES. RETRIBUCIÓN.

Para destruir la presunción de gratuidad, el concreto sistema de retribución de los administradores debe estar claramente establecido en estatutos, determinando si dicho sistema consiste en una participación en beneficios, con los límites legalmente establecidos, en dietas, en un sueldo mensual o anual, en seguros de vida, planes de pensiones, utilización en beneficio propio de bienes sociales, en entrega de acciones o derechos de opción sobre las mismas, etc. o en uno o más de ellos, de manera que en ningún caso quede a la voluntad de la junta general su elección o la opción entre los distintos sistemas retributivos, que pueden ser cumulativos pero no alternativos. La cláusula debatida que establece que *la remuneración estará compuesta por (i) una asignación fija, dinerario y en especie y, en su caso, (ii) dietas por asistencia*

a las reuniones del Consejo calificada negativamente en cuanto a las dietas por resultar indeterminado si existen o no esas dietas, es considerada correcta, pues debe entenderse que la percepción de esas dietas solo procederá «en su caso», es decir en los casos en que el consejero asista a las reuniones del Consejo de administración.

Resolución de 4-9-2019
BOE 30-10-2019
Registro Mercantil Central, número III.

DENOMINACIÓN. IDENTIDAD.

La identidad de las denominaciones no se limita al supuesto de coincidencia total entre ellas sino que se proyecta a otros casos no siempre fáciles de precisar, por lo que el concepto debe ampliarse a lo que se llama «cuasi identidad» o «identidad sustancial», con la única finalidad de que no se induzca a error sobre la identidad de sociedades. Pero no se prohíbe la simple semejanza. Debe atenderse a las circunstancias de cada caso. En el ahora analizado, no se aprecia que exista identidad sustancial entre la denominación solicitada — «Travel Prime SL» — y la ya registrada — «Primera Travel, S.L». La sílaba final de «Primera» comporta una diferencia fonética y gráfica y la palabra «Travel» se utiliza en diferente orden.

Resolución de 9-09-2019.
BOE 4-11-2019
Registro Mercantil de Madrid, número VIII.

REDUCCIÓN DE CAPITAL. EJECUCIÓN. APLAZAMIENTO DEL PAGO.

Se trata de una escritura de ejecución de un acuerdo de reducción de capital con devolución de aportaciones a un socio, en parte mediante la adjudicación de un inmueble y en parte en efectivo, quedando esta última aplazada. El registrador entiende que no puede practicarse la inscripción de una reducción cuya ejecución está aplazada.

La Dirección General declara que la Ley de Sociedades de Capital no contiene una previsión expresa de que la ejecución deba realizarse mediante la entrega de una cantidad de dinero, aunque de diferentes artículos resulte que esa es la regla general. Pero debe admitirse, en base al principio de autonomía de la voluntad, que los estatutos puedan prever otra cosa o que por unanimidad se acuerde el pago en especie. En el caso que se analiza no hay problema de protección de intereses de los socios por el hecho de que solo se devuelva el valor de las aportaciones de uno de los socios, ni de la naturaleza no dineraria de las restituciones, dado que el acuerdo se ha adoptado por unanimidad. Por ello tampoco existe obstáculo a que exista aplazamiento de la cantidad a restituir ni hay norma imperativa que imponga el pago al contado. Se trata de una obligación dineraria que admite aplazamiento por acuerdo de las partes. No es que la ejecución del acuerdo haya sido aplazada, sino que tal acuerdo ya se ha ejecutado mediante el reconocimiento de un crédito dinerario a favor del socio.

Resolución de 10-09-2019.
BOE 6-11-2019
Registro Mercantil de Madrid, número XI.

PODER. OTORGADO POR REPRESENTANTE FÍSICO DE LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA.

La resolución recuerda la doctrina de la Dirección General acerca de las diferencias entre la representación orgánica y la voluntaria y la posibilidad de concurrencia en una persona de ambas modalidades, debiendo analizarse en cada caso concreto las dificultades que puedan surgir en cuanto a posibilidad de revocación o modificación del poder, exigencia de responsabilidad, subsistencia del mismo mas allá de la propia duración del cargo. Reitera que carece de interés atribuir a una misma persona por vía de apoderamiento facultades que ya ostenta por su cargo, como en el caso del administrador único. En el supuesto ahora analizado se trata de un poder conferido a sí mismo por el representante físico de la sociedad que ostenta el cargo de administradora única. Es cierto que el apoderado aquí no es la sociedad administradora, sino la persona natural que esta tiene designada como su representante físico. Pero, mientras en este concurran esas dos condiciones, representante y apoderado, dependería también de ella la subsistencia del poder, siendo ilusoria su revocabilidad.

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

La ocultación de la madre de sus dudas sobre la paternidad y el daño moral*

The ocultation of the mother of her doubts about paternity and moral damage

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE
Profesora Titular de Derecho Civil. UCM

RESUMEN: La infidelidad no es un daño indemnizable, pero sí, en cambio, la *procreación con ocultación*. El engaño es lo que ha hecho incurrir en responsabilidad a la progenitora. La pérdida de afectos, el vacío emocional subsiguiente al descubrimiento de la verdad biológica es un hecho indemnizable. Conducta que causa un daño consistente en dejar de ser padre real de la menor, y que se materializa en la frustración y en el dolor por la pérdida de la relación paternal considerada existente y del proyecto de vida en común con la menor. Conducta culposa y daño moral ocasionado están relacionados causalmente.

Al ser la menor concebida durante el noviazgo pero nacida ya constante matrimonio existe la presunción de hija matrimonial no desvirtuada por las dudas de la madre. La ocultación de las dudas sobre la paternidad no se puede incardinar en el incumplimiento del deber de fidelidad que el artículo 68 del Código civil impone a los casados, ya que *para las relaciones de noviazgo no existe regulación legal. No obstante, si uno de los miembros de la pareja realiza una conducta que causa un daño y está causalmente relacionado, es responsable del daño.*

* 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.

ABSTRACT: Infidelity is not compensable, but instead, procreation with concealment. Deception is what has caused the parent to incur responsibility. The loss of affection, the emotional emptiness subsequent to the discovery of biological truth is a compensable fact. Behavior that causes harm consisting in ceasing to be the real father of the minor, and which is materialized in frustration and pain due to the loss of the paternal relationship considered existing and of the life project in common with the minor. Guilty behavior and moral damage caused are causally related.

Being the minor conceived during the courtship but born constant marriage there is the presumption of marriage daughter not distorted by the mother's doubts. The concealment of doubts about paternity cannot be incardinated in the breach of the duty of fidelity that article 68 CC imposes on married people, since there is no legal regulation for dating relationships. However, if one of the partners performs a behavior that causes harm and is causally related, the partner is responsible for the damage.

PALABRAS CLAVE: Paternidad. Daños morales. Deber de fidelidad. Relaciones de noviazgo. Ocultación.

KEY WORDS: Paternity. Moral damages. Duty of fidelity. Dating relationships. Concealment.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.—II. RELACIONES DE NOVIAZGO: INEXISTENCIA DE REGULACIÓN EXPRESA.—III. CONCURRENCIA DE LOS REQUISITOS DEL ARTÍCULO 1902 DEL CÓDIGO CIVIL. —IV. DAÑOS OCASIONADOS AL TERCERO DE LA RELACION. CONDUCTA DEL TERCERO VERDADERO PADRE DEL MENOR.—V. DAÑOS PRODUCIDOS EN LA MENOR. LA PRESERVACIÓN DE LA PAZ FAMILIAR.—VI. DEBERES CONYUGALES. EL DEBER DE RESPETO MUTUO DEL ARTÍCULO 67 DEL CÓDIGO CIVIL.—VII. INDEMNIZACION DE LOS DAÑOS RECLAMADOS. —VIII. CONCLUSIONES.—IX. BIBLIOGRAFÍA.— X. ÍNDICE DE SENTENCIAS.

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTION

El 24 de mayo de 2019, la Sección 8.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, en su sentencia 231/2019 (Recurso 975/2018), cuyo ponente ha sido la magistrada Milagros DEL SAZ CASTRO ha dictado una *doctrina relevante e innovadora*. Sentencia que en parte, se decanta por una línea jurisprudencial seguida hasta el momento, e innovadora en otra parte y que tendremos que esperar al futuro para ver si se mantiene esta nueva corriente o no, pues como vamos a ver la jurisprudencia menor en este asunto sigue dos tendencias diferentes.

Doctrina que ha versado sobre la indemnización de los daños derivados de la ocultación de la madre al padre de la hija nacida durante su matrimonio de que esta no lo era. Este tema ya lo hemos tratado aquí en otras ocasiones[1] pero el cambio jurisprudencial consecuencia de la línea argumentativa seguida consideramos es lo suficientemente importante para detenernos en él.

Adelantamos desde este momento, como la propia sentencia de la Audiencia de Madrid indica, que la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo ha

establecido que conductas como la enjuiciada tienen respuesta en la normativa matrimonial, mediante la separación o el divorcio, y que no contempla la indemnización de un daño moral generado a uno de los cónyuges.

No obstante, la Audiencia concreta que dicha doctrina no puede seguirse porque el caso que se les plantea no es un caso análogo y ello porque la ocultación de las dudas sobre la paternidad no se pueden incardinar en el incumplimiento del deber de fidelidad que el artículo 68 del Código civil impone a los casados, ya que *se concibió a la menor durante el noviazgo de la pareja y para las relaciones de noviazgo no existe regulación legal, por lo que si uno de los miembros de la pareja realiza una conducta que causa un daño y está causalmente relacionado, es responsable del daño.*

La importancia del estudio jurisprudencial de esta cuestión se centra en que ni las normas reguladoras del Derecho de Daños ni las normas de Derecho de Familia del Código civil establecen con carácter general, una acción de responsabilidad civil por parte de un familiar a otro por el daño causado.

II. RELACIONES DE NOVIAZGO: INEXISTENCIA DE REGULACIÓN EXPRESA

La madre de la menor había mantenido antes del matrimonio *relaciones sexuales esporádicas* con un tercero, existiendo cercanía temporal en una de ellas con otro encuentro que mantuvo con su futuro esposo. De modo que como dice la propia sentencia era evidente que existía *una duda sobre la paternidad*, y que era una *realidad por ella conocida de forma necesaria*. Son claves en este *noviazgo* los siguientes puntos:

— Existe una *falta de comunicación* de esa duda sobre la paternidad.
— Falta de comunicación contraria a «una *actuación leal y de buena fe*, al que entonces era su novio»
— Y, sobre todo su afirmación de que el padre era su novio, futuro marido (y no el tercero).
— Premisas y conductas que determinaron que contrajesen matrimonio en los meses posteriores.

Por un lado hay que referirse a valores como la *honradez y lealtad* de las relaciones interpersonales de las que habla la SAP de Madrid, y por otro, a las circunstancias de *tiempo y lugar*, pues al no haberse contraído aún matrimonio, podría haberles expuesto sus dudas a ambos. Debería haberse comportado de forma diferente sin generar daños a ninguno de los tres: su futuro marido, el verdadero progenitor y, a la *nasciturus*.

La menor fue considerada por el marido en todo momento hija suya e inscrita como hija matrimonial de ambos, al haber nacido durante el matrimonio, manteniendo el marido una relación afectiva con la niña derivada de su considerada relación paternal, con los intensos vínculos que esa situación genera.

Posteriormente, en 2011 el *tercero* se hizo las pruebas de determinación de paternidad y dio resultado positivo, lo cual comunicó a la madre. Información que en ningún momento la madre compartió con su esposo.

A partir de ese momento, la duda ya dejó de ser tal, se *convirtió en certeza*: en conocimiento real de quién era el verdadero padre, pese a lo cual la madre *permitió la continuidad de la farsa* lo que generó que continuara manteniendo su esposo una relación paterno filial con la menor durante más tiempo sin serlo

en realidad, «lo que supone un grado mayor de vivencias y experiencias que incrementan, en supuestos como el presente de posterior separación, el dolor y la frustración por la situación vivida».

Dice la SAP, acertadamente, que *durante el noviazgo* no rigen los deberes matrimoniales que el Código civil señala: ni el *deber de fidelidad* contenido en el artículo 68 del Código civil ni tampoco las consecuencias de su infracción pues nos hayamos en un momento previo, como lo es el noviazgo donde no hay deberes jurídicos entre las partes…. Si bien esto es cierto, cabe recordar que la ocultación inicial generará problemas, como lo demuestra este supuesto de hecho, para las bases de una relación futura basada precisamente en la *lealtad y honradez entre los cónyuges premisas de los deberes de fidelidad, respeto..*

III. CONCURRENCIA DE LOS REQUISITOS DEL ARTÍCULO 1902 DEL CÓDIGO CIVIL

La SAP de Madrid de 24 de mayo de 2019 establece que «por no haber comunicado (la progenitora a su marido) las dudas sobre la paternidad biológica de la menor, ni en el momento de conocer que estaba embarazada, ni posteriormente… *concurren los requisitos que el artículo 1902 del Código civil exige, es decir, un comportamiento o conducta culposa que ha generado causalmente un daño derivado de esa ocultación*». El artículo 1902 del Código civil recoge los requisitos constitutivos de responsabilidad civil derivada de culpa extracontractual, y que son: acción u omisión culposa, daño, y relación o nexo de causalidad entre la conducta y el daño.

La SAP califica de *culposa* la conducta de la progenitora en varios momentos: *durante el noviazgo*, pues todas sus dudas acerca de la paternidad no se expresaron ni al marido ni al tercero, y, *durante el matrimonio, en un primer momento*, tras el nacimiento donde las dudas se mantienen, como *posteriormente* donde el conocimiento de que la menor no era hija de su marido es certero. Culpa que se verá agravada con el comportamiento y la ocultación a su esposo de la veracidad de la información. *Conducta culposa que ha generado causalmente un daño derivado de esa ocultación.*

Si examinamos los requisitos exigidos por el artículo 1902 del Código civil, se puede afirmar en sentido positivo que la progenitora realiza una acción que es la *conducta de ocultación* en varios momentos de su relación con el «supuesto padre» sobre su paternidad. Conducta que *causa un daño* consistente en dejar de ser padre real de la menor, y que se materializa en la frustración y en el dolor por la pérdida de la relación paternal considerada existente y del proyecto de vida en común con la menor. *Conducta y daños* ocasionados que están relacionados causalmente.

Daño que no indica la sentencia pero que ponemos de manifiesto, alegando que en el marido «supuesto padre» de la menor se produce una *frustración de expectativas*[2] y *no pérdida de oportunidad*[3] ya que de saber que podría no ser el padre, la actuación de los tres implicados hubiera sido del todo diferente. Así por ejemplo, los esposos podrían no haber contraído matrimonio y no se hubiera mantenido la relación parental actual (el marido de la progenitora no hubiera asumido como propia la paternidad) sino que existiría otra relación parental diferente. O, el tercero podría haberse casado con la madre de la menor. O incluso, sin más hubiera sido simplemente madre soltera.

En ningún caso se puede *afirmar con certeza* que se habría conseguido otro resultado si se hubiesen realizado las pruebas de paternidad antes del nacimien-

to del menor, pues de conocer la paternidad ¿se hubiera casado con el tercero, padre de la menor? ¿Se hubiera casado con su novio? ¿O hubiera afrontado sin más la natalidad en solitario?

En todo caso, la calificación de la conducta de la progenitora es culposa, y así lo resuelve la SAP de Madrid, pues *actuó con negligencia en todo momento.*

El Tribunal Supremo en un primer momento (a finales del siglo XX) en concreto la STS de 30 de julio de 1999[4], niega la indemnización por los daños morales al demandante, solicitada con fundamento en las normas reguladoras de la responsabilidad civil contractual (art. 1101 CC) basándose en que la infidelidad tiene como consecuencia jurídica y causa la separación matrimonial. También, la STS de 22 de julio de 1999[5] negó el derecho de indemnización del exmarido en la ausencia de una conducta dolosa por parte de la esposa, ya que según la sentencia esta no conoce tampoco que el hijo no es realmente del marido hasta que no se interpone por el propio hijo una demanda de impugnación de la paternidad.

Pero como indica RODRÍGUEZ GUITIÁN el trasfondo existente en estas sentencias radica en «la existencia tradicional de cierto principio de inmunidad por daños entre familiares en el ordenamiento español»… «y (en) que no hay una norma que resuelva con carácter general la cuestión de la reparación de los daños entre familiares»[6].

En la actualidad la jurisprudencia menor considera que la infidelidad no es indemnizable, pero sí, en cambio, la *procreación con ocultación*. La pérdida de afectos, el vacío emocional subsiguiente al descubrimiento de la verdad biológica es un hecho indemnizable. «En una relación de pareja, aun cuando sea de hecho, procrear un hijo con un extraño, conocer cabalmente que el embarazo no es fruto de las relaciones sexuales mantenidas con la persona con la que se está ligado afectivamente y permitir que se inscriba en el Registro Civil a nombre de la pareja sin previamente comunicarle la verdad biológica entraña un ilícito civil en los términos del artículo 1902 del Código civil. No puede justificarse, desde el punto de vista jurídico, que sea inocuo engañar a la pareja sobre la concepción. No estamos hablando de una circunstancia intrascendente. La paternidad más que derechos comporta obligaciones. Conlleva el ejercicio de una función con grandes responsabilidades. Y aunque, en nuestro Derecho, se puede ser padre sin haber concebido al hijo, lo que no cabe es ocultar, y menos de forma deliberada, a quien reconoce o muestra su conformidad que no es realmente el padre biológico»[7].

Lo que se sanciona, en fin, es la falsa paternidad. El engaño es lo que ha hecho incurrir en responsabilidad a la progenitora.

En resumen, algunas sentencias de las Audiencias Provinciales han exigido *la prueba del dolo* siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo —con la inevitable dificultad de su prueba—, y otras, han aceptado únicamente *la culpa* como criterio de imputación, generalmente fundada en la *omisión de la diligencia debida en la averiguación de la paternidad del hijo cuando se mantienen relaciones sexuales simultáneas con el cónyuge y un tercero*[8].

Probar *la realidad de la ocultación* es difícil por lo que se presume que la esposa que mantiene relaciones sexuales ajenas al matrimonio y queda embarazada, cuando no conoce directamente la paternidad del *nasciturus* es que tiene dudas. Y una conducta apropiada le obliga a resolver la duda, antes de considerar que el esposo es el progenitor real cuando lo es un tercero, y de su ocultación entre en juego la *presunción de paternidad matrimonial* (art. 116 CC), y a este se le mantenga en la creencia de su condición de padre. De modo que hay sentencias que mantienen (SSTS de 29 de diciembre de 1999[9] y 5 de marzo de 2010[10]), que

el dolo también se forma por la *reticencia dolosa del que calla* o *no advierte a la otra parte en contra del deber de informar que exige la buena fe*.

Esta es la *conducta común* en los casos de ocultación de la progenitora de las dudas sobre la paternidad donde generalmente se mantiene al marido (padre presunto por la relación matrimonial existente) en el error de creer que es el padre de la menor cuando no lo es[11].

Por último cabe preguntarse cuál es *el fundamento de la responsabilidad de daños en este supuesto*: ¿la *compensatoria*? No, porque no hay un traslado de las pérdidas económicas de la esposa al marido, ¿la *preventiva*, para evitar futuras conductas, en este sentido con un carácter disuasorio? Tampoco ya que una vez descubierta la ocultación finaliza la relación, o, viceversa cuando no está en buen momento la relación es cuando se descubre el engaño. Y, tampoco va a ser disuasorio hacia el exterior… ¿La *redistributiva* de la riqueza entre familiares…? Tampoco porque lo que pesa es el daño moral realizado, no que se vaya a tener que abonar una indemnización.

Su *finalidad únicamente es la reparadora* a fin de suavizar los daños infringidos tras la conducta negligente de la progenitora, ya que se otorga la responsabilidad por el daño moral sufrido por el no progenitor al que se le quita la consideración de padre aunque el ordenamiento le posibilite su consideración como *allegado* y pueda disfrutar de una relación con el menor que hasta ahora consideraba su hijo a través del derecho de comunicación y visitas.

IV. DAÑOS OCASIONADOS AL TERCERO DE LA RELACIÓN. CONDUCTA DEL TERCERO VERDADERO PADRE DEL MENOR

La sentencia objeto de estudio no analiza ni la conducta de la progenitora con el tercero, ni la posterior conducta del tercero que es el primero en conocer que es el padre real del menor.

Pero, cabe detenerse en examinar varias cuestiones: ¿Cuál es la posición de la madre que ha ocultado sus dudas sobre la paternidad del tercero durante el noviazgo con su futuro marido? ¿Ocasiona un daño al tercero que se ve privado de la posibilidad de ejercer como padre, o incluso haber llegado a cumplir una expectativa matrimonial con la progenitora? Evidentemente hay una *frustración de expectativas al no haber sido considerado y ejercido como padre real de la menor durante más de cuatro años consecuencia de los actos de ocultación y posterior matrimonio con su novio en vez de con el verdadero padre*.

Y ¿qué ocurre cuando el tercero descubre que es el padre certero de la menor? ¿Está obligado a comunicar primero sus dudas, y, posteriormente la certeza de la investigación de su paternidad, o su actuación debería ser *omisiva*? ¿Cuál debería ser su actuación? La sentencia indica que *su conducta omisiva no es generadora de un daño y consiguientemente no es responsable extracontractualmente de nada. En ningún caso se le considera obligado ni a comunicar sus dudas ni a comunicar su certeza posterior tras la realización de las pruebas médicas*.

Tampoco tras conocer su paternidad está obligado a interponer la demanda de determinación de filiación en el momento en el que tuvo conocimiento de los hechos, habiéndola ejercitado cuando se produjo la ruptura de la convivencia matrimonial. Se llega a estas afirmaciones porque nuestro ordenamiento jurídico preserva en todo momento la paz familiar.

Desde el momento en que el tercero conoce tras las pruebas de determinación de la paternidad que es el padre de la menor y lo comunica a la madre, ambos lo

ocultan, por lo que hay una conducta dolosa (o, al menos negligente) por parte de ambos que deliberadamente esconden dicha certeza. Hay una complicidad entre ambos[12] y debería exigírsele responsabilidad.

V. DAÑOS PRODUCIDOS EN LA MENOR. LA PRESERVACIÓN DE LA PAZ FAMILIAR

La sentencia no hace referencia ni mención alguna a la existencia de los daños aparejados en la menor, principal afectada, máxime teniendo en cuenta que nuestro ordenamiento jurídico gira en torno al principio general de derecho de *interés superior del menor*.

Téngase en cuenta que la menor, *por un lado*, tiene que romper o al menos variar sus relaciones, consideración y comportamiento con el padre del que hasta ahora lo había sido y actuado como tal (sin olvidarnos de la ruptura o alejamiento con los hasta ahora supuestos abuelos paternos, familiares y allegados); y, *por otro lado*, además, el daño que puede ocasionar la consideración de un nuevo padre y de una nueva familia (abuelos, familiares, allegados…) que pueden ser desconocidos hasta ese momento.

Sin olvidar la *modificación en su estado civil*, pasará de ser hija de una persona a ser hija de otra persona, con el posible *reconocimiento y modificación registral de la nueva determinación de la paternidad*, *cambio de apellidos*…

La menor podría ejercitar a través de un *defensor judicial* la interposición de una demanda de reclamación de daños contra sus progenitores, o al menos contra la madre. Evidentemente la posible reclamación de la menor de los daños que se le han ocasionado por sus progenitores supondría la ruptura antes de iniciarse sus relaciones con el «nuevo» padre, y desequilibrar la paz familiar que es lo contrario que busca el ordenamiento jurídico.

Tengamos en cuenta lo indicado por la SAP de Alicante de 6 de noviembre de 2017[13], con cita de la del Tribunal Supremo, Pleno de 30 de junio de 2016[14], que indicó que frente al derecho del padre biológico a reclamar una paternidad extramatrimonial, impugnando al tiempo la matrimonial de que los hijos disfrutan, ha de *protegerse la seguridad jurídica y afectiva de los hijos insertos en una familia.* Valores dignos de protección constitucional. «Se viene a *contraponer tal principio de verdad biológica con la preservación de la paz familiar,* pero bien entendido que esta preservación ha de venir referida al interés del hijo, por lo que la paz familiar será aquella que beneficie a este por encontrarse en una situación consolidada de familia, que ha podido formarse al margen de la biológica. La protección de esta situación familiar en que se encuentra integrado el menor vendría a tener el mismo apoyo constitucional que el principio de investigación de la paternidad, al encontrarse recogidos ambos principios en el artículo 39 CE[15].

VI. DEBERES CONYUGALES. EL DEBER DE RESPETO MUTUO DEL ARTÍCULO 67 DEL CÓDIGO CIVIL

La jurisprudencia entiende que como *regla general*, no deberían indemnizarse los incumplimientos de deberes conyugales porque para eso está la posibilidad de separación y divorcio máxime tras la ley de 2005.

Los deberes conyugales (vivir juntos, guardarse fidelidad, respetarse y socorrerse mutuamente) giran en torno a la *affectio maritalis* (arts. 67 y 68 CC), surgen

ope legis de la celebración del matrimonio, tienen un alto contenido moral o ético, no son directamente *coercibles* de ahí que si un cónyuge los incumple el otro no puede acudir a los remedios previstos para el caso de incumplimiento en el artículo 1124 del Código civil (exigir su cumplimiento o resolver el matrimonio, y pedir una indemnización)[16].

En el supuesto de hecho de la SAP de Madrid más que hablar del deber de fidelidad, (porque la infidelidad se produjo durante el noviazgo) habría que centrarse en el *deber de respeto mutuo (previo al matrimonio) del artículo 67 del Código civil*, que no es más que la concreción en el ámbito matrimonial del artículo 10 CE, pues, cada cónyuge debe observar una conducta que no atente o menoscabe la dignidad del otro *ni condicione en términos razonables el libre desarrollo de su personalidad*. No obstante la jurisprudencia del Tribunal Supremo niega el daño causado por la ocultación de los efectos de la infidelidad en el ámbito matrimonial. Ejemplo de ello es la STS de Pleno de 13 de noviembre de 2018[17] que niega que el 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» puesto que estas conductas tienen respuesta en la normativa reguladora del matrimonio mediante la separación o el divorcio 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.

A mi juicio en el caso de la sentencia lo que hay es una *infracción al deber de respeto* por la imposición mediante engaño y ocultación de la existencia del hijo como del esposo cuando la madre tiene las dudas de que no lo es (por la coincidencia de fechas en el mantenimiento de relaciones con dos sujetos durante el noviazgo), pero que se confirman con las pruebas médicas conocidas posteriormente durante el matrimonio y que no comunicó a su esposo que se creía que era el padre. Todo ello sin dejar de prestar atención al hecho de que durante el noviazgo creyendo que el hijo que esperaba era suyo pudo forzar el hecho de contraer matrimonio.

VII. INDEMNIZACIÓN DE LOS DAÑOS RECLAMADOS

El daño inferido en el marido por la progenitora se califica en la sentencia como un *daño moral* y consiguientemente tiene derecho a ser indemnizado[18]. Plazo de reclamación que es de un año pues estamos ante una reclamación de responsabilidad extracontractual derivada del artículo 1902 del Código civil[19].

Daños *patrimoniales* reconocidos anteriormente por el Tribunal Supremo, en casos de ocultación de la paternidad por la línea jurisprudencial existente y centrados en sus padecimientos psicológicos y psiquiátricos tras conocer que no es el padre de la menor. Daños probados y aportados en el procedimiento a través de la documental (los partes médicos e informes, partes de baja), y, de la prueba pericial médica (trastornos diagnosticados, tratamiento, consultas y diagnóstico) Y daños *morales*, donde ya existe una jurisprudencia al respecto que afirma la existencia de indemnización por el daño moral sufrido por el que había sido considerado padre del hijo habido en el matrimonio, independientemente de la ausencia de dolo en la progenitora[20], y del engaño sobre la forma de concebir a los menores y del hecho de que tras el divorcio, por decisión de la madre, se

fueran a vivir con el padre biológico, momento a partir del cual se concretó el daño moral padecido y reclamado[21].

Respecto de la *indemnización* por *daño moral* derivada de la ocultación de la paternidad existe una doctrina jurisprudencial consolidada que debe identificarse «como la frustración, quebranto o ruptura en los sentimientos, lazos o afectos, por naturaleza o sangre que se dan entre personas allegadas fundamentalmente por vínculos parentales, cuando a consecuencia del hecho ilícito, se ve uno de ellos privado temporal o definitivamente de la presencia o convivencia con la persona directamente dañada por dicho ilícito».

En el caso enjuiciado la pérdida de la relación paterno filial es traumática, irreversible y, por tanto, definitiva. El padre afectado toma como base para realizar el cálculo la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, y, la resolución de la Dirección General y fondos de pensiones de 2013 a fin de aplicar la *indemnización básica por muerte* como supuesto análogo. El tribunal *no acepta* esta cuantificación, puesto que considera que su situación de padre, mantenida durante cuatro años, se puede atenuar y convertirse en «*allegado*», pudiendo continuar su relación a través del *derecho de comunicación y visitas* con la menor tal y como se regula en el artículo 160 del Código civil. Aunque la AP enfatiza el hecho de que la nueva consideración «impide el derecho-deber de estar en su compañía y los de crianza (cuidado, educación y formación integral) ni el profundo dolor y vacío emocional que provocan los hechos que han dado lugar al procedimiento, acompañado de la frustración del proyecto de vida familiar existente».

VIII. CONCLUSIONES

I. La *ocultación* por parte de la progenitora y la *imposición de la paternidad* al novio, y, posteriormente marido, que no estaba obligado por no ser el verdadero padre biológico origina una injerencia en *la libertad individual* que origina daños *patrimoniales* y *morales* al marido.

II. Los daños indemnizables no derivan de la infracción de un deber moral y/o legal de fidelidad, sino de la *ocultación sobre la verdad biológica*. Daños reparados a través de la aplicación del artículo 1902 del Código civil porque concurren los requisitos de la responsabilidad civil.

III. La jurisprudencia menor no es uniforme, unas Audiencias siguen la línea marcada por el Tribunal Supremo y exigen *dolo* en la ocultación de la verdad biológica y otras ante la imposibilidad de su prueba, *culpa*.

IV. El resquicio encontrado por la SAP de Madrid para solventar los problemas psíquicos y físicos del padre a quien se le impone la paternidad es que dicha imposición tuvo lugar en la etapa del *noviazgo*. Y todo por la dificultad de probar el dolo en la ocultación exigida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

V. El padre pasará a ser un simple *allegado* al que se le debe indemnizar por los daños morales sufridos. El menor y su interés superior se verá afectado, pero a fin de mantener la paz familiar y el cambio en su vida no se consideran (ni se mencionan apenas jurisprudencialmente como daños indemnizables. Aunque en este supuesto consideramos que si se podría haber afirmado la existencia de perjuicios para el menor objetivamente imputables a la madre).

IX. BIBLIOGRAFÍA

BARBER CÁRCAMO, R. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre acciones de filiación: análisis y prospectiva. *Derecho Privado y Constitución*. ISSN: 1133-8768. Núm. 20. Enero-diciembre 2006, 105-151.

DE LA IGLESIA MONJE, M.ª I. El daño moral derivado de la ocultación por la esposa de la paternidad del hijo matrimonial, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 760, marzo de 2017, 928.

NEVADO CATALÁN, V. Responsabilidad civil derivada de la indebida atribución de paternidad, en *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*. 4/2018. Barcelona, octubre de 2018.

RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M.ª. Luces y sombras de la aplicación del derecho de daños al ámbito de la familia. *La Ley Derecho de familia*, núm. 8, Cuarto trimestre de 2015, Editorial La Ley (La Ley 5935/2015).

YZQUIERDO TOLSADA, M. *Responsabilidad Civil Extracontractual*. Parte general. Dykinson. 3.º ed. Madrid, 633.

X. ÍNDICE DE SENTENCIAS

- STC, Pleno, sentencia 184/1990 de 15 de noviembre de 1990, Rec. 1419/1988. Ponente: Jesús LEGUINA VILLA (La Ley 1511-JF/0000).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sección Pleno, sentencia 629/2018 de 13 de noviembre de 2018, Rec. 3275/2017. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA (La Ley 162091/2018). ECLI: ES:TS:2018:3700.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sección Pleno, sentencia 441/2016 de 30 de junio de 2016, Rec. 1957/2015. Ponente: Eduardo BAENA RUIZ (La Ley 71613/2016). ECLI: ES:TS:2016:2995.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 404/2012 de 18 de junio de 2012, Rec. 1219/2009. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA (La Ley 80043/2012). ECLI: ES:TS:2012:4183.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 445/2010 de 14 de julio de 2010, Rec. 1968/2006. Ponente: Francisco MARÍN CASTÁN (La Ley 148064/2010). ECLI: ES:TS:2010:4387.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 129/2010 de 5 de marzo de 2010, Rec. 2559/2005. Ponente: Xavier O'Callaghan Muñoz (La Ley 5303/2010). ECLI: ES:TS:2010:984.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia de 29 de diciembre de 1999, Rec. 2414/1995. Ponente: Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA (La Ley 3241/2000).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia de 30 de julio de 1999, Rec. 190/1995. Ponente: Alfonso BARCALA TRILLO-FIGUEROA (La Ley 11101/1999).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia de 22 de julio de 1999, Rec. 12/1995. Ponente: Alfonso BARCALA TRILLO-FIGUEROA (La Ley 11277/1999).
- SAP de Madrid, Sección 8.ª, sentencia 231/2019 de 24 de mayo de 2019, Rec. 975/2018. Ponente: Milagros DEL SAZ CASTRO (La Ley 94472/2019). ECLI: ES:APM:2019:5879.
- SAP de Alicante, Sección 9.ª, sentencia 417/2017 de 6 de noviembre de 2017, Rec. 263/2017. Ponente: Andrés MONTALBÁN AVILÉS (La Ley 232186/2017). ECLI: ES:APA:2017:3382.

- SAP de Badajoz, Sección 3.ª, sentencia 175/2017 de 5 de septiembre de 2017, Rec. 218/2017. Ponente: Luis Romualdo HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA (La Ley 133817/2017).ECLI: ES:APBA:2017:782.
- SAP de Cantabria, Sección 2.ª, sentencia 138/2016 de 3 de marzo de 2016, Rec. 71/2015. Ponente: José ARSUAGA CORTÁZAR (La Ley 47449/2016) ECLI: ES:APS:2016:186.

NOTAS

[1] DE LA IGLESIA MONJE, M.ª Isabel. El daño moral derivado de la ocultación por la esposa de la paternidad del hijo matrimonial, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 760, marzo de 2017, 928.

[2] El evento dañoso provoca la colocación de la víctima (en nuestro supuesto de hecho, el marido) en una situación de verdadera frustración de expectativas. En este caso se da la certeza de que si no se hubiera producido el hecho dañoso (la ocultación para ambos —marido y tercero—), el perjudicado y víctima (el marido) habría mantenido la esperanza en el futuro de evitar una pérdida patrimonial (gastos médicos derivados de su depresión y frustración por romper sus relaciones paternofiliales con una hija que no es suya y convertirse en un simple allegado), y la incertidumbre definitiva de lo que habría sucedido si no se hubiera producido el evento dañoso, esto es la ocultación, que dio lugar a un matrimonio pero sobre todo a su consideración como padre de la menor por la presunción matrimonial de hija nacida dentro del matrimonio.

Pero como indica YZQUIERDO TOLSADA «una cosa es la incertidumbre sobre el beneficio que se había podido obtener y otra la certeza sobre la probabilidad que se tenía antes de perderse la oportunidad y la certeza que se tiene de que esa probabilidad ya no existe y nunca existirá» (YZQUIERDO TOLSADA, Mariano: *Responsabilidad Civil Extracontractual*. Parte general. Dykinson. 3.º ed. Madrid, 633).

[3] NEVADO CATALÁN, en contra considera que no habría pérdida de oportunidad porque «La teoría de la pérdida de oportunidad permite estimar la reclamación de responsabilidad en supuestos en los que, suprimida mentalmente la conducta, no existe certeza respecto de la correlativa desaparición del daño, sino que esta es meramente probable y habría dependido del azar. De este modo, al identificar como daño la pérdida de la oportunidad de obtener un beneficio o evitar un perjuicio, se sortean los problemas relativos al nexo causal. En cambio, no es posible aplicar la teoría de la pérdida de oportunidad en estos supuestos porque falta el requisito de la aleatoriedad. Es decir, si no se hubiese producido el engaño sobre la paternidad, habría dependido de la voluntad del hombre —y no del azar— el establecimiento de la filiación y la asunción de los gastos» (NEVADO CATALÁN, Verónica: Responsabilidad civil derivada de la indebida atribución de paternidad, en *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*. 4/2018. Barcelona, octubre de 2018).

[4] La STS de 30 de julio de 1999, indicó que «el quebrantamiento de los deberes conyugales especificados en los artículos 67 y 68 del Código civil, son merecedores de un innegable reproche ético-social, reproche que, tal vez, se acentúe más en aquellos supuestos que afecten al deber de mutua fidelidad, en los que, asimismo, es indudable que la única consecuencia jurídica que contempla nuestra legislación substantiva es la de estimar su ruptura como una de las causas de separación matrimonial en su artículo 82 pero sin asignarle, en contra del infractor, efectos económicos, los que, de ningún modo es posible comprenderles dentro del caso de pensión compensatoria que se regula en el artículo 97, e, igualmente, no cabe comprender su exigibilidad dentro del precepto genérico del artículo 1101, por más que se estimen como contractuales tales deberes en razón a la propia naturaleza del matrimonio, pues lo contrario llevaría a estimar que cualquier causa de alteración de la convivencia matrimonial, obligaría a indemnizar. (STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia de 30 de julio de 1999, Rec. 190/1995. Ponente: Alfonso BARCALA TRILLO-FIGUEROA (La Ley 11101/1999).

[5] STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia de 22 de julio de 1999, Rec. 12/1995. Ponente: Alfonso BARCALA TRILLO-FIGUEROA (La Ley 11277/1999), que mantiene en su FJ 4.º la

imposibilidad de calificar de dolosa la actuación y conducta de la Sra. María Concepción C. S. en torno a ocultar al Sr. Gustavo R. S. la identidad del padre del menor nacido dentro del matrimonio.

[6] RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma M.ª: Luces y sombras de la aplicación del derecho de daños al ámbito de la familia. *La Ley Derecho de familia*, núm. 8, Cuarto trimestre de 2015, Editorial La Ley. (La Ley 5935/2015).

[7] SAP de Badajoz, Sección 3.ª, sentencia 175/2017 de 5 de septiembre de 2017, Rec. 218/2017. Ponente: Luis Romualdo HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA (La Ley 133817/2017). ECLI: ES:APBA:2017:782.

[8] La SAP Barcelona (18.ª) de 16 de enero de 2007 abandonó la exigencia del dolo y calificó de negligencia constitutiva de responsabilidad extracontractual la omisión de la adopción de medidas dirigidas a determinar la paternidad biológica, y afirmó que «la culpa o negligencia a que se refiere el artículo 1902 del Código civil constituye un concepto más amplio que el dolo o intención maliciosa. Puede afirmarse que [la demandada] no tenía la certeza o no sabía que el padre de la menor no era su marido, pero pudo y debió sospechar que podía ser otro el padre de la menor, al haber mantenido relaciones sexuales con dos personas al tiempo de su concepción y debió adoptar las medidas tendentes a su veraz determinación. La omisión en la adopción de dichas medidas debe calificarse como un comportamiento o conducta negligente a los efectos de lo dispuesto en el artículo 1902 del Código civil, por lo que de su actuación u omisión se deriva responsabilidad extracontractual».

En el mismo sentido, la SAP Cádiz (2.ª) de 3 de abril de 2008 —y también la de 16 de mayo de 2014— afirma, que «es cierto que en el ámbito del Derecho de Familia solo los incumplimientos en los que medie dolo o culpa grave generan de ordinario responsabilidad (se suele citar como ejemplos la responsabilidad de los padres en la gestión de los bienes de sus hijos menores del artículo 168 del Código civil o la del administrador de la sociedad de gananciales en los términos establecidos en el art. 1390 CC), pero no lo es menos que el artículo 1902 con carácter general nada establece al respecto: cualquier hecho dañoso, antijurídico, imputable a una falta de diligencia de quien lo comete ya genera su responsabilidad. Exigir en este ámbito una culpabilidad reforzada se antoja innecesario y además resulta, la mayoría de las veces imposible. Otra cosa es que el hecho generador de la responsabilidad aparezca de alguna manera cualificado, esto es, que no se trate de incumplimientos de escasa trascendencia personal. Pero ello no implica que sea exigible un criterio subjetivo de atribución de responsabilidad reforzado por el dolo».

[9] La STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia de 29 de diciembre de 1999, Rec. 2414/1995. Ponente: Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA (La Ley 3241/2000), indica que el «*dolus malus*» como invalidador de una relación contractual, debe ser probado por la parte que lo alega. En este supuesto hay una ausencia total de dolo en la actuación de la parte vendedora, porque no se dan los dos elementos esenciales para la existencia de tal dolo o maquinación maliciosa: como es el subjetivo o ánimo de perjudicar —cuestión de Derecho— y el objetivo una actuación inequívoca en la que trascienda el antedicho ánimo —cuestión de hecho—. En todo caso dicha actividad dolosa ha de ser probada inequívocamente sin que basten meras conjeturas o indicios.

[10] Trata el dolo en el caso de compraventa de finca a empresa constructora. Indicando la nulidad por dolo del vendedor que silenció que unos informes técnicos habían acreditado que el solar vendido no era apto para construir en él y donde *la indemnización alcanza al interés negativo que resulta de cotejar la situación en que estaría la parte perjudicada si no hubiese celebrado el contrato o hubiese conocido desde el principio su invalidez,* con la situación actual en que se encuentra. En consecuencia, se han de aceptar las partidas que integran la indemnización: minuta de notario, honorarios de intermediario e impuesto del valor añadido. (STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 129/2010 de 5 de marzo de 2010, Rec. 2559/2005. Ponente: Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ (La Ley 5303/2010). ECLI: ES:TS:2010:984).

[11] SAP de Cantabria, Sección 2.ª, sentencia 138/2016 de 3 de marzo de 2016, Rec. 71/2015. Ponente: José ARSUAGA CORTÁZAR (La Ley 47449/2016) ECLI: ES:APS:2016:186.

[12] Conductas consideradas por varias sentencias de la jurisprudencia menor como condenatorias por ser una conducta dolosa desde el momento que conocen que los hijos no lo eran

del actor SAP Valencia 579/04 de 2 de noviembre de 2004, y SAP León de 2 de enero de 2007 en que la madre lo sabe desde el embarazo y al padre se le atribuye una conducta dolosa.

[13] SAP, Sección 9.ª, sentencia 417/2017 de 6 de noviembre de 2017, Rec. 263/2017. Ponente: Andrés MONTALBÁN AVILÉS (La Ley 232186/2017). ECLI: ES:APA:2017:3382 Reclamación de indemnización al demandado por ocultar al demandante que era el padre de los hijos matrimoniales de este. Desestimación de la demanda. La jurisprudencia aplicable a la ocultación de la paternidad por la esposa no es extrapolable al demandado. No concurre acción culposa o dolosa de este que ignoraba su condición de padre hasta que el actor investigó su paternidad y se declaró judicialmente que los niños no eran hijos biológicos suyos. El demandado no estaba obligado a plantear una demanda de filiación ni le era exigible hacerse pruebas de paternidad a espaldas del actor.

[14] La STS de 30 de junio de 2016 resolvió que no cabía la acción de reclamación de la filiación no matrimonial y de impugnación de la filiación matrimonial, ejercitadas por la madre en representación de su hija menor de edad, al existir conflicto entre el interés de la progenitora y el superior interés de la menor. Con la doble solicitud de la madre se abocaría a la hija a una nueva y muy perjudicial situación con la pérdida del núcleo familiar actual, plenamente satisfactorio para ella. Lo procedente habría sido el nombramiento de un defensor que representase a la menor en juicio, al no hacerse la relación jurídico procesal está mal planteada por carecer la madre de la representación legal de la menor para el ejercicio, en interés de esta, de las citadas acciones. [STS, Sala Primera, de lo Civil, Sección Pleno, sentencia 441/2016 de 30 de junio de 2016, Rec. 1957/2015. Ponente: Eduardo BAENA RUIZ (La Ley 71613/2016). ECLI: ES:TS:2016:2995].

[15] BARBER CÁRCAMO señala que «aunque el Tribunal de Estrasburgo admite que el derecho al reconocimiento de la paternidad es un derecho incluido en el de respeto a la vida familiar, puede estar legítimamente sometido a límites en favor de los intereses prevalentes del hijo»… Concluyendo que «la jurisprudencia de Estrasburgo está muy lejos de afirmar preeminente, en materia de filiación, el principio de verdad biológica». (BARBER CÁRCAMO, Roncesvalles: La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre acciones de filiación: análisis y prospectiva. *Derecho Privado y Constitución*. ISSN: 1133-8768. Núm. 20. Enero-diciembre 2006, 105-151).

[16] STC, Pleno, sentencia 184/1990 de 15 de noviembre de 1990, Rec. 1419/1988. Ponente: Jesús LEGUINA VILLA. (La Ley 1511-JF/0000), que indica en su doctrina que «la Constitución reconoce en el matrimonio legal una institución social a la que conecta deberes y derechos», refiriéndose en articular «La obtención de una pensión de viudedad se condiciona por la legislación vigente a la existencia de vínculo matrimonial entre causante y beneficiario, eximiendo de tal exigencia solo a quienes no pudieron contraer matrimonio legal por impedírselo la normativa anterior a la Ley 30/81 y siempre que el causante falleciera con anterioridad a la vigencia de dicha Ley, pues tras ella los que convivían de hecho *more uxorio* podían legalizar su unión».

[17] STS, Sala Primera, de lo Civil, Sección Pleno, sentencia 629/2018 de 13 de noviembre de 2018, Rec. 3275/2017. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA (La Ley 162091/2018). ECLI: ES:TS:2018:3700.

El derecho a los alimentos del hijo existía 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. En cuanto a los daños morales, no son indemnizables mediante el ejercicio de las acciones propias de la responsabilidad civil, contractual o extracontractual. El daño indemnizable queda acotado a supuestos que, en el marco de la relación de matrimonio rota por el divorcio, no tienen su origen en el incumplimiento de los deberes propios del matrimonio, como es el deber de fidelidad, sino en la condición de persona afectada por la acción culposa o negligente de quien lo causa.

[18] STS, Sala Primera, de lo Civil, Sección Pleno, sentencia 629/2018 de 13 de noviembre de 2018, Rec. 3275/2017. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA (La Ley 162091/2018). ECLI: ES:TS:2018:3700.

Ocultación al marido de su falta de paternidad respecto de un hijo del matrimonio.

En cuanto a los daños morales, no son indemnizables mediante el ejercicio de las acciones propias de la responsabilidad civil, contractual o extracontractual.

El daño indemnizable *no tiene su origen en el incumplimiento de los deberes propios del matrimonio*, como es el deber de fidelidad, *sino en la condición de persona afectada por la acción culposa o negligente de quien lo causa*.

[19] En la STS, de 14 de julio de 2010, en el que se resuelve la reclamación de indemnización de daños y perjuicios a la exesposa por infidelidad durante el matrimonio y el descubrimiento de que uno de los hijos inscritos como matrimoniales no era en realidad del demandante, se produce la *prescripción* puesto que *el plazo de prescripción comienza a correr «desde que lo supo el agraviado»*. (STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 445/2010 de 14 de julio de 2010, Rec. 1968/2006. Ponente: Francisco MARÍN CASTÁN (La Ley 148064/2010). ECLI: ES:TS:2010:4387).

Posteriormente, la STS de 18 de junio de 2012, que estudió también una reclamación de indemnización por los daños físicos y morales sufridos como consecuencia de la pérdida de dos hijas criadas como tales por el demandante y que fueron concebidas por los demandados (su exmujer y un tercero) ocultándole la realidad de tal concepción y paternidad se indica que *el plazo prescriptivo no puede contarse desde la fecha de la sentencia que resolvió el procedimiento de impugnación de paternidad*. (STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 404/2012 de 18 de junio de 2012, Rec. 1219/2009. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. La Ley 80043/2012. ECLI: ES:TS:2012:4183).

[20] STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia de 22 de julio de 1999, Rec. 12/1995. Ponente: Alfonso BARCALA TRILLO-FIGUEROA (La Ley 11277/1999).

[21] STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 404/2012 de 18 de junio de 2012, Rec. 1219/2009. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA (La Ley 80043/2012). ECLI: ES:TS:2012:4183.

1.2 Derecho de familia

La extinción de la prestación de alimentos de los hijos mayores de edad

The termination of maintenance for older sons

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT
Profesora Contratada Doctora de Derecho civil. UCM

RESUMEN: Con la mayoría de edad no se pierde el derecho de alimentos a favor de los hijos, sino que subsiste pese a la extinción de la patria potestad cuando conviven con uno de los progenitores y carecen de independencia económica. Se extiende a lo indispensable para su subsistencia y su cuantía será proporcional a las necesidades del alimentista y al caudal o medio de que dispone el alimentante. Su reclamación puede tener lugar en un procedimiento matrimonial por el propio cónyuge que convive con el hijo y a aquel, asimismo, corresponde la carga de la prueba de la concurrencia de los requisitos previstos en el artículo 93.2 del Código civil. Además de la modificación de la cuantía de la pensión por alteración de las circunstancias, es también posible su extinción por las causas previstas en los artículos 150 y 152 del Código civil. El presente estudio se va a centrar en tales causas de extinción, en especial, en la posibilidad de extinción de la pensión de alimentos cuando la ausencia o falta de relación manifiesta con el progenitor sea exclusivamente imputable al hijo mayor de edad tal como se ha planteado en la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2019 y conforme a lo previsto en el Código civil catalán.

ABSTRACT: When the age of majority, the right to maintenance is not lost in favor of the sons but subsists despite the termination of parental authority when they live one of the parents and lack economic independence. It extends to what is essential for the subsistence and the amount there of shall be proportionated to the need of the food supplier and to the amount or means avaible to the food provider. Their claim may take place in a matrimonial proceeding by the spouse with the child lives. In addition, the modification of the amount of the pension duce to alteration of circumstances, it's also possible to extinction for the causes provides in articles 150 y 152 of the Civil Code. The present study is going to centre on such cause of extinction, especially due to absence or lack of relationship of the parents with his or her sons raised in the judgement of the Supreme Court of 19 february 2019.

PALABRAS CLAVE: Alimentos hijos mayores de edad. Modificación y extinción de los alimentos. Convivencia. Carencia de medios. Formación. Crisis matrimonial.

KEY WORDS: Maintenance of children of legal age. Modification and extinction of child maintenance. Coexistence. Lack of means. Studies. Marriage crisis.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. FUNDAMENTO Y ALCANCE A LA OBLIGACIÓN DE ALIMENTOS.—III. PRESUPUESTOS PARA EL NACIMIENTO DE LA PRESTACIÓN DE ALIMENTOS.—IV. EXTINCIÓN DE LA PRESTACIÓN ALIMENTICIA DEL HIJO MAYOR DE EDAD.—V. ASPECTOS PROCESALES: LEGITIMACIÓN, PROCEDIMIENTO Y EFECTOS.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

La extinción de la patria potestad y el fin de la representación legal de los padres tiene lugar cuando los hijos alcanzan la mayoría de edad o, se emancipan y adquieren la plena capacidad de obrar (arts. 162 y 169 CC). Sin embargo, la extinción del deber de alimentos no opera automáticamente, sino que es posible prolongar más allá de la mayoría de edad, el cumplimiento de tal deber, si se dan los presupuestos para su concesión; si bien, su régimen jurídico será distinto del correspondiente a los hijos menores de edad[1]. Por lo que, con la mayoría de edad no se pierde el derecho de alimentos, sino que subsiste y se configura como un derecho a percibir alimentos, entendidos estos en sentido estricto, de ahí que, se extiendan a lo que es indispensable para la subsistencia y se mantiene hasta que el hijo tenga la posibilidad de proveer por sí mismo sus necesidades. En general, la deuda alimenticia se ha de entender como «deber impuesto a una o varias personas, de asegurar la subsistencia de otra o de otras y supone la conjunción de dos partes, una acreedora, que tiene derecho a exigir y recibir los alimentos y la otra, deudora que, tiene el deber moral y legal de prestarlos, con la particularidad que el primero, ha de reunir hipotéticamente, la condición, de necesitado y el segundo, poseer medios y bienes aptos para atender la deuda»[2]. De todas formas, el artículo 39.2 de la Constitución española distingue entre la asistencia debida a los hijos «durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda», y si bien, no es aplicable a los debidos a los hijos menores de edad la totalidad de lo dispuesto en el título VI del Libro Primero del Código civil sobre alimentos entre parientes, pues, esencialmente el régimen jurídico de los alimentos debidos a los hijos menores de edad deriva de la especial relación paterno filial y no ha de verse afectado por las limitaciones propias del régimen legal de los alimentos entre parientes[3]. En el caso de alimentos de hijos menores el derecho de alimentos procede del hecho mismo de la filiación, están vinculados a la patria potestad (art. 154 CC) y surge con independencia de sus necesidades, aun en el caso que disponga de bienes suficientes para subsistir. Por su parte, los hijos mayores de edad no pierden el derecho de alimentos, sino que subsiste, pese a extinguirse la patria potestad, siempre que convivan en el domicilio familiar y no tengan la posibilidad de proveer sus necesidades. Los alimentos derivan, por tanto, no de la patria potestad, sino de los alimentos entre parientes. Centrándonos en estos, la carencia de recursos para la cobertura de sus necesidades básicas y la continuación de su formación constituyen una realidad frecuente. Asimismo, es un hecho constatado que en la actual situación económica, con una alta tasa de paro juvenil, resulta muy difícil o casi imposible el obtener un trabajo que permita una independencia económica, además la posibilidad de una estabilidad laboral en forma de contrato indefinido o fijo resulta ser una realidad escasa, si atendemos a los datos de población activa y contratación, constituyendo por ello la precariedad laboral una constante general en la contratación laboral de este sector poblacional. Asimismo, la formación académica, sobre todo si se opta por estudios superiores se puede prolongar más

allá de la mayoría de edad, pues, a la culminación del grado universitario o de formación profesional, se unen los gastos educativos o de formación derivados de la realización de segundos estudios, máster, oposiciones, doctorado o cursos de especialización, dando lugar en ocasiones a una sobrecualificación que tampoco encuentra fácil acomodo en el mercado laboral, máxime si a ello contribuye la falta de ofertas orientadas a tal empleo cualificado, lo que aboca a la necesidad de elegir trabajos que, no se corresponden, precisamente, con la titulación o cualificación adquirida. De todas formas, la actividad formativa se ha de acompañar del compromiso por el alimentista mayor de edad, de procurar un rendimiento razonable de sus estudios y, de un plazo, igualmente, razonable que permita su finalización, evitando que el acomodamiento, la desidia, la apatía por procurarse una independencia económica sea una constante general en el comportamiento del alimentante y, por ende, el mantenimiento *sine die* de un estado de necesidad —parasitismo social—. En todo caso, resulta conveniente procurar un justo equilibrio de los intereses legítimos de los alimentantes —progenitores— y de los alimentistas —hijos mayores de edad— que tienen derecho a alimentos hasta que puedan alcanzar una independencia económica, sin que esta situación se pueda extender más allá de lo que se considera un periodo razonable para terminar su formación y acceso al mercado laboral.

Ahora bien, la prestación de tales alimentos por quienes han ejercido la patria potestad se fundamenta en el principio de solidaridad familiar basado en los vínculos de filiación, reforzado por una base constitucional, pues, como establece el artículo 39.3 de la Constitución española «los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos que legalmente proceda»[4]. Estos alimentos que comprenden también la educación e instrucción del alimentista mayor de edad, subsisten mientras no haya terminado su formación por causa no imputable al mismo (art. 142.2 CC); que puede finalizar precisamente cuando la falta de necesidad del hijo o cuando este provenga de su mala conducta o falta de aplicación al trabajo o estudios (art. 152 CC), pues, no faltan abusos de quienes prefieren mantenerse *sine die* en una cómoda dependencia que, insertarse en el mercado laboral en busca de recursos necesarios para procurarse su propio sustento, o terminar sus estudios para conseguir precisamente una independencia económica. En todo caso, lo que está claro es que, en los alimentos a los hijos mayores de edad no existe una presunción legal de necesidad, como si ocurre con el deber de alimentos de los hijos menores de edad, sino que esta debe acreditarse[5]; lo que significa, que no estamos ante una obligación incondicional, sino que permanecerá en tanto subsista la necesidad[6], y, además, como hemos señalado en líneas precedentes, la obligación de alimentos de los hijos llegada la mayoría de edad no va a cesar automáticamente, aunque sí variará su régimen jurídico. Ahora bien, constante matrimonio la obligación de alimentos por parte de los padres a los hijos mayores de edad tiene lugar de forma voluntaria, constituyendo una carga familiar a tenor de lo dispuesto en los artículos 1318 y 1362.1 del Código civil, que han de soportar su sostenimiento ambos progenitores. Cuando tiene lugar la crisis matrimonial, el cambio en la situación jurídica de los cónyuges va a provocar también un cambio en la situación de los hijos mayores de edad, pues, a falta de acuerdo de los padres, la prestación de alimentos habrá de determinarse judicialmente, pero sin que la ruptura del vínculo matrimonial haga perder la relación de filiación que, a tenor de lo dispuesto en los artículos 143, 144 y 145 del Código civil da derecho al hijo a recibir alimentos de los padres y una obligación de estos de prestarlas[7].

Con la reforma por Ley 11/1990, de 15 de octubre del artículo 93.2 del Código civil se posibilita que la determinación de la pensión alimenticia a favor de los hijos mayores de edad pueda dirimirse en el procedimiento de separación, nulidad o divorcio, siempre que se den los requisitos de convivencia en el domicilio familiar y de carencia de recursos que tal precepto establece[8]; además del principio procesal de rogación, pues, no es un derecho que deba ser sancionado incluso de oficio. De todas formas, tal medida no se encuentra afectada por el interés público, ni es ajena al principio dispositivo[9]. Esto no impide que tal prestación de alimentos pueda solicitarse por el hijo mayor de edad por la vía del juicio verbal ordinario de alimentos previsto en el artículo 250.1.8 de la LEC, en relación con el artículo 143.2 del Código civil, dirigiéndose frente a ambos progenitores[10]. De forma que, con la reforma del citado artículo 93.2 no se pretende establecer los requisitos necesarios para que el hijo mayor de edad pueda ser acreedor de alimentos, pues, estos ya se concretan en los artículos 142 a 153 del Código civil, sino que se abre una nueva vía procesal, mediante la cual se habilita «*ex lege*» a los progenitores para actuar en beneficio de sus hijos mayores de edad que conviven en el domicilio familiar y carecen de ingresos propios y suficientes, y, en consecuencia, para que el juez fije la cuantía de la obligación de alimentos en el mismo proceso de nulidad, separación o divorcio, siempre que se cumplan con los requisitos mencionados en el artículo 93.2[11]. Lo cierto es que, cuando los hijos son menores o no están emancipados los alimentos a los que alude el artículo 93.1 del Código civil guardan relación con la obligación de alimentar a aquellos contenida en el artículo 154.1 del Código civil, y no en la institución de alimentos entre parientes, referida en los citados artículos 142 a 153, que si la tiene con respecto a los hijos mayores de edad o emancipados[12]. No obstante, de tratarse de hijos mayores de edad discapacitados a los efectos de determinación y cuantificación de la pensión alimenticia se equiparan a los menores de edad mientras se mantenga la convivencia del hijo en el domicilio familiar y se carezca de recursos[13].

En cualquier caso, debe partirse del hecho que dicha obligación legal de alimentos a los hijos mayores de edad, debe fijarse teniendo en cuenta el criterio de proporcionalidad del artículo 146 del Código civil, es decir, la cuantía de los alimentos deberá ser, precisamente, proporcional al caudal o medios del que los da y a las necesidades de quien los recibe[14]. Asimismo, corresponderá a los dos padres asumir tal obligación, no recayendo, por tanto esta exclusivamente en el progenitor con el que el hijo no conviva; si bien, la «unidad familiar» que aquel va a conformar con el progenitor conviviente, determina que, mientras se dirime la situación de crisis conyugal, este continúa haciendo efectiva la obligación de alimentos, situándole en la posición de reclamar las medidas necesarias para hacer frente al cambio de régimen jurídico y económico que supone la ruptura del vínculo matrimonial; a la vez que genera un derecho de crédito a su favor, al haber anticipado los alimentos de los que resultan obligados ambos progenitores.

Ahora bien, lo dicho hasta ahora, resulta aplicable por analogía y por ende lo dispuesto en el artículo 93.2 del Código civil, a los alimentos que sean debidos a los hijos mayores de edad que convivan en el domicilio familiar habidos en el seno de una unión o pareja de hecho[15].

En todo caso, como señala acertadamente CUENA CASAS a la hora de valorar el estado de necesidad para reclamar alimentos «deben tenerse en cuenta las prestaciones sociales que el beneficiario tiene derecho, no pudiéndose admitir tal reclamación cuando las mismas no se hubiesen solicitado, pues faltaría el requisito del estado de necesidad». Por lo que añade «solo cuando el Estado

no puede cubrir tales necesidades es cuando se puede recabar el auxilio de la familia»[16].

Sobre tales bases, la justificación de fondo de este específico régimen legal de alimentos a favor de los hijos mayores de edad reside en la falta de correspondencia entre la edad en que conforme al artículo 315 del Código civil se produce la emancipación legal —dieciocho años— y la extinción de la patria potestad, y la edad en que sociológicamente se está produciendo la independencia económica de los hijos, pues, resulta una realidad que esta se retrasa varios años, durante los cuales siguen los hijos mayores de edad dependiendo de sus padres, y conviviendo con ellos en el domicilio familiar. Cosa distinta es que tras la independencia en todos los niveles del hijo mayor de edad, las actuales circunstancias económicas le obliguen a volver al domicilio familiar, pues, en tal caso la exigencia de alimentos deberá operar por la vía de la obligación legal de alimentos entre parientes y ser objeto de la oportuna reclamación por el hijo mayor de edad.

En este contexto, el presente estudio lo vamos a centrar en analizar las diferentes causas de extinción de la prestación de alimentos de los hijos mayores de edad, en especial, en las situaciones de mala conducta o abandono emocional de los progenitores por parte de aquellos, haciendo oportuna referencia a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de febrero de 2019 que, analiza la posible causa de extinción de la pensión de alimentos cuando la falta de relación manifiesta con el progenitor sea exclusivamente imputable al hijo mayor de edad. Si bien, con carácter previo trataremos aspectos generales relacionados con tal prestación de alimentos, así nos referiremos al alcance de la misma, los presupuestos necesarios para el nacimiento de tal prestación, y cuestiones procesales relacionadas con la legitimación y, asimismo, procedimentales y de prueba.

II. FUNDAMENTO Y ALCANCE DE LA OBLIGACIÓN DE ALIMENTOS

Los hijos mayores de edad tienen derecho, conforme a lo dispuesto en el artículo 142 del Código civil, a obtener de sus padres «todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica», así como lo necesario para su educación e instrucción. En consecuencia, los padres atienden —y con frecuencia muy generosamente— todas las necesidades de sus hijos, incluso si han alcanzado la mayoría de edad, costean su formación y los mantienen en el hogar familiar hasta edades avanzadas, con sacrificio de sus propias necesidades vitales. Se produce así un cumplimiento en especie del deber de alimentos. Así las cosas, en lo que respecta a la naturaleza de la obligación de alimentos, actualmente hay acuerdo doctrinal unánime en entender que estamos ante una obligación cuya finalidad es personal (la satisfacción de las necesidades vitales del alimentista-hijo mayor de edad), y cuyo contenido es patrimonial (tiene un valor económico fácilmente apreciable). Entre ambos aspectos, sin duda el más relevante es el personal, que es el que explica la misma existencia de la figura, y el que determina sus rasgos más característicos[17].

Asimismo, la obligación legal de alimentos a los hijos mayores de edad está ligada, por un lado, a la subsistencia y necesidad del titular del derecho —tutelando intereses esenciales de la persona—, y por otro, al vínculo familiar de filiación que existen entre el hijo y los padres como obligados, vínculo que justifica la existencia de tal obligación, y respecto de los que derivan los caracteres de obligación mancomunada divisible, de carácter personalísimo o *intuitu personae*,

relativa e indeterminada, pues depende de la efectiva necesidad del alimentista y correspondiente posibilidad del obligado, variable en cuanto cambia, si lo hacen las señaladas circunstancias tomadas como referencia para su fijación; recíproca y, asimismo, con respecto al derecho a percibir alimentos futuros irrenunciable, intransmisible, imprescriptible y no sometido a compensación. Constituye una deuda de valor[18].

La obligación de alimentos de los hijos mayores de edad es esencialmente una obligación legal, impuesta y regulada por la Ley —en concreto en los artículos 142 a 153 del Código civil—, siempre que concurra el supuesto de hecho legalmente tipificado para su nacimiento como es la relación de parentesco (art. 143 CC), necesidad del alimentista (arts. 146 y 148) y posibilidad económica del alimentante (art. 146), con independencia de la voluntad de las partes[19]; sin margen al juego de la autonomía de la voluntad, y de un contenido más restrictivo que la de los hijos menores de edad. Como tal obligación legal se impone a determinadas personas, como consecuencia de su vinculación con el beneficiario por vínculos de parentesco o estado, concretándose sus límites obligacionales, asimismo, en lo indispensable para el sustento, habitación, asistencia médica, vestido, y educación, derecho que subsiste en los hijos, aun después de la mayoría de edad, si permanece la situación de necesidad por causa no imputable al alimentado, circunscribiendo la obligación de prestar los citados alimentos, a los sujetos que se encuentran dentro del círculo familiar (preferentemente los padres), como previene el artículo 143 del Código civil que, cesará cuando el hijo no conviva en casa o tenga recursos propios concretado en el hecho que pueda ejercer un oficio, profesión o industria, o haya adquirido mejor fortuna, conforme señala el número 3 del artículo 152 del Código civil.

III. PRESUPUESTOS PARA EL NACIMIENTO DE LA PRESTACIÓN DE ALIMENTOS

La obligación de alimentos de los padres respecto de los hijos mayores de edad se encuentra regulada en los artículos 142 a 153 del Código civil, que conforman el Título denominado «De los alimentos entre parientes», a los que hay que añadir la norma contenida en el párrafo segundo del artículo 93 del citado texto legal. De tal normativa, se deduce que, la institución del derecho de alimentos entre parientes, entre los que se encuentran los hijos, bien sean mayores o menores de edad descansa según señala la doctrina sobre los siguientes presupuestos: 1. La existencia de una relación de parentesco o de carácter familiar; 2. La existencia de un estado de necesidad en el alimentista, unida a la imposibilidad actual de obtener recurso con los que hacer frente. A estos efectos deben ser también valorados los recursos potenciales del alimentista, incluida la posibilidad concreta de obtener los medios de subsistencia mediante su trabajo; 3. La capacidad económica del alimentante (art. 152.2 CC); de forma que, si el eventual obligado carece de medios con lo que hacer frente a los alimentos, la obligación no llega a nacer a su cargo[20]; 4. La situación de necesidad no venga causada por la mala conducta o la falta de aplicación en el trabajo (art. 152.5 CC). Los tres primeros son requisitos de la obligación de alimentos entre parientes en todo caso: entre ascendientes, y descendientes, entre cónyuge y entre hermanos; mientras que, el último mencionado se refiere únicamente a aquel alimentista que sea descendiente del obligado a dar alimentos. Si bien, conviene precisar que, se trata de una especificidad del derecho de alimentos que la ley concede frente

a cualquier ascendiente (no únicamente los padres, aunque en nuestro estudio vamos a referirnos únicamente a ellos).

De forma que, la obligación de alimentos solo opera respecto de los parientes enumerados en el artículo 143 del Código civil. Acreedor y deudor han de ser, por tanto, miembros de una misma familia, entendiendo esta como familia extensa; y no más allá del círculo familiar establecido por el legislador.

El concepto de alimentos va sustancialmente unido al estado de necesidad del sujeto alimentista. Su finalidad es asistencial, y, por tanto, orientada a satisfacer las necesidades del acreedor de una obligación de alimentos. A diferencia de la necesidad del alimentista menor de edad que se presume que, carece de recursos propios para cubrir sus necesidades alimenticias, salvo prueba en contrario, en los alimentos de los hijos mayores de edad no opera tal presunción, sino que el alimentista mayor de edad debe acreditar tal estado de necesidad, que no solo implica la carencia de recursos propios para mantenerse, sino también la imposibilidad de procurarse medios para su subsistencia en un futuro. Por lo que, tales alimentos se extinguen cuando ya no existe tal necesidad. De ahí que, disponga el artículo 148.1 que esta «*será exigible desde que los necesitara para subsistir la persona que tenga derecho a percibirlos…*». Lo que, igualmente, se deduce del artículo 152.3 que, señala entre las causas de extinción de la obligación, el hecho de que al alimentista «*no le sea necesaria la pensión alimenticia para su subsistencia*». Si se pierde el derecho cuando se acaba la necesidad, es obvio que, no llegue a nacer tal derecho, cuando no exista ninguna necesidad constatable en el alimentista. E, incluso, se infiere de los artículos 146 y 147 del Código civil que contempla la necesidad de alimentista como uno de los criterios (junto a los medios del alimentante) para determinar la cuantía de la prestación debida y su posible variación[21].

El estado de necesidad que padece un sujeto, viene determinada por la insuficiencia de medios o recursos para subsistir que, ha de ser establecida mediante una comparación entre los recursos individuales y sus necesidades personales, no la de quienes conviven con él y a su cargo[22]. Cuando precisamente aquellos no le permiten cubrir las necesidades más vitales, se produce una situación de necesidad[23]. Por ello, en la apreciación de la misma es preciso valorar, tanto los medios de los que dispone el sujeto, como las concretas necesidades del sujeto[24]. La valoración de los primeros debe hacerse sobre parámetros más o menos objetivos (rentas de trabajo y de capital, patrimonio, etc.); y, la de los segundos debe realizarse en un ámbito subjetivo, apreciando la concreta necesidad personal y situación particular de quien la sufre[25].

De forma que, como hemos señalado, para que se produzca un estado de necesidad no es suficiente que quien lo alegue, carezca en la actualidad de recursos o medios económicos con los que mantenerse, sino que es preciso, además, que se halle imposibilitado para conseguirlos (necesidad actual y potencial). Por eso, el juez, a la hora de determinar si existe o no un estado de necesidad que justifique la pretensión de alimentos, debe tener en cuenta tanto si el sujeto carece o no de medios económicos para subsistir, como si tiene o no posibilidad efectiva de procurárselos[26], o una actitud o no positiva de cara a obtener una independencia económica[27], sin olvidar, asimismo, los recursos y posibilidades del guardador (arts. 93, 145 y 146 CC)[28] —sometido por tanto a su libre apreciación—. La insuficiencia actual de recursos no le legitima para reclamar alimentos, si está en condiciones de cambiar su precaria situación, por ejemplo, acceder al mercado laboral. El artículo 153.2 del Código civil señala el hecho que «*el alimentista pueda ejercer un oficio, profesión o industria…*», como una

causa de extinción de la obligación que, lógicamente impide el nacimiento de la misma[29]. La prueba del estado de necesidad corresponde al alimentista, o, en su caso, al cónyuge que reclama la pensión de alimentos en los procesos de nulidad, separación y divorcio[30].

Junto al estado de necesidad del acreedor, es también presupuesto básico del nacimiento de la obligación de alimentos la posibilidad del deudor de atender a esa necesidad, esto es, disponer de medios o recursos suficientes[31]. Se entiende que dispone de ellos cuando no perjudica su propia subsistencia y la de su familia, de ahí que, se establezca que la obligación de prestar alimentos se extingue cuando la fortuna del obligado a darlos se ha reducido hasta el punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades y las de su familia. Para su cuantificación se habrá de atender a sus rentas de capital y de trabajo, como al capital mismo y, esencialmente, a su rendimiento neto, esto es, una vez deducidos los gastos que sean necesarios para atender al alimentante y su familia (art. 152.2 CC).

Por lo que, como en el caso de necesidad corresponde en todo caso al juez analizar y valorar la particular situación económica del posible obligado para determinar tanto el nacimiento de la obligación como también, en su caso, el *quantum* de la prestación debida, e incluso, la extinción de la misma.

Una vez que concurren los presupuestos indicados opera de forma automática el nacimiento de la obligación. Surge *ope legis* cuando, al existir entre las partes una determinada relación familiar, una de ellas deviene necesitada, pudiendo la otra hacer frente a esa situación. Así la concurrencia de tales requisitos determina el momento a partir del cual la obligación de alimentos es perfecta y, en consecuencia exigible[32]. Se dispone en este sentido en el artículo 148.1 del Código civil que «*la obligación de alimentos será exigible desde que los necesitare para subsistir la persona que tenga derecho a percibirlos…*». De forma que, la obligación de alimentos nace desde la concurrencia de los citados presupuestos y desde entonces, es exigible. Una obligación que se puede cumplir voluntariamente ante la simple reclamación del acreedor; incluso, previo requerimiento extrajudicial.

Si bien, el citado artículo 148.1 parece aparentemente entrar en contradicción cuando a continuación señala que «*estos no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la demanda*». La doctrina de forma mayoritaria ha entendido que la obligación nace con la concurrencia de los presupuestos, o más concretamente, de la necesidad del futuro alimentista, y es exigible desde ese momento, sin que sea precisa una reclamación judicial[33]. No se acepta que, la interposición de la demanda sea el momento inicial de la obligación, de su nacimiento, como si antes no tuviera relevancia jurídica, y, en consecuencia, de la negación de un posible cumplimiento voluntario, sino simplemente tal momento procesal marca cuando debe efectuarse su abono, esto es cuando resulta exigible[34]. De todas formas, se concretan en este precepto dos momentos temporales: el del nacimiento y el de su exigibilidad. Por lo que, cabe un cumplimiento voluntario, pues, la obligación nace con el estado de necesidad del alimentista; asimismo, si el alimentante no cumple de forma voluntaria, ni el alimentista reclama pese a estar en situación de necesidad, nada puede exigir hasta que no interponga la demanda. Ahora bien, de exigirse judicialmente los alimentos estos solo se abonaran desde la interposición de la demanda[35].

De forma que, dándose los requisitos señalados, ambos progenitores tienen obligación de prestar alimentos a sus hijos mayores de edad, pudiéndose modificar si concurre alguna alteración de circunstancias previstas en los artículos 90 y 91 del Código civil, o extinguiéndose si concurren las causas legales contenidas en los artículos 150 y 152 del citado cuerpo legal.

En todo caso, se entiende por alimentos todo lo que resulta indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica y para los hijos la educación e instrucción que, siendo estos mayores de edad, se presta siempre que no hayan terminado su formación por causa no imputable a los mismos (art. 142 CC)[36]. Estos alimentos que corresponde a los hijos mayores de edad se pueden prestar de dos maneras distintas: mediante prestación dineraria (pago de una cantidad que deberá verificarse por meses anticipados y cuando fallezca el alimentista, sus herederos no están obligados a devolver lo que aquel hubiera recibido anticipadamente) o recibiendo o manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos. Si bien, esta elección no será posible en cuanto contradiga la situación de convivencia determinada por el alimentista por las normas aplicables o por resolución judicial (art. 149 CC)[37]. Respecto de la cuantía operamos sobre el criterio de la proporcionalidad tal como establece el artículo 146 del Código civil —necesidades de los hijos y, la capacidad económica de ambos progenitores—. Tal proporcionalidad será objeto de valoración por el juez en cada caso particular según su prudente arbitrio y, ser fijada en ejecución de sentencia.

En este contexto, para que los alimentos puedan exigirse en el proceso de nulidad, separación y divorcio correspondiente, según el artículo 93.2 del Código civil, además, de la mayoría de edad o emancipación del hijo, resulta necesaria la concurrencia de dos requisitos más: la convivencia en el domicilio familiar y la carencia de ingresos y recursos propios[38]. Recordemos que, este precepto no modifica los presupuestos sustantivos que han de concurrir para el nacimiento del derecho de alimentos del hijo mayor de edad que, hemos analizado en líneas precedentes: la relación de parentesco, estado de necesidad y la posibilidad económica del alimentante; o lo que es lo mismo, para que el hijo sea acreedor de alimentos, sino la posibilidad del juez de fijar la cuantía de alimentos que corresponde al hijo mayor de edad en el mismo proceso en que se dirime la nulidad, separación o divorcio, si se cumplen los requisitos establecidos en dicho precepto. Procedemos a continuación a analizar tales requisitos:

1. Mayoría de edad o emancipación. Como hemos puesto de manifiesto, la mayoría de edad o la emancipación no determinan la extinción automática de la prestación de alimentos, ni garantiza su independencia económica; por lo que los hijos al cumplir dicha edad, no pierden el derecho al percibo de una pensión, si siguen siendo económicamente dependientes de sus padres[39]. Tampoco existe límite de edad para percibirlos, siempre que se pruebe el estado de necesidad y la carencia de medios para subsistir. No obstante, se puede establecer judicialmente o por vía de convenio[40]. De todas formas, el artículo 69.2 del Código Foral aragonés establece expresamente un límite de edad, en concreto, los 26 años para considerar extinguida la obligación de los padres para prestar alimentos, salvo que convencional o judicialmente, se hubiese fijado una edad distinta, sin perjuicio del derecho que tienen los hijos de reclamar alimentos[41].

2. Convivencia. Como se indica en numerosas resoluciones judiciales, las medidas atinentes a los alimentos de los hijos mayores de edad se fundamentan no en el indudable derecho de esos hijos a exigirlos de sus padres, sino en la situación de convivencia en que se hallan respecto a uno de los progenitores. Ciertamente, constituye un requisito necesario para la propia operatividad de la medida[42]. Ahora bien, tal situación de convivencia no puede entenderse como el simple hecho de vivir en la misma vivienda, sino que se trata de una convivencia familiar en el más estricto sentido del término con lo que la misma comporta entre las personas que la integran, esto es, vinculada con una falta de medios

para subsistir[43]. De forma que aquella es incompatible con situaciones de falta de convivencia o independencia, esto es, cuando los hijos por su propia voluntad deciden abandonar el hogar, gozando de independencia tanto física como económica[44]. Si bien esta independencia en un sentido amplio del término puede tener lugar durante cierto tiempo[45], o ser consecuencia de diferencias propias del conflicto generacional de los hijos con sus progenitores, por lo que de no mantenerse en la actualidad y necesitar los hijos de nuevo ayuda económica, ello supondría que, esta situación de necesidad y de carencia de medios vendría a encajar en el régimen de los alimentos ordinarios de los artículos 142 y siguientes del Código civil, y no en el que se contiene en el artículo 93.2 del citado cuerpo legal, correspondiendo la solicitud de alimentos por la vía del juicio de alimentos[46]. Por otra parte, el hecho de que por razones de estudios el hijo resida en otra localidad, no implica ello la ruptura definitiva de la convivencia, que puede perfectamente mantenerse en fines de semana o períodos vacacionales, por lo que se ha de proceder a una interpretación flexible del requisito de la convivencia en el hogar familiar[47]. El elemento que determina la prestación de alimentos es, por tanto, el de «dependencia económica», aunque provisionalmente los hijos estén estudiando fuera; en esencia lo que constituye el fundamento último del precepto es que, haya una unidad de economía familiar. En todo caso, se suele vincular el hecho de la convivencia con uno de los progenitores con la presunción de falta de independencia económica que, justifica la concesión de los alimentos o su mantenimiento, mientras no se pruebe lo contrario[48]. E, igualmente, la falta de convivencia se puede considerar como indicio de la independencia económica del hijo[49]; pero si esta no queda acreditada en el proceso, aun cuando se compruebe que el alimentista no vive ya con el otro progenitor por causa no imputable al mismo, se mantendrá la obligación a cargo del progenitor[50]. En el supuesto que el hijo decida convivir en la vivienda de otros familiares (el otro progenitor o los abuelos) la solución no es uniforme en el seno de las Audiencias, así en unos casos se entiende que es causa de extinción por falta del requisito de convivencia, mientras que en otros no[51]. De lo que no cabe duda que, el hecho de contraer matrimonio o la convivencia estable de pareja son circunstancias que determinan la extinción de la pensión de alimentos, al suponer la creación de una nueva unidad familiar y, por ende, la posibilidad de proveerse de sus propios ingresos[52]. De todas formas, la convivencia representa, por un lado, un requisito necesario para que nazca el derecho a los alimentos para los hijos mayores de edad, y, por otro, legitima para su solicitud en un proceso matrimonial[53].

3. Carencia de ingresos propios. Se señala que mientras el hijo no adquiera una autonomía patrimonial suficiente, esto es, hay una ausencia de independencia económica o carencia de medios económicos que garanticen su autosubsistencia, aquel forma parte del conjunto familiar en la fijación de las prestaciones asistenciales a cargo de los progenitores[54]; por lo que, romper esa unidad, cuando después de la mayoría de edad el hijo, no ha terminado su formación por causa no imputable, resulta contrario a lo establecido en los artículos 142.2 y 93.2 del Código civil[55]. Sobre tales bases, este requisito implica que, no se posean medios para mantenerse y subsistir, por lo que no procede la pensión de alimentos, si, precisamente, el hijo alimentista tiene medios económicos que, posibiliten esa subsistencia[56]; y, asimismo, no se identifica necesariamente con independencia económica, pues, es posible que el mayor de edad perciba ingresos, si bien estos resulten insuficientes para subvenir a sus necesidades. Lo que no significa que, en todos los casos que el hijo mayor de edad carezca de ingresos, tenga derecho a alimentos, si la falta de estos es por causa imputable al mismo, al no

haber terminado su formación (art. 142.2)[57]; o no haberse procurado un oficio, profesión o industria[58]. En algunos casos, aun teniendo trabajos u ocupaciones laborales eventuales, esporádicas y discontinuas, por las que se percibe una escasa retribución, se considera que no carece de ingresos, pues, ha entrado en el mundo laboral[59]; de ahí que, no precise la pensión alimenticia de sus progenitores, aunque, de necesitarlos puede acudir a la vía del proceso de alimentos, y no al procedimiento privilegiado que, es el matrimonial; mientras que en otros casos, se considera que, la realización de trabajos esporádicos no garantiza la independencia económica del hijo[60].

IV. EXTINCIÓN DE LA PRESTACIÓN ALIMENTICIA DEL HIJO MAYOR DE EDAD

En los artículos 150 y 152 del Código civil se enumeran las distintas causas de extinción de la relación obligatoria de alimentos, referidos unos a la desaparición de alguno de los presupuestos que han dado lugar al nacimiento de la obligación; y, otros a la conducta del alimentista; si bien, también opera la extinción de la pensión alimenticia entre parientes cuando se extingue el vínculo familiar, bien por el divorcio, bien por la extinción del parentesco por adopción del alimentista o por impugnación de la filiación. Centrándonos en la pensión de alimentos del hijo mayor de edad son causas de extinción de la misma los siguientes:

1. La muerte del obligado o los obligados a la prestación de alimentos (alimentante). Tiene su fundamento en el propio carácter personal e intransmisible de la obligación de alimentos, por lo que tras la muerte del obligado a prestarlos, no pueden exigirse a sus sucesores. El alimentista tendrá entonces que dirigirse frente a los restantes obligados (parientes) a prestar alimentos. Es evidente la naturaleza esencialmente personal tanto de la obligación de proporcionar los alimentos como el correlativo derecho a reclamarlos[61]. Tanto el lado activo como pasivo de la obligación son inherentes a la persona del deudor y del acreedor respectivamente, al ser sus particulares circunstancias personales y no otras, las que determinan la existencia de la relación obligatoria[62]. Efectivamente, la obligación está ligada a la persona del acreedor (padres) y a la del deudor alimentario (hijo mayor de edad). De forma que, el derecho a recibir alimentos corresponde a una determinada persona en atención a su vínculo familiar y su personal necesidad; al igual que, el deber de prestarlos se impone al deudor en razón de su condición de pariente y de su concreta situación económica; de ahí que, se señale que, tanto el derecho como el deber están indisolublemente unidos a la persona de su titular y obligado respectivamente.

De este carácter personalísimo de la prestación de alimentos se derivan otras características atribuibles, igualmente, a esta relación jurídica, como son su intransmisibilidad e irrenunciabilidad (art. 151 CC), en que no cabe transacción (art. 1814 CC); y que se extinguen por la muerte del acreedor o del deudor (arts. 150 y 152 CC).

Por otra parte, si existe una pluralidad de deudores alimenticios (los dos progenitores), el artículo 145.1 del Código civil ordena el reparto del pago de la pensión entre los obligados. Se opta por la mancomunidad de la deuda alimenticia —probablemente en atención al principio según el cual la solidaridad no se presume— dividiendo en tantas partes como alimentantes existan, pero con la particularidad de que la participación de cada uno no es por cuota o

por partes iguales, sino en proporción a su respectivo caudal, tal como dispone, asimismo, el citado precepto, en consonancia con el artículo 146 del mismo cuerpo legal[63]. De esta forma, aun estando divididos los alimentos en tantas deudas como alimentantes, y siendo dichas deudas calculadas en proporción a la situación económica del obligado, y distintas las unas de las otras, no son, sin embargo, del todo independientes entre sí desde el momento en que la cuantía de cada uno depende directamente de las demás[64]. A diferencia de la regla del artículo 1138 del Código civil, el reparto no es igualitario, sino proporcional a los medios de los obligados.

No obstante, el carácter mancomunado de la obligación cede en un supuesto concreto en el que la obligación se transforma, por imperativo legal, en obligación solidaria y corresponde acordarla al juez[65]. El apartado segundo del artículo 145 prevé la posibilidad que tiene el juez de obligar a uno solo de los alimentistas a que preste provisionalmente alimentos «*en caso de urgente necesidad y por circunstancias especiales*». Ello sin perjuicio que, el alimentante que ha satisfecho la totalidad de la deuda, pueda reclamar a cada uno de los demás obligados el reembolso de la parte que les correspondan, tal como establece con carácter general para las obligaciones solidarias el artículo 1145 del Código civil.

Ahora bien, si los hijos mayores de edad solicitan alimentos por el cauce específico del juicio de alimentos, deberá demandar a ambos progenitores, pues, el hijo (alimentista) no puede exigir de cada alimentante más que la parte que le corresponde en proporción a su caudal, por lo que será preciso demandar a todos y cada uno de los obligados, si quiere cobrar íntegramente la prestación, y cada uno de ellos no pagará más que la parte a la que está obligado.

Sobre tales bases, la muerte de uno de los alimentantes, no extingue la obligación respecto del otro y la parte del fallecido deberá suplirse por el otro, atendiendo a su capacidad económica y en proporción a la misma. A la muerte del alimentista se equipara su declaración de fallecimiento.

2. La muerte del hijo alimentista. Tiene igual fundamento que la causa anterior. Efectivamente, el derecho a recibir alimentos se extingue con la muerte de su titular, de manera que, no forman parte de su herencia, y, en modo alguno puede transmitirlo a sus herederos (art. 659 CC). El derecho del acreedor a reclamar alimentos no es, por tanto, más que el derecho que tiene a satisfacer sus propias y personales necesidades, y que se calcula en función de estas, de los medios que dispone el alimentante y del vínculo de parentesco. Con el fallecimiento del acreedor, sus necesidades desaparecen y también su relación de parentesco, quedando el alimentante liberado, sin que subsista la obligación de alimentos frente a los herederos; sin perjuicio de que alguno de ellos necesite alimentos de este mismo pariente deudor, pero deberán prestarse *ex novo*, surgiendo una nueva relación obligatoria con el mismo deudor.

Al igual que, no opera su transmisibilidad *mortis causa*, tampoco lo es *inter vivos*, en vida de su titular, al estar reconocida dicha prohibición en el artículo 151 del Código civil, y, ser, además, una consecuencia lógica del carácter personal. El crédito no es transmisible como no lo son las circunstancias personales, ni familiares de las que se deriva, en cuanto no cabe la cesión del derecho. El acreedor no puede ceder su crédito, y transmitir la titularidad del mismo a un tercero, pues, dicha cesión no es un negocio válido y eficaz, al ser el objeto de la cesión un crédito intransmisible[66]. Lo que, sin duda, constituye una excepción a la norma general de cesión de créditos contenida en el artículo 1112 del Código civil.

Ahora bien, como hemos indicado, el fallecimiento del alimentista determina la extinción del derecho a reclamar alimentos futuros, pero no las pensiones devengadas y no pagadas, por lo que serán exigibles por los herederos. Por otra parte, respecto a las pensiones pagadas y recibidas anticipadamente, el artículo 148.2 del Código civil dispone que, los herederos no están obligados a devolverlas[67].

3. Cuando la fortuna del obligado a darlos se hubiera reducido hasta el punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades y las de su familia, así un despido laboral, la jubilación; si bien es necesario que la reducción sea de tal entidad, que haga imposible la satisfacción de los alimentos en la cuantía precisa para superar el estado de necesidad del alimentante. En todo caso, esta imposibilidad ha de ser acreditada. Así, si se trata de hijos menores, la carencia de medios económicos del alimentista no es un factor que determine por sí la exclusión de la obligación de pago de alimentos, pues, el interés superior del menor exige la cobertura de un mínimo vital para el hijo, esto es, un mínimo que contribuya a cubrir los gastos repercutibles más imprescindibles para atención y cuidado del menor que, resulta de obligada observancia y, solo en casos muy excepcionales y en un escenario de pobreza absoluta del alimentante, nos encontramos ante otro mínimo vital: el del alimentante absolutamente insolvente, cuyas necesidades son cubiertas por aquellas personas que, por disposición legal están obligadas a hacerlo conforme los artículos 142 y siguientes del Código civil, las mismas contra las que los hijos pueden accionar para imponerles tal obligación, ante la supuesta carencia de medios de ambos padres[68]; de ahí que, ante este escenario de pobreza se pueda plantear una suspensión con carácter restrictivo y temporal o en su caso, una reducción de la cuantía de la pensión de alimentos. Ambas situaciones dejan de operar en el momento que el alimentante tenga la más mínima percepción de ingresos cualquiera que sea origen y circunstancias que, le permitan atender con la prestación de alimentos de los hijos menores de edad, aun a costa de un gran sacrificio del progenitor alimentante[69]. Si bien, esta doctrina del mínimo vital opera sobre la base de dos factores: 1. Que esta doctrina se refiere en las resoluciones que tratan de la misma siempre a menores de edad y, no, en principio, a los hijos mayores de edad, pues, se entiende que, las obligaciones de uno y otro son distintas[70]; 2. Tratándose de menores, se puede suspender temporalmente esta obligación de prestar alimentos ante situaciones de extrema pobreza e imposibilidad real de prestar alimentos.

En cuanto a los hijos mayores de edad la falta de capacidad económica del alimentante bien, en forma de pobreza absoluta o de una imposibilidad total de cubrir sus propias necesidades o las de su familia determina que, la prestación de alimentos del hijo mayor de edad —calificado también, en algunas resoluciones, como mínimo vital— se enfrenta a la situación de penuria económica del alimentante —al mínimo vital, en su caso, de su progenitor—, lo que conlleva en la mayoría de los supuestos la extinción de la pensión[71]. Si se trata de una reducción de ingresos que no conlleva la imposibilidad de atender sus propias necesidades, tal situación puede determinar la reducción de la cuantía de la pensión[72].

Ahora bien, conviene precisar que, como no cabe dejar al arbitrio del alimentante el cumplimiento de sus obligaciones alimenticias, la reducción de capacidad económica del progenitor obligado hasta el punto de no poder atender sus propias necesidades y las de su familia, no debe ser, precisamente, imputable al mismo[73].

4. Cuando el alimentista ha culminado su formación y, pueda ejercer un oficio, profesión o industria[74], o haya mejorado su fortuna[75], de suerte que no le

sea necesaria la pensión alimenticia para su subsistencia: la necesidad constituye uno de los presupuestos de la existencia de la obligación. De manera que, si el hijo ha finalizado sus estudios y está en condiciones de poder ejercer una profesión u oficio, sin existir impedimento alguno[76], o ha mejorado su situación económica, al haber accedido al mercado laboral[77] o aumentado su patrimonio que le permita subsistir[78], la carencia de recursos, y la necesidad que habían determinado el nacimiento del derecho de alimentos ha desaparecido, y, en consecuencia, ya no existe base legal para el mantenimiento de la obligación. En el caso de los hijos mayores de edad se suele considerar que se ha superado su estado de necesidad cuando estos precisamente abandonan el domicilio familiar para mantener una vida independiente o la posibilidad de proveerse sus necesidades por sí mismo; y si bien, no puede concretarse a partir de qué edad se entiende que superado tal estado de necesidad, se habrá de estar a las circunstancias del caso[79]. Así, puede considerarse que, la extinción de alimentos se haga coincidir con la terminación de los estudios del hijo[80], o por el desempeño de una actividad laboral. Precisamente, en este último caso la casuística es muy diversa como los criterios a tener en cuenta. En algunos casos, como hemos indicado en líneas precedentes, aun teniendo trabajos u ocupaciones laborales eventuales, esporádicas y discontinuas, por las que se percibe una escasa retribución, se considera que no carece de ingresos, pues, ha entrado en el mundo laboral[81]; de ahí que, no precise la pensión alimenticia de sus progenitores, aunque, de necesitarlos puede acudir a la vía del proceso de alimentos, y no al procedimiento privilegiado que, es el matrimonial; mientras que en otros casos, se considera que, la realización de trabajos esporádicos no garantiza la independencia económica del hijo[82]. Asimismo, no faltan pronunciamientos en que, se niega la pensión de alimentos porque recibe ingresos económicos procedentes de una beca[83] y, no de una relación laboral; o porque aquellos provienen de una prestación por desempleo[84]; o haberse incorporado al mercado laboral, aunque de forma temporal y provisional[85]. En otros casos, en cambio, se mantiene la prestación de alimentos, pues, se entiende que el hecho que el hijo perciba una beca responde a la ayuda que presta la Administración a los estudiantes universitarios, pero no releva a los padres de contribuir a la satisfacción del conjunto de las necesidades de los hijos[86]; o no se considera acceso al mercado laboral el realizar prácticas en empresas durante la vida universitaria o fuera de la misma, una vez finalizado los estudios[87]; o realizar trabajos esporádicos para costearse sus estudios universitarios o de otro tipo[88]; o un contrato de aprendizaje[89]; o contratos a tiempo parcial que, en unos casos, se valora si estos permiten una cierta independencia económica y una capacidad de autosubsistencia[90]; en otros se entiende como actividad laboral que determina la extinción de la pensión[91]. En todo caso, se señala que para que se dé esta causa de extinción no es preciso que el alimentista esté trabajando o que obtenga ya rentas de su trabajo, sino que basta con que pueda trabajar, entendida esta posibilidad no como una mera capacidad subjetiva de ejercer profesión u oficio, sino que hay que entenderlo como una posibilidad real y concreta en relación con la circunstancia de percibir ingresos con los que atender su subsistencia y las necesidades elementales de la vida[92], por lo que el hijo debe emplear la debida diligencia en la búsqueda de empleo, so pena de perder el derecho de alimentos, salvo que, no haya terminado su formación académica por causa no imputable[93]. De ahí que, en ocasiones se entienda que solo se tiene independencia económica cuando el hijo tiene empleo fijo, indefinido o estable[94]; y, en otras, basta que haya realizado una actividad remunerada durante algún tiempo para entender que tiene capacidad para procurarse empleo[95]; aunque sea con precariedad[96]; o

que se trate de la realización de trabajos retribuidos por quien da por finalizada su formación[97]; o, en fin, haber superado un proceso selectivo de acceso a una determinada profesión[98]. No obstante, se pone de manifiesto que el carácter esporádico, la temporalidad e incluso la escasa o precaria remuneración de los empleos desarrollados por los jóvenes, en esencia, una situación de precariedad laboral, son circunstancias que derivan de la situación actual del mercado de trabajo y que no justifican la necesidad de la pensión[99]; lo que no impide que, en ocasiones se considere que, no son circunstancias suficientes para decretar la extinción de la obligación paterna de contribuir a los alimentos de los hijos mayores de edad[100]. De todas formas, se considera que, el desempeño de un trabajo no estable suele dar lugar a la extinción de la pensión alimenticia siempre que se aprecie cierta permanencia en el tiempo y la percepción de unos ingresos, aunque sean mínimos[101], o incluso la continuidad en el tiempo de trabajos temporales pueden entenderse también como estabilidad en el empleo[102].

En todo caso, basta que el hijo trabaje y obtenga los suficientes recursos para subsistir, para entender que no opera la obligación de alimentos o, para que esta cese[103]; correspondiendo al progenitor obligado probar la existencia de tal independencia económica a través de muy diversas vías como cotizaciones a la Seguridad Social, contratos de trabajo, informes de vida laboral, nóminas, examen de extractos bancarios, o titularidad de cuentas corrientes, etc.[104].

En relación a la formación, resulta necesario que, este no se haya finalizado sus estudios por causa no imputable[105]. Así, los tribunales consideran que aun existiendo una aptitud en el hijo para desempeñar un trabajo y posibilidades reales de realizarlo en atención a las circunstancias del momento, no pierde su derecho de alimentos si continúa formándose, pues, no se le debe obligar a que sacrifique sus estudios para procurarse los medios de subsistencia[106]. Pero ¿hasta donde se han de prolongar los estudios? La solución pasa por la aplicación del principio de proporcionalidad en la determinación de la cuantía a asumir por los padres (art. 146 CC), y, por la exigencia de responsabilidad en el alimentista relativa a que la no finalización de su formación y acceso al mercado laboral sea por causa no imputable al mismo (art. 142.2 en conexión con el art. 152.3 CC)[107]. En algunas ocasiones, se indica que tal formación se ha de prologar durante la realización de otra carrera universitaria[108], o para la preparación de oposiciones[109], o la realización de un máster[110] o de otra formación complementaria; en otras, basta con la culminación de una carrera universitaria[111]; o cualquier otro estudio o especialización[112]; o la exigencia de resultados o de un rendimiento adecuado en estos[113]; o, en fin, se establece un plazo para terminar los estudios, optando por una temporalidad, —ya establecida en la pensión compensatoria—, sobre todo cuando la edad del hijo es avanzada o este invierte un tiempo excesivo en terminar sus estudios, por causa solo a él imputable, o se constata una falta de esfuerzo o dedicación a los mismos, o un escaso interés en acceder al mercado laboral, en un intento de compatibilizar el «*favor progenitoris*» con el «*favor filii*»[114]. Normalmente, la fijación de un plazo para el mantenimiento de la pensión alimenticia debe ser suficiente para que atendiendo a la duración de los estudios, o teniendo presente las dificultades de acceder a un empleo, permitan al hijo mayor de edad lograr una independencia económica. En estos casos, los jueces intentan encontrar el difícil equilibrio entre el derecho del hijo a su educación y la obligación que pesa sobre cualquier adulto de procurarse sus propios medios de subsistencia, evitando favorecer el «parasitismo social», esto es, una situación pasiva de lucha por la vida[115]. De ahí que, la desidia en la dedicación de los estudios[116]; o el abandono o la no finalizado sus estudios por

causa imputable al mismo[117]; o el insuficiente rendimiento académico determinen el cese de la obligación alimenticia[118], o su limitación temporal[119], aunque no faltan ocasiones en que los tribunales introducen matices que les permiten eludir esa consecuencia, como problemas físicos y personales, o psicológicos derivados de la propia crisis matrimonial de sus padres que, puede repercutir negativamente en los hijos, causas muy variadas que evidentemente pueden influir en la falta de rendimiento o retraso en los estudios del hijo, pese a su total dedicación[120]; o, en fin, resulta acreditado que el abandono de los estudios fue debido a la falta de pago de los mismos por incumplimiento del padre de sus obligaciones alimenticias[121], o la falta de aptitud para el trabajo es consecuencia de un maltrato psicológico infligido por su padre[122]. Como precisa AGUILAR RUIZ la jurisprudencia ha señalado en repetidas ocasiones que no son equiparables, en todo caso, la desidia o abandono del alimentista en la conclusión de sus estudios con los malos resultados alcanzados[123]. No obstante, la exigencia de un rendimiento medio y constante en los estudios y, como dispone el artículo 69.1 del CFA por el tiempo normalmente requerido para que el hijo mayor de edad pueda completar su formación, son exigencias razonables que no solo justifican la exigencia a los progenitores de una prestación alimenticia para su hijo mayor de edad, sino que también contribuyen a evitar una prolongación sin límite temporal —*sine die*— de su formación por parte de aquel[124]. De todas formas, procede la extinción de la pensión alimenticia, si ha finalizado ya su formación y tiene idoneidad para sobrevivir de forma autónoma y con una independencia económica[125]. Por el contrario, no procede poner fin a la prestación alimenticia, si la actual situación de dependencia económica no es debida a una falta de interés por su parte[126].

5. Cuando el alimentista, sea o no heredero forzoso, hubiese cometido alguna falta de las que dan lugar a desheredación. El artículo 152.4 del Código civil hace una remisión genérica a las causas de desheredación y no a la aplicación del régimen de la desheredación, pues alcanza al alimentista que sea o no legitimario. Opera frente al alimentante agraviado y no cabe analogía y, además, debe ser objeto de interpretación restrictiva, pues, ese comportamiento del alimentista conlleva como «sanción» la extinción de la prestación de alimentos[127]. Tal precepto hay que ponerlo en relación con el artículo 853 del citado cuerpo legal que, prevé que serán también justas causas para desheredar a los hijos y descendientes, además de las señaladas en el artículo 756 con los números 2, 3, 5 y 6, los siguientes «2. Haberle maltratado de obra o injuriado gravemente de palabra». Ciertamente, se propone una revisión de la legítima y, de institutos jurídicos como las causas legales de desheredación, pues las modernas estructuras familiares propician situaciones en las que los progenitores han perdido contacto o relación con alguno o todos sus hijos. A veces no hay pérdida de contacto, sino situaciones conflictivas o malas relaciones entre el progenitor y el hijo. Estas situaciones pueden tener su base en las nuevas estructuras familiares —familias reconstituidas— consecuencias de sucesivos matrimonios que, conlleva sucesivos núcleos familiares, con hijos de un vínculo anterior y otros posteriores con intereses que no son siempre uniformes.

En este contexto, el artículo 237-13.1 del Código civil catalán prevé como el Código civil que, la obligación de prestar alimentos se extingue por el hecho que el alimentado incurra en alguna causa de desheredación y, el artículo 451-17 e) ha introducido una nueva causa de desheredación en los siguientes términos: «La ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario, si es por una causa exclusivamente imputable al legitimario».

Esta causa no la recoge el Código civil español. Por tanto, conforme al citado artículo 237-13.1 los alimentos se pueden extinguir ante la ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario, si es por causa exclusivamente imputable al legitimario[128]. En cambio, al no existir tal causa de desheredación en nuestro Código civil, la falta de relación familiar propiciada por un legitimario no posibilita la extinción de los alimentos conforme al mencionado artículo 152.4.

Ahora bien, aunque ha constituido doctrina tradicional de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo que, las causas de desheredación de naturaleza esencialmente sancionadora han de ser interpretadas y aplicadas restrictivamente, en un esfuerzo por adaptar dichas causas a la actual realidad social, se ha considerado el maltrato psicológico como justa causa de desheredación. Así la sentencia del Tribunal Supremo, de 3 de junio de 2014[129] ha fijado como doctrina que «aunque las causas de desheredación sean únicamente las que expresamente señala la Ley (art. 848 CC) y ello suponga una enumeración taxativa, sin posibilidad de analogía, ni de interpretación extensiva; no obstante, esto no significa que la interpretación o valoración de la concreta causa, precisamente admitida por la ley, deba ser expresada con un criterio rígido o sumamente restrictivo. Esto es, lo que ocurre con los malos tratos o injurias graves de palabra como causas justificadas de desheredación (art. 853.2 CC), que, de acuerdo con su naturaleza debe ser objeto de una interpretación flexible conforme a la realidad social, al signo cultural y a los valores del momento en que se producen. En segundo lugar, y en orden a la interpretación normativa del maltrato de obra como causa justificada de desheredación, en la línea de lo anteriormente expuesto, hay que señalar que, en la actualidad, el maltrato psicológico, como acción que determina un menoscabo o lesión de la salud mental de la víctima, debe considerarse comprendido en la expresión o dinamismo conceptual que encierra el maltrato de obra, sin que sea un obstáculo para ello la alegación de la jurisprudencia clara precisa a respecto, caso de la sentencia de esta Sala de 6 de junio de 1995 y 28 de junio de 1993 esta última expresamente citada en el recurso por parte recurrente. En efecto, en este sentido la inclusión del maltrato psicológico sienta su fundamento en nuestro propio sistema de valores referenciado, principalmente, en la dignidad de la persona como germen o núcleo fundamental de los derechos constitucionales (art. 10 de la CE) y su proyección en el marco del Derecho de Familia como cauce de reconocimiento de los derechos sucesorios, especialmente de los derechos hereditarios de los legitimarios del causante, así como en el propio reconocimiento de la figura en el campo de la legislación especial; caso entre otros de la Ley Orgánica de Protección integral de la violencia de género, 1/2004». Por lo demás concluye que «la inclusión del maltrato psicológico, como una modalidad del maltrato de obra, en la línea de la voluntad manifestada por el testador, esto es, de privar de su legítima a quienes, en principio, tienen derecho a ella por una causa justificada y prevista por la norma, viene también reforzada por el criterio de conservación de los actos y negocios jurídicos que esta Sala tiene reconocido no solo como canon interpretativo, sino también como principio general del derecho (STS de 15 de enero de 2013) con una clara protección en el marco del Derecho de sucesiones en relación con el principio de «favor testamentii» entre otras, STS de 30 de octubre de 2012». La citada doctrina ha sido conformada por las sentencias de este mismo Alto Tribunal de 30 de enero de 2015[130] en el que el maltrato psicológico que provocó el hijo en la madre al forzarla a donarle la mayoría de su patrimonio, se considera como causa de desheredación; y, de 13 de mayo de 2019[131] en la que resulta acreditado que, ambos hermanos incurrieron

en una conducta de menosprecio y abandono familiar respecto de su madre, sin justificación alguna y solo imputable a los mismos.

En este contexto, hay que partir de una realidad que, las modernas estructuras familiares —sucesivos matrimonios y sucesivos núcleos de convivencia con hijos de uno y otro vínculo— propician situaciones en las que los progenitores han perdido contacto con todos o algunos de sus hijos, o mantienen una relación muy deteriorada con ello. Por lo que, ante tales situaciones familiares corresponde plantearse si es posible en la línea del Código civil catalán la extinción de la pensión de alimentos cuando hay una falta de relación manifiesta y continúa por parte del hijo con el progenitor, pues esta causa no la recoge el Código civil. Al respecto, conviene precisar que, si la causa es una de las previstas para la desheredación no cabe la menor duda que puede dar lugar a la extinción de la pensión de alimentos y en una interpretación flexible de las causas de desheredación conforme a la realidad social, incluir también como cese de la obligación alimenticia proceder el maltrato psicológico atendiendo a la doctrina jurisprudencial expuesta en líneas precedentes. A ello, debemos añadir si también puede tener lugar la extinción de la pensión de alimentos cuando existe una ausencia de relación familiar entre el causante y el legitimario en la línea del Código civil catalán como una nueva causa de desheredación. A tal fin, se ha pronunciado recientemente la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de febrero de 2019[132] en aras de una interpretación flexible de la causa de extinción de alimentos que, posibilitase aplicar lo dispuesto en el Código civil catalán al derecho común. Para ello propugna como posible argumento que, justifique tal flexibilidad interpretativa el principio de solidaridad familiar e intergeneracional, al signo cultural y a los valores del momento, en tanto el legislador nacional no la prevea expresamente. Admitida, por tanto, esta causa por vía de interpretación flexible de las causas de desheredación, a efectos de extinción de la pensión alimenticia, entraría en juego su concurrencia y prueba: la falta de relación manifiesta y que esa falta sea imputable, de forma principal y relevante al hijo. Las Audiencias Provinciales catalanas —ante el precepto expreso del Código civil catalán que prevé esa causa de extinción de la pensión de alimentos— han desestimado la extinción en una interpretación restrictiva cuando, constatada la falta de relación manifiesta, no aparecía probado que tal circunstancia se atribuyese única y exclusivamente al hijo alimentista[133]. Si se aplica esta doctrina, lo relevante para apreciar la causa de extinción de la pensión, será, pues, que la falta de relación manifiesta entre padres e hijos sea, de modo principal y relevante, imputable a esto. En consecuencia, considera el Tribunal si, en estos supuestos, la interpretación ha de ser restrictiva y la prueba rigurosa, no puede apreciarse que concurra en el caso la causa de extinción de la pensión alimenticia, pues, la propia sentencia de instancia recoge que «puede ser imputable a los alimentistas, sin que ello reste responsabilidades al padre».

El Tribunal Supremo parte de la regulación del Código civil catalán que, regula de forma separada el maltrato de obra o psicológico y la ausencia de relación familiar; a diferencia del Código civil donde, precisamente, la ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y legitimario será causa de desheredación y/o de supresión de los alimentos, si tuviese la entidad de maltrato psicológico atendiendo la doctrina jurisprudencial del Alto Tribunal apuntada —una conducta activa del alimentista dirigida causal y dolosamente a producir un menoscabo en la salud mental de su víctima—[134]. Por lo que, por si sola esa ausencia de relación afectiva entre alimentante y alimentista no determina la extinción de la pensión de alimentos, al no estar prevista en nuestro

Código civil como causa de desheredación. No obstante, acudiendo al principio de solidaridad familiar e intergeneracional, al signo cultural y a los valores del momento se podría plantear como una causa de extinción de la pensión de alimentos, si como dispone el Código civil catalán y es la tendencia en las Audiencias Provinciales catalanas, esta falta o ausencia manifiesta y continua de relación familiar es solo imputable al alimentista —hijo mayor de edad (legitimario)— con la consiguiente dificultad de la prueba que esto conlleva. En el caso resuelto en la citada sentencia de 19 de febrero de 2019 para el Tribunal Supremo no se ha probado que, esa ruptura de relaciones padres e hijos fuera propiciada por voluntad de los hijos exclusivamente y por tanto, no procede sancionarlos con la perdida de la prestación de alimentos en esta línea de conexión de las causas de desheredación con las de la extinción de la obligación alimenticia, al tener que operar en este caso sobre la base de una interpretación restrictiva de las causas de extinción de la prestación alimenticia contenida en el artículo 152.4 del Código civil. Ahora bien, de haberse probado tal circunstancia —imputación de forma principal y relevante al hijo de esa falta de relación manifiesta— entiende nuestro Alto Tribunal que, en aras de una interpretación flexible de las causas de desheredación a efectos de la extinción de la pensión alimenticia, de la misma forma que, se ha operado respecto del maltrato psicológico, y, asimismo, teniendo tal interpretación flexible de las causas de desheredación y por ende, de las causas de extinción de la pensión alimenticia su base argumental en la solidaridad familiar e intergeneracional que, es la que, precisamente, fundamenta la pensión a favor de los hijos mayores de edad, procede considerar en el ámbito de derecho común como una «nueva» causa de extinción de la prestación alimenticia la ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre progenitores e hijos, cuando aquella sea imputable exclusivamente a los hijos en la línea del Código civil catalán y ello mediante una interpretación rigurosa y restrictiva de la prueba de la causa[135].

6. Cuando el alimentista sea descendiente del obligado a dar alimentos, y la necesidad de aquel provenga de la mala conducta o de falta de aplicación al trabajo, mientras subsista esta causa; por lo que mientras se mantenga tal actitud y el estado de necesidad provenga de la misma, no procede la prestación de alimentos y, precisamente, cuando tal causa deje de operar y, halla necesidad de proveer alimentos, podrán estos solicitarse por el hijo mayor de edad[136]. Ahora bien, procede señalar que, viene a ser causa de extinción, tal como lo establece el Código civil, o, en su caso, la no procedencia de la prestación de alimentos, el hecho que el estado de necesidad sea consecuencia de la mala conducta o falta de aplicación al trabajo del descendiente alimentista, no de otro pariente[137]. Si el hijo no tiene interés en proveerse un medio de vida y buscar su independencia económica, y, en consecuencia, la necesidad de aquel y su continuidad provenga de su mala conducta o conducta reprochable cuya determinación como tal habrá de verificarse en cada caso concreto por el juez de instancia[138]; o además existe por su parte, una falta de interés en la búsqueda de empleo o una actitud reticente y pasiva en dicha búsqueda[139], o rechaza sistemáticamente ofertas de trabajos, unas veces por no resultar adecuadas a su formación y cualificación, otras simplemente por no querer acceder a un empleo y, preferir vivir cómodamente a expensas de sus progenitores, o simplemente hay por su parte una falta de continuidad en el puesto de trabajo que puede derivar de un despido imputable al mismo[140] o de un abandono voluntario del trabajo[141], de forma que, la prestación de alimentos en ambos supuestos se puede declarar extinguida para evitar, entre otras cosas,

situaciones de pasividad. En todo caso, la incorporación más o menos provisional o temporal a un trabajo determina en algunos casos, como hemos analizado, la extinción de tal pensión alimenticia. Esta causa de extinción tiene relación lógica con la contemplada en el número 3 del artículo 152 referida a que el alimentista «puede ejercer un oficio»; y, aunque, se debe operar desde una interpretación restrictiva a la hora de decidir sobre la extinción o no de la pensión alimenticia, cabe referirse también a la falta de aplicación o aprovechamiento en los estudios, esto es, a la no culminación de los mismos o el no acceso al empleo sea por causa imputable al hijo[142].

Ahora bien, se ha generalizado la tendencia en el seno de las Audiencias Provinciales hacia una limitación temporal de la pensión, cuando se trata de hijos mayores de edad, pues aunque no se prevé en nuestro Código civil, tampoco se prohíbe. Se sostiene que, la limitación temporal favorece la búsqueda y el acceso al empleo por el hijo mayor de edad y la culminación de su formación al concederse un periodo necesario para finalizarlos y, asimismo, evita el tener que acudir a un procedimiento de extinción de los alimentos[143]. No obstante, pese a que se está imponiendo la temporalidad de la pensión, no faltan pronunciamientos favorables a su mantenimiento por el tiempo que resulte necesario para que el hijo pueda acceder al mercado laboral, pues, es una realidad hoy habitual entre los jóvenes, no saber con certeza cuándo van a poder encontrar un empleo[144].

De todas formas, se ha considerado que la nueva familia creada por el hijo, incluso que si se ha casado, es un dato significativo sobre su independencia económica respecto de los padres; lo que no le impide que ante una situación de necesidad pueda reclamar alimentos por la vía de los artículos 142 y siguientes del Código civil[145].

Finalmente, es posible la modificación en la cuantía de la pensión alimenticia cuando aparezcan nuevos hechos que alteren las circunstancias tenidas en cuenta cuando se fijó el *quantum* de la pensión y que han de ser probados por quien los invoca; que tal alteración sea permanente, no meramente coyuntural; imprevisible y afecte de manera esencial a lo que representa la fijación inicial de la medida[146]. Puede implicar la reducción o aumento de la cuantía de la pensión. La reducción puede provenir de la disminución de los ingresos del alimentante —por jubilación, desempleo o incapacidad permanente—; o porque ha aumentado la fortuna del hijo o este ha accedido a un empleo remunerado, aunque sea con carácter temporal[147]; y el aumento de la misma puede ser consecuencia de un incremento de las necesidades de los hijos o por un aumento de los ingresos del obligado al pago. De todas formas, se plantea con cierta frecuencia, como causa para solicitar la reducción de la pensión de alimentos, la circunstancia del nacimiento de nuevos hijos del obligado. Si se trata de hijos menores, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de abril de 2013[148] fija como doctrina jurisprudencial que «el nacimiento de nuevos hijos fruto de una relación posterior no supone, por sí solo, causa suficiente para dar lugar a la modificación de las pensiones alimenticias establecidas a favor de los hijos de una anterior relación, sino que es preciso conocer si la capacidad patrimonial o medios económicos del alimentante es insuficiente para hacer frente a esta obligación ya impuesta y a la que resulta de las necesidades de los hijos nacidos con posterioridad, sin merma de la atención de las suyas propias, y valorar si es o no procedente redistribuir la capacidad económica del obligado, sin comprometer la situación de ninguno de los menores en cuyo interés actúa y ello exige ponderar no solo las posibilidades económicas del alimentante, sino las del otro progenitor que también tiene la obligación de contribuir». Por consiguiente, el

hecho que el nacimiento se produzca por decisión voluntaria o involuntaria del deudor de una prestación de esta clase, dice la citada sentencia «no implica que la obligación no pueda modificarse en beneficio de todos, a partir de una distinción que no tiene ningún sustento entre unos y otros, por más que se produzca por la libre voluntad del obligado. El tratamiento jurídico es el mismo, pues deriva de la relación paterno filial. Todos ellos son iguales ante la Ley y todos tienen el mismo derecho a percibir alimentos de sus progenitores conforme el artículo 39 de la Constitución Española, sin que exista un crédito preferente a favor de los nacidos en la primitiva unión respecto de los habidos de otra posterior fruto de una nueva relación de matrimonio o de una unión de hecho del alimentante»[149]. Esta posición que se puede considerar intermedia y es también la que más acogida tiene en el seno de las Audiencias, entendiendo que el nacimiento de un nuevo hijo no determina *per se* la extinción o reducción del *quantum* de la pensión, sino que es una nueva situación que deberá ser ponderada en cada caso concreto y que, no obstante, puede conllevar tales efectos[150]. En el caso de hijos mayores es también un dato a tener en cuenta, que puede determinar su extinción o, en su caso, la reducción de la pensión; si bien, para ello habrá que verificar si el alimentante tiene recursos suficientes para satisfacer los alimentos de sus hijos mayores o menores de edad, siendo estos prioritarios[151].

V. ASPECTOS PROCESALES: LEGITIMACIÓN, PROCEDIMIENTO Y EFECTOS

Tras la reforma del artículo 93.2 del Código civil por la Ley 11/1990 ya consagra legalmente la posibilidad que en los procesos de separación, nulidad o divorcio se puede conocer como pretensión accesoria de los alimentos de los hijos menores de edad o emancipados que convivan en el domicilio familiar, y carezcan de ingresos propios. Ahora bien, se genera un problema de orden procesal pues en dichos procesos no son parte los hijos, sino únicamente los cónyuges[152] —no pueden ser aquellos litisconsortes activos en el proceso matrimonial de sus progenitores—, y, además, dado que son hijos mayores de edad, tienen capacidad suficiente para ser parte procesal, sin necesidad de representación legal de los padres como ocurre para el caso de hijos menores de edad no emancipados. Pues, bien el silencio del propio artículo 93.2 acerca de la legitimación activa para reclamar la pensión de alimentos correspondiente a tales hijos mayores de edad o para interesar la modificación de la fijada con anterioridad —a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos donde se otorga legitimación al cónyuge conviviente[153]— motivó que, tal situación diera lugar a varias posiciones doctrinales y jurisprudenciales, decantándose el Tribunal Supremo en sentencia de la Sala de lo Civil, de 24 de abril de 2000[154] por reconocer legitimación activa en los procedimientos de nulidad, separación o divorcio para solicitar la pensión del hijo mayor de edad al progenitor que convive con él, siempre que además de la convivencia concurran los requisitos de la mayoría de edad y carencia de ingresos propios. Esta es también la posición que se adopta de forma mayoritaria en el seno de las Audiencias Provinciales, entre otras cosas, además por economía procesal[155].

En todo caso, la prueba de la convivencia y de las concretas circunstancias —formación de los hijos y demás circunstancias familiares y personales— y la dependencia económica de los hijos respecto de sus padres corresponde a quien reclame la pensión[156].

Ahora bien, conviene precisar que, los titulares del derecho de alimentos siguen siendo los hijos mayores de edad; de ahí que, tengan derecho a reclamar

al otro progenitor los alimentos de acuerdo con el artículo 142 del Código civil, por la vía del juicio verbal, de acuerdo con el artículo 250.1.8 de la LEC[157]. Al ser una obligación mancomunada y divisible, en caso de pluralidad de alimentantes —ambos progenitores— habrá que demandar a todos ellos al existir un litisconsorcio pasivo necesario[158].

Por otra parte, cualquier modificación o supresión de la pensión de alimentos de hijos mayores tendrá legitimación pasiva el progenitor conviviente, sin que sea necesario demandar a los hijos mayores de edad, en una suerte de litisconsorcio pasivo necesario[159]. Asimismo, los cónyuges son los únicos legitimados para entablar tales procesos de modificación o supresión de la medida[160]; y, a ellos, les corresponde la prueba[161].

En este contexto, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26 de marzo de 2014[162] fija como doctrina jurisprudencial en interés casacional que, «cada resolución desplegará su eficacia desde la fecha en que se dicte y será solo la primera resolución que fije la pensión de alimentos la que podrá imponer el pago desde la fecha de la interposición de la demanda, porque hasta esa fecha no estaba determinada la obligación, y las restantes resoluciones serán eficaces desde que se dicten, momento en que sustituyen a las citadas anteriormente» Dicha doctrina añade la citada resolución se asienta en que, de una parte, el artículo 106 del Código civil establece «los efectos y medidas previstas en este capítulo terminan en todo caso cuando sean sustituidos por los de la sentencia o se ponga fin al procedimiento de otro modo», y de otra en el artículo 774.5 de la LEC que dispone que «los recursos que conforme a la ley se interpongan contra la sentencia no suspenderán la eficacia de las medidas que se hubiese adoptado en esta», razones que lleva a esta Sala a entender que cada resolución habrá de desplegar su eficacia desde la fecha en que se dicte, siendo solo la primera resolución que fije la pensión de alimentos la que podrá imponer el pago desde la fecha de interposición de la demanda (porque hasta esa fecha no estaba determinada la obligación), no así las restantes resoluciones que modifiquen su cuantía (sea al alza o a la baja), las cuales solo serán eficaces desde que se dicten, momento en que sustituyen a las dictadas anteriormente»[163]. Y asimismo, es doctrina reiterada que 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. Ciertamente, las cantidades entregadas en concepto de alimentos tienen la naturaleza de consumibles[164]. Por lo que, ante la reducción o extinción en segunda instancia de la pensión de alimentos se entiende por nuestros tribunales de forma mayoritaria que, no hay retroacción de la resolución que modifica o suprime tal pensión ya fijada anteriormente en sentencia firme, y, en consecuencia, no procede la devolución de las cantidades concedidas por los alimentos; por lo que, las modificaciones posteriores en materia de alimentos que se acuerden por variación sustancial de circunstancias comenzará a producir efectos desde la fecha de la resolución que las determina. Así el momento al que habrá de atenderse en caso de extinción de la pensión será el de la sentencia firme —en concreto, la de segunda instancia en caso de apelación (la propia sentencia recurrida y no la de primera instancia)— o cuando se modifique cuantitativamente la pensión por ulterior resolución, comenzará a producir efecto desde la fecha de resolución de la misma, negando por ello todo efecto retroactivo[165]. En cambio, si hay una mayor unanimidad en admitir la retroacción y la devolución de las pensiones indebidamente abonadas en los casos en que se ha producido un enriquecimiento injusto, bien prolongando la prestación de alimentos, cuando hay causa para su

extinción[166], o para el caso que, los alimentos no hayan sido percibidos por el alimentista, sino por la madre del alimentista, si esta no ha acreditado que haya entregado el importe de la pensión a su hijo, ni la haya destinado a sufragar los alimentos del mismo, lo que implica la devolución por aquella de las cantidades recibidas[167]; o ha existido un manifiesto abuso del derecho, esto es, un ejercicio anormal del derecho[168].

Es posible pactar en un convenio regulador alimentos a favor del hijo mayor de edad ante el letrado de la Administración de Justicia o en escritura pública ante notario, debiendo aquel otorgar su consentimiento a todas las medidas que les afecten por carecer de ingresos y convivir en el domicilio familiar[169]; como que se establezca como medida provisional o definitiva en un proceso contencioso de separación o divorcio (arts. 773.3 y 775.1 de la LEC).

Asimismo, en nuestro derecho es clara la posibilidad del progenitor conviviente con el hijo, de solicitar el reembolso de las cantidades satisfechas por él ante el incumplimiento del otro progenitor en concepto de pensiones alimenticias ya vencidas y atrasadas[170].

Finalmente, lo habitual es que el cónyuge que convive con el hijo y quien solicita la pensión, sea el que perciba la pensión y no el hijo, aunque se podría pactar o en su caso solicitar judicialmente que, se abonase directamente a este[171].

VI. BIBLIOGRAFÍA

ABAD ARENAS, E. (2013). Reclamación de alimentos a favor de hijos mayores de edad y emancipados. Revisión de su régimen jurídico, requisitos y extinción de la obligación legal, *Revista de Derecho UNED*, núm. 12, 17-75.

AFONSO RODRÍGUEZ, M.ª E. (2016). Comentario al artículo 93 del Código civil. En: A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández (dirs.), *Código civil comentado, vol. I*, 2.ª ed., Navarra. Civitas Thomson Reuters.

AGUILAR RUIZ, L. (2001). El derecho a recibir alimentos de los hijos mayores de edad que voluntariamente abandonan el hogar familiar. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2000, *Revista de Derecho Patrimonial 2001-1,* núm. 6, 325-334.

ALBALADEJO GARCÍA, M. (2013). *Curso de Derecho Civil*, T. IV Derecho de Familia, 12.ª edición puesta al día por Silvia Díaz Alabart, Madrid: Edisofer.

BELTRÁN DE HEREDIA Y ONIS, P. (1958). *La obligación legal de alimentos entre parientes,* Universidad de Salamanca.

BLANCO SARALEGUI, J. M.ª (2018). Pensión de alimentos a hijos mayores de edad, *Diario La Ley, núm. 9163, sección Dossier,* 21 de marzo, 1-9.

BUSTOS MORENO, Y. B. (2018). Consideraciones acerca de la conveniencia de limitar el derecho de alimentos de los hijos mayores de edad, *Revista de Derecho Privado,* núm. 6, noviembre-diciembre, 113-146.

— El «accipiens» frente al acreedor en las pensiones de alimentos de los hijos mayores de edad, en las situaciones de crisis matrimonial. Posibilidad del pago directo a los hijos mayores de edad. En: C. Sanciñena Asurmendi (dir.), *La voluntad privada en las relaciones jurídico-familiares*, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.

CABEZUELO ARENAS, A.L. (2019). La supresión de las pensiones alimenticia de los hijos por negarse a tratar al progenitor pagador. Relación entre el derecho

de comunicación del progenitor no conviviente y la revelación de pago de los alimentos, *Revista de Derecho Patrimonial,* núm. 49, mayo-agosto, 27-60.

GARCÍA DE LEONARDO, M.ª T. (1999). *Crisis matrimoniales: ¿Quién solicita los alimentos de los hijos mayores de edad?*, Madrid: Tecnos.

CUENA CASAS, M. (2013). Comentario a los artículos 142 a 151 del Código civil. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código civil, T. I*, Valencia: Tirant lo Blanch.

— (2013). Comentario al artículo 152 del Código civil, En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código civil, T. II*, Valencia: Tirant lo Blanch.

DELGADO ECHEVARRÍA, J. (1993). Comentario al artículo 142 del Código civil. En: C. Paz-Ares Rodríguez, R. Bercovitz Rodríguez-Cano, L. Díez-Picazo y Ponce de León y P. Salvador Coderch (dirs.), *Comentarios del Código civil, T. I,* Madrid: Ministerio de Justicia.

DÍAZ MARTÍNEZ, A. (2013). Comentario al artículo 93 del Código civil. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código civil, T. I*, Valencia: Tirant lo Blanch.

DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2018). *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, T. I Derecho de Familia, 12.ª edición, Madrid: Tecnos.

ECHEVARRÍA DE RADA, T. (2016). Alimentos de los hijos mayores de edad y mayores de edad con discapacidad en los procesos matrimoniales: situación actual, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 757, septiembre-octubre, 2471-2510.

HERRÁN ORTIZ, A. I. (2015). La solidaridad familiar en tiempos de crisis. Hacia una revisión jurisprudencial de la prestación de alimentos a favor de los hijos en el derecho civil español, *REDS,* núm. 6, enero-junio, 204-229.

LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.* (2010). *Elementos de Derecho Civil*, T. IV, Familia, 4.ª ed., revisada y puesta al día por Joaquín Rams Albesa, Madrid: Dykinson.

LASARTE ÁLVAREZ, C. (2017). *Principios de Derecho Civil*, T. VI, Derecho de Familia, Madrid: Marcial Pons.

MAGRO SERVET, V. (2017). Inexistencia de causa para la extinción de la obligación de la pensión alimenticia en los casos de pérdida de afecto del alimentista, *Diario La Ley, núm. 9028, sección Doctrina,* 25 de julio, 1-7.

MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T. (1999). *Régimen jurídico de alimentos de hijos mayores de edad*, Valencia: Tirant Lo Blanch.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2013). El parentesco. La obligación legal de alimentos. En: C. Martínez de Aguirre Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil, vol. IV Derecho de Familia*, 4.ª ed., Madrid: Colex.

MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N. (2002). *La obligación legal de alimentos entre parientes*, Madrid: La Ley.

MÉNDEZ TOJO, R. (2019). Extinción de la pensión de alimentos a favor de los hijos mayores de edad: la novedosa STS 104/2019, de 19 de febrero, *Actualidad Civil, núm. 6, junio*, 1-12.

MORENO-TORRES HERRERA, M.ª L. (2006). Los presupuestos del derecho de alimentos de los hijos mayores de edad, *Boletín de la Facultad de Derecho*, UNED, núm. 28, 281-310.

PADIAL ALBÁS, A. (1997). *La obligación de alimentos entre parientes*, Barcelona: Bosch.

POVEDA BERNAL, M. I. (2008). Alimentos a los hijos mayores de edad. Cuestiones civiles y procesales a la luz de la nueva realidad familiar. Especial examen de la jurisprudencia, *Revista Jurídica del Notariado,* núm. 68, octubre-diciembre, 227-283.

RINCÓN ANDREU, G. (2018). Extinción de la pensión de alimentos a hijos mayores de edad, *Diario La Ley, núm. 9156, sección Tribuna,* 12 de marzo, 1-9.
SANZ-DIEZ DE ULZURRUN, J. (2018). Alimentos entre parientes, *Memento Práctico Francis Lefebvre Familia 2018-2019*, Madrid.
SIERRA PÉREZ, I. (2016). Comentario a los artículos 142 a 152 del Código civil. En: A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández (dirs.), *Código civil comentado, vol. I,* 2.ª ed., Navarra. Civitas Thomson Reuters.

VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

- STS, Sala de lo Civil, 29 de junio de 1988.
- STS, Sala de lo Civil, 5 de octubre de 1993.
- STS, Sala de lo Civil, 24 de abril de 2000.
- STS, Sala de lo Civil, 30 de diciembre de 2000.
- STS, Sala de lo Civil, 19 de enero de 2014.
- STS, Sala de lo Civil, 21 de mayo de 2014.
- STS, Sala de lo Civil, 7 de julio de 2014.
- STS, Sala de lo Civil, 12 de febrero de 2015.
- STS, Sala de lo Civil, 17 de julio de 2015.
- STS, Sala de lo Civil, 28 de octubre de 2015.
- STS, Sala de lo Civil, 7 de marzo de 2017.
- STS, Sala de lo Civil, 22 de junio de 2017.
- STS, Sala de lo Civil, 29 de junio de 2018.
- STS, Sala de lo Civil, 14 de febrero de 2019.
- STS, Sala de lo Civil, 19 de febrero de 2019.
- STS, Sala de lo Civil, 12 de marzo de 2019.
- STS, Sala de lo Civil, 10 de abril de 2019.
- STSJ Aragón, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.ª, 9 de mayo de 2012.
- STSJ Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.ª, 14 de enero de 2019.
- SAP Jaén, secc. 1.ª, 28 de octubre de 1998.
- SAP Cáceres, secc. 2.ª, 11 de junio de 1999.
- SAP Valencia, secc. 10.ª, 14 de enero de 2003.
- SAP Cantabria, secc. 4.ª, 10 de mayo de 2005.
- SAP Murcia, secc. 5.ª, 3 de octubre de 2006.
- SAP Barcelona, secc. 12.ª, 15 de marzo de 2007.
- SAP Cádiz, secc. 5.ª, 14 de abril de 2008.
- SAP Alicante, secc. 4.ª, 28 de abril de 2009.
- SAP Málaga, secc. 7.ª, 27 de junio de 2011.
- SAP Murcia, secc. 4.ª, 31 de enero de 2013.
- SAP Córdoba, secc. 2.ª, 1 de febrero de 2013.
- SAP Álava, secc. 1.ª, 31 de octubre de 2014.
- SAP A Coruña, secc. 5.ª, 25 de junio de 2015.
- SAP Huelva, secc. 2.ª, 29 de julio de 2015.
- SAP Ávila, secc. 1.ª, 28 de enero de 2016.
- SAP Málaga, secc. 6.ª, 18 de mayo de 2016.
- SAP Vizcaya, secc. 14.ª, 29 de septiembre de 2016.
- SAP Burgos, secc. 2.ª, 12 de abril de 2017.
- SAP Valencia, secc. 10.ª, 18 de octubre de 2017.
- SAP Málaga, secc. 6.ª, 14 de noviembre de 2017.

- SAP Madrid, secc. 22.ª, 20 de julio de 2018.
- SAP Málaga, secc. 6.ª, 28 de noviembre de 2018.
- SAP Islas Baleares, secc. 4.ª, 29 de noviembre de 2018.
- SAP Toledo, secc. 1.ª, 13 de diciembre de 2018.
- SAP Murcia, secc. 4.ª, 21 de febrero de 2019.
- SAP Cádiz, secc. 5.ª, 11 de marzo de 2019.
- SAP Valencia, secc. 10.ª, 8 de mayo de 2019.
- SAP Madrid, secc. 22.ª, 4 de junio de 2019.
- SAP Lugo, secc. 1.ª, 5 de junio de 2019.
- SAP Barcelona, secc. 18.ª, 19 de junio de 2019.

NOTAS

[1] *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, 17 de abril de 1998 *(AC* 1998, 822); de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1.ª, 28 de octubre de 1998 *(AC* 1998, 8100); de la Audiencia Provincial de Cáceres, secc. 2.ª, 11 de junio de 1999 *(AC* 1999, 5681); de la Audiencia Provincial de Almería, secc. 3.ª, 24 de septiembre de 2004 *(JUR* 2004, 292496); de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 9.ª, 10 de diciembre de 2010 (LA LEY 272381/2010); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4.ª, 3 de marzo de 2011 *(JUR* 2011, 156757), habla del derecho a ser alimentado; de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 5.ª, 30 de mayo de 2011 (LA LEY 103077/2011); y, de Audiencia Provincial de Málaga, secc. 7.ª, 27 de junio de 2011 (LA LEY 170879/2011).

[2] *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 13 de abril de 1991 *(RJ* 1991, 2685). Para MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2013). El parentesco. La obligación legal de alimentos. En: C. Martínez de Aguirre Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil, vol. IV Derecho de Familia*, 4.ª ed., Madrid: Colex, 39 la obligación legal de alimentos «una persona (el acreedor) carente de suficientes recursos propios, tiene derecho a reclamar de otra u otras (deudor o deudores), a las que está unida por determinados vínculos familiares (matrimonio o parentesco), lo necesario para sus subsistencia, en los términos y con la amplitud fijados por la Ley». Asimismo, SANZ-DIEZ DE ULZURRUN, J. (2018). Alimentos entre parientes, *Memento Práctico Francis Lefebvre Familia 2018-2019*, Madrid, 817 define la deuda alimenticia como «la que afecta a una persona, llamada alimentante, que resulta obligada a prestar otra, llamada alimentista, lo indispensable para cubrir todas sus necesidades perentorias, o dicho con palabras legales, sustento, habitación, vestido y asistencia médica».

[3] *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 5 de octubre de 1993 *(RJ* 1993, 7464).

[4] *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 12 de febrero de 2015 *(RJ* 2015, 338) establece que «de inicio se ha de partir de la obligación legal que pesa sobre los progenitores que está basada en un principio de solidaridad familiar y que tiene un fundamento constitucional en el artículo 39.1 y 3 de la CE y que es el de mayor contenido ético del ordenamiento jurídico»; y tratándose de hijos menores señala que «más que una obligación propiamente alimenticia lo que existe son deberes insoslayables inherentes a la filiación que, resultan incondicionales de inicio con independencia de la mayor o menor dificultad que se tenga para darle cumplimiento o del grado de reprochabilidad en su falta de atención»; y, 21 de septiembre de 2016 *(RJ* 2016, 4443); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, secc. 1.ª, 16 de junio de 2010 (LA LEY 115700/2010); de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5.ª, 14 de abril de 2011 (LA LEY 91707/2011); de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 3.ª, 20 de mayo de 2011 (LA LEY 168461/2011) en la que se dispone en su *Fundamento de Derecho 1.º* que «el deber de alimentos respecto de los hijos mayores de edad que, tiene su apoyatura legal en el artículo 143 del Código civil, encuentra su fundamento en lo que la doctrina civilista ha denominado «principio de solidaridad familiar, que obliga a los parientes a atender las necesidades vitales que cualquiera de ellos tenga o no pueda satisfacer por sí», pero no se deja reconocer que ese

principio de solidaridad no es absoluto, sino que hay que ponerlo en relación con la actitud personal de quien se considera necesitado, y así se sostiene por la doctrina jurisprudencial reiterada que «el criterio dominante es el de que, a partir del momento en que se adquiere una determinada capacitación, la lucha por la vida es asunto personal que cada uno debe resolver, si bien no se puede dejar de tomar en consideración el fracaso en esa lucha (v. gr. el paro) o la imposibilidad de tomar parte en ella (v. gr. niños, enfermos, disminuidos físicos o psíquicos, personas de la llamada tercera edad)». No está lejos de esta concepción moderna ofrecida por los civilistas actuales de lo que el legislador del Código recoge en el artículo 152 cuando dispone que «cesará también la obligación de dar alimentos…3.º. Cuando el alimentista pueda ejercer un oficio, profesión, o industria, o haya adquirido un destino o mejorado de fortuna, de suerte que no le sea necesaria la pensión alimenticia para sus subsistencia»; y, de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1.ª, 10 de noviembre de 2015 *(JUR* 2016, 30233) fundamento en el principio de solidaridad familiar, carácter no absoluto en cuanto se ha de acreditar la necesidad en cuenta a la subsistencia material y formación.

[5] *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 24.ª, 28 de junio de 2001 *(JUR* 2001, 262843).

[6] *Vid.,* las sentencias de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 7.ª, 27 de junio de 2011 (LA LEY 170879/2011), y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 24.ª, 18 de febrero de 2015 *(JUR* 2015, 94501). Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 24.ª, 23 de septiembre de 2010 *(JUR* 2011, 25185) señala que, no se trata de un derecho de alimentos público, necesario, ya que no es *«ius cogens»*.

[7] *Vid.,* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 29 de junio de 1988 *(RJ* 1988, 5138); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1.ª, 11 de julio de 1996 *(AC* 1996, 1434).

[8] DÍAZ MARTÍNEZ A. (2013). Comentario al artículo 93 del Código civil. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código civil, T. I*, Valencia: Tirant lo Blanch, 966-967 señala que «la introducción de este precepto tuvo un doble efecto positivo: de un lado, permite que, el juez que conoce de una nulidad, separación o divorcio pueda fijar una pensión alimenticia para los hijos mayores de edad no independientes económicamente que libera a estos de instar un nuevo procedimiento judicial demandando a tal fin a sus progenitores; y por otro, evita que se extingan automáticamente las pensiones fijadas en el proceso matrimonial para los que entonces eran hijos menores de edad al cumplir estos los dieciocho años».

[9] *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, 14 de abril de 1998 *(AC* 1998, 821); de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 5.ª, 30 de mayo de 2011 (LA LEY 103077/2011); y, de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 5.ª, 15 de enero de 2014 *(JUR* 2014, 46953) los alimentos de menores de edad pueden establecerse de oficio sin necesidad de petición de parte, a diferencia de los alimentos de los hijos mayores de edad que opera el principio de rogación.

[10] *Vid.,* la sentencia de la Audiencia Provincial de Ávila, secc. 1.ª, 28 de enero de 2016 *(JUR* 2016, 35842) hijo de 27 años con estudios superiores, en su momento renunció a la pensión alimenticia. Vive indistintamente y alternativamente con sus progenitores. Está legitimado para la petición y no su padre.

[11] *Vid.,* la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 3.ª, 29 de enero de 2010 (LA LEY 62265/2010).

[12] Como señala la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, 21 de diciembre de 2000 *(JUR* 2001, 112491) la finalidad de los alimentos a los hijos mayores de edad es la de entender que lo determinante para conceder alimentos a tales hijos que conviven en el domicilio familiar, es la carencia por los mismos de los ingresos suficientes para subvenir a sus necesidades, permitiéndoles una vida independiente, y ello por más que la causa jurídica de la prestación no se encuentre entre los deberes inherentes a la patria potestad, sino en el deber general de alimentos entre parientes que se recoge en el artículo 142 del Código civil con lo que ello implica en cuanto al contenido y extensión de tales alimentos; asimismo, *vid.,* las sentencias de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 3.ª, 13 de enero de 2003 *(JUR* 2003, 108668); y, de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 9.ª, 7 de diciembre de 2010 (LA LEY 272375/2010) donde recogiendo la doctrina del Tribunal Supremo en su sentencia de 17 de julio de 2002, señala que «la obligación de prestar

alimentos a los hijos menores (arts. 39.3 CE, 110 y 154.1.º CC) tiene unas características peculiares que le distinguen de las restantes deudas alimentarias legales para con los parientes e incluso los hijos mayores de edad. Una de las manifestaciones es la relativa a la fijación de la cuantía alimentaria que, determina que lo dispuesto en los artículos 146 y 147 del Código civil, solo sea aplicable a los alimentos debidos a consecuencia de patria potestad (art. 154.1 CC) con carácter indicativo, por lo que caben en sede de estos, criterios de mayor amplitud, pautas mucho más elásticas en beneficio del menor que, se tornan en exigencia jurídica en sintonía con el interés público de protección de alimentistas habida cuenta del vínculo de filiación y edad».

[13] *Vid.,* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 7 de julio de 2014 *(RJ* 2014, 3540) no procede la supresión, entre otros motivos, porque no es posible en estas circunstancias desplazar la responsabilidad del mantenimiento hacia los poderes públicos, en beneficio del progenitor; 10 de octubre de 2014 *(RJ* 2014, 4878) en todo caso la pensión no contributiva podrá tener proyección a la hora de cuantificar la pensión en relación con las posibilidades del obligado, pero «*per se*» no puede conducir a una «extinción» de la pensión por tener el alimentista «ingresos propios»; y, 17 de julio de 2015 *(RJ* 2015, 3020).

[14] *Vid.,* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 21 de mayo de 2014 *(RJ* 2014, 3074) señala que «la jurisprudencia de esta Sala ha declarado repetidamente que el juicio de proporcionalidad corresponde a los tribunales que resuelven las instancias y no debe entrar en él, el Tribunal Supremo a no ser que se haya vulnerado claramente el mismo no se haya razonado lógicamente con arreglo a la regla del artículo 146; de modo que, la fijación de la entidad económica de la pensión y la integración de los gastos que se incluyen en la misma entra de ello en el espacio de los pronunciamientos discrecionales, facultativos o de equidad, que constituye materia reservada al Tribunal de instancia y, por consiguiente, no puede ser objeto de recurso de casación»; y las sentencias de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 4.ª, 15 de mayo de 2014 *(JUR* 2014, 231680); y, de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, secc. 1.ª, 7 de junio de 2018 *(JUR* 2018, 270789).

[15] *Vid.,* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 30 de diciembre de 2000 *(RJ* 2000, 10385).

[16] CUENA CASAS, M. (2013). Comentario al artículo 142 del Código civil. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código civil, T. I*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1444-1445. Sin embargo, para LASARTE ÁLVAREZ, C. (2017). *Principios de Derecho Civil*, T. VI Derecho de Familia, Madrid: Marcial Pons, 365 el carácter subsidiario de la obligación de alimentos que afirman algunos autores debe ponerse en duda, pues resulta preferible destacar su función complementaria de la asistencia social pública.

[17] MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2013). El parentesco. La obligación legal de alimentos, *op. cit.*, 40; LASARTE ÁLVAREZ, C. (2017). *Principios de Derecho Civil*, *op. cit.*, 366; DELGADO ECHEVARRÍA, J. (1993). Comentario al artículo 142 del Código civil. En: C. Paz-Ares Rodríguez, R. Bercovitz Rodríguez-Cano, L. Díez-Picazo y Ponce de León y P. Salvador Coderch (dirs.), *Comentarios del Código civil, T. I,* Madrid: Ministerio de Justicia, 523; BELTRÁN DE HEREDIA Y ONIS, P. (1958). *La obligación legal de alimentos entre parientes,* Universidad de Salamanca, 29; DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2018). *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, T. I Derecho de Familia, 12.ª ed., Madrid: Tecnos, 43; QUICIOS MOLINA S. (2009). Comentario al artículo 142 del Código civil. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano, *Comentarios al Código civil*, 3.ª, edición, Pamplona: Aranzadi-Thomson Reuters, 277. *Vid.,* asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 11 de octubre de 1982 *(RJ* 1982, 5550); y, 13 de abril de 1991 *(RJ* 1991, 2685) que se basa en la de 8 de marzo de 1962 *(RJ* 1962, 1229) cuando dice que la deuda legal de alimentos se deriva de un deber impuesto jurídicamente a una o varias personas de asegurar la subsistencia de una u otras; y también definida doctrinalmente como deuda surgida entre parientes, basadas en lazos de solidaridad familiar, y que tiene su fundamento en el derecho a la vida configurado como un derecho de la personalidad, a cuya conservación tiene esta figura que tutela, pues, un interés jurídico privado e individual.

[18] MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T. (1999). *Régimen jurídico de alimentos de hijos mayores de edad*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 25-40; POVEDA BERNAL, M. I. (2008). Alimentos a los hijos mayores de edad. Cuestiones civiles y procesales a la luz de la nueva

realidad familiar. Especial examen de la jurisprudencia, *Revista Jurídica del Notariado, número 68, octubre-diciembre*, 232-233; AGUILAR RUIZ, L. (2001). El derecho a recibir alimentos de los hijos mayores de edad que voluntariamente abandonan el hogar familiar. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2000, *Revista de Derecho Patrimonial 2001-1, número 6*, 328; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2013). El parentesco, La obligación legal de alimentos, *op. cit.,* 41-43; LASARTE ÁLVAREZ, C. (2017). *Principios de Derecho Civil*, *op. cit.*, 366-367; ALBALADEJO GARCÍA, M. (2013). *Curso de Derecho Civil*, T. IV Derecho de Familia, 12.ª edición puesta al día por Silvia Díaz Alabart, Madrid: Edisofer, 30; MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N. (2002). *La obligación legal de alimentos entre parientes*, Madrid: La Ley, 145-210; CUENA CASAS, M. (2013). Comentario al artículo 142 del Código civil, *op. cit.,* 1446-1448. *Vid.,* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 2 de marzo de 1967 *(RJ* 1967, 1239); las sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 6.ª, 14 de noviembre de 1997 *(AC* 1997, 2234); y, de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 1.ª, 3 de mayo de 1999 *(AC* 1999, 5401).

[19] MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T. (1999). *Régimen jurídico de alimentos de hijos mayores de edad*, *op. cit.,* 25-26. *Vid.,* asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 23 de febrero de 2000 *(RJ* 2000, 1169) que tras definir la «deuda alimentaria» como la que afecta a una persona, llamada alimentante, que resulta obligada a prestar a otra, llamada asimismo alimentista, lo indispensable para cubrir todas sus necesidades perentorias, o dicho con otras palabras legales, las necesidades mínimas para subsistir, añade que, dicha «deuda alimenticia» precisa la existencia de un nexo de parentesco entre el alimentante y el alimentista —artículo 143 del Código civil—, así como situación socio-económica suficiente en el primero y deficiente en el segundo —artículo 148 del Código civil—»; y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 5.ª, 3 de octubre de 2006 *(JUR* 2007, 62428); de la Audiencia Provincial de Zamora, secc. 1.ª, 19 de julio de 2011 (LA LEY 159416/2011); y, de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.ª, 18 de mayo de 2016 *(AC* 2017, 456) obligación *ope legis*.

[20] AGUILAR RUIZ, L. (2001). El derecho a recibir alimentos de los hijos mayores de edad que voluntariamente abandonan el hogar familiar…, *op. cit.,* 329; MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N. (2002). *La obligación legal de alimentos entre parientes*, *op. cit.,* 213; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2013). El parentesco. La obligación legal de alimentos, *op. cit.,* 48; BELTRÁN DE HEREDIA Y ONIS, P. (1958). *La obligación legal de alimentos entre parientes*, *op. cit.,* 35. *Vid.,* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 21 de noviembre de 1986 *(RJ* 1986, 6574); 23 de febrero de 2000 *(RJ* 2000, 1169); las sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 1.ª, 6 de marzo de 2001 *(JUR* 2001, 150454); de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, 14 de enero de 2003 *(JUR* 2003, 92955); y, de la Audiencia Provincial de Cantabria, secc. 4.ª, 10 de mayo de 2005 *(JUR* 2005, 266155).

[21] MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N. (2002). *La obligación legal de alimentos entre parientes*, *op. cit.,* 219; PADIAL ALBÁS, A. (1997). *La obligación de alimentos entre parientes*, Barcelona: Bosch, 101.

[22] MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2013). El parentesco. La obligación legal de alimentos, *op. cit.,* 48; CUENA CASAS, M. (2013). Comentario al artículo 146 del Código civil, *op. cit.,* 1477-1478.

[23] *Vid.,* las sentencias de la Audiencia Provincial de Teruel, 23 de febrero de 1998 *(AC* 1998, 3485) procedencia de los alimentos ante la capacidad económica de los padres para prestar alimentos a la hija reclamante y necesidades de esta al estar cursando estudios; de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 13.ª, 28 de marzo de 1998 *(AC* 1998, 4835); y de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, 18 de octubre de 2017 *(JUR* 2017, 308636) hija de 24 años, inscrita en los servicios de empleo, estudios de enfermería y de estética que no ha acabado por falta de medios.

[24] LACRUZ BERDEJO, J.L., *et al.* (2010). *Elementos de Derecho Civil*, T. IV Familia, 4.ª ed., revisada y puesta al día por Joaquín Rams Albesa, Madrid: Dykinson, 25 señala que el concepto de necesidad es relativo, pues ha de juzgarse en relación con la persona concreta.

[25] *Vid.,* las sentencias de la Audiencia Provincial de Granada, 29 de enero de 1992 *(AC* 1992, 110) necesidad del alimentista por imposibilidad de ejercer profesión, oficio o

industria por causa no imputable a él; de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, 29 de abril de 1998 *(AC* 1998, 4534); y, de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 5.ª, 25 de octubre de 2000 *(JUR* 2001, 26558).

[26] Como señala ALBALADEJO GARCÍA, M. (2013). *Curso de Derecho Civil*, *op. cit.*, 21 las necesidades insatisfechas deben ser sin culpa del alimentista, esto es, para que la insatisfacción le sea imputable significa que pudiendo y debiendo, no obtenga recurso para atender a la satisfacción de sus necesidades. Así es «lo normal que trabaje y tiene donde hacerlo, pero prefiere holgar»; y, ha de carecer, asimismo, de medios con los que atender sus necesidades, se ha de contar no solo con sus rentas o cualesquiera otros ingresos, sino con su capital y su capacidad para poder realizar *efectivamente* un trabajo que se los proporcione y sea *adecuado* a las circunstancias del caso.

[27] *Vid.,* la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, secc. 1.ª, 13 de diciembre de 2018 *(JUR* 2019, 40088) no procede la pensión alimenticia. Se trata de una hija de 25 años que ha trabajado y no ha seguido formándose desde que dejó sus estudios, ni consta la búsqueda activa de nuevos trabajos.

[28] La sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 5.ª, 5 de marzo de 2010 (LA LEY 167247/2010) precisa que, la obligación de alimentos de los hijos se fundamenta en el estado de necesidad; si bien, ha de matizarse cuando se trata de hijos menores, en el sentido que la colisión entre las necesidades de los progenitores y la de los hijos deben decantarse a favor de los hijos, dado el carácter preferente que tiene la obligación alimenticia de los mismos —artículo 145 del Código civil—, de modo que los padres deben sufrir el sacrificio de reducir al mínimo sus necesidades para satisfacer las de los hijos menores, circunstancia que no se debe contemplar legalmente con la misma rigurosidad cuando se trata de hijos mayores en donde se debe buscar un mayor equilibrio entre la necesidad del progenitor y la necesidad del hijo.

[29] *Vid.,* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 10 de julio de 1979 *(RJ* 1979, 2948) el ejercicio de oficio, profesión o industria no ha de entenderse como mera capacidad subjetiva, sino como posibilidad concreta y eficaz; asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 2.ª, 13 de abril de 2000 *(JUR* 2000, 200839); de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 4.ª, 27 de julio de 2000 *(JUR* 2001, 19) mayoría de edad, estudios completados, acceso al mercado de trabajo y rendimientos económicos; de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 1.ª, 23 de septiembre de 2002 *(JUR* 2003, 8129) hijo que tiene 23 años, y no consta que padezca ninguna limitación que le impida trabajar, y tampoco realizar estudios alguno; de la Audiencia Provincial de Girona, secc. 2.ª, 25 de septiembre de 2002 *(JUR* 2003, 23006) ausencia de falta real de necesidad, percepción de una pensión contributiva y posibilidad de acceso a una actividad laboral acorde a sus limitaciones; de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 1.ª, 7 de octubre de 2002 *(JUR* 2003, 23326) hijo de 32 años que no realiza actividad laboral ni cursa estudios, habiendo rechazado varias ofertas de trabajo disponiendo de vehículo propio. Plenitud de facultades y capacidad laboral plena que le permite acceder al mercado laboral; de la Audiencia Provincial de Tarragona, secc. 3.ª, 21 de octubre de 2002 *(JUR* 2003, 80670) hijo de 40 años con autosuficiencia para su acceso al mercado laboral; de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, 22 de octubre de 2002 *(JUR* 2003, 52886); y, de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 7.ª, 23 de abril de 2003 *(JUR* 2003, 231799).

[30] *Vid.,* las sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4.ª, 31 de enero de 2013 *(JUR* 2013, 91242); y, 18 de abril de 2013 *(JUR* 2013, 202333).

DÍAZ MARTÍNEZ, A. (2013). Comentario al artículo 93 del Código civil, *op. cit.,* 969 señala al respecto que, los tribunales atienden a la presunción que el hijo de poco más de dieciocho años que sigue estudiando no tiene medios, sin necesidad de otra prueba al respecto.

[31] *Vid.,* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 5 de octubre de 1993 *(RJ* 1993, 7464); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 3.ª, 27 de junio de 2002 *(JUR* 2002, 242047); y, de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 3.ª, 17 de septiembre de 2002 *(JUR* 2002, 281420) la enfermedad del alimentante condiciona las expectativas económicas del mismo.

PADIAL ALBÁS, A. (1997). *La obligación de alimentos entre parientes*, *op. cit.,* 114 señala que, no es tanta la relevancia de la posibilidad económica del obligado en el *iter* de la

obligación de alimentos, sobre todo en referencia al nacimiento de la misma; dado que la ley únicamente supedita este, al término inicial que supone la existencia de necesidad por parte del alimentista.

[32] MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N. (2002). *La obligación legal de alimentos entre parientes*, *op. cit.,* 267-268.

[33] DELGADO ECHEVARRÍA, J. (1993). Comentario al artículo 148 del Código civil, *op. cit.,* 535; MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N. (2002). La obligación legal de alimentos entre parientes, *op. cit.,* 270; LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.* (2010). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.,* 24; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2013). El parentesco. La obligación legal de alimentos, *op. cit.,* 49; LASARTE ÁLVAREZ, C. (2017). *Principios de Derecho Civil*, *op. cit.,* p, 370; SIERRA PÉREZ, I. (2016). Comentario al artículo 149 del Código civil. En: A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández (dirs.), *Código civil comentado*, vol. I, 2.ª ed., Navarra. Civitas Thomson Reuters, 771-772: CUENA CASAS, M. (2013). Comentario al artículo 148 del Código civil, *op. cit.,* 1493.

[34] *Vid.,* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 8 de abril de 1995 *(RJ* 1995, 2991) señala que la reclamación judicial es la que concreta la prestación (cuantía o modo de pago), aunque exista con anterioridad el derecho de alimentos y fuera exigible. No debe confundirse el tiempo del nacimiento y el tiempo de exigibilidad de los alimentos; las sentencias de la Audiencia Provincial Barcelona, secc. 12.ª, 16 de enero de 1996 *(AC* 1996, 57) precisa que la redacción del artículo 148 del Código civil es clara cuando dispone que la obligación de dar alimentos será exigible desde que los necesitare, para subsistir, la persona que tenga derecho a percibirlos, pero no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la demanda; de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, secc. 4.ª, 4 de mayo de 2004 *(JUR* 2004, 190102); de la Audiencia Provincial de Tarragona, secc. 3.ª, 30 de marzo de 2005 *(JUR* 2005, 124791); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 1.ª, 22 de noviembre de 2005 *(JUR* 2006, 91592); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, 15 de marzo de 2007 *(JUR* 2007, 120585); y, de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5.ª, 14 de abril de 2008 *(JUR* 2008, 234436).

[35] *Vid.,* la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.ª, 18 de mayo de 2016 *(AC* 2017, 456).

[36] En similares términos, el artículo 237-1 del Código civil catalán.

[37] SIERRA PÉREZ, I. (2016). Comentario al artículo 149 del Código civil, *op. cit.,* 775 la califica de obligación alternativa. En el mismo sentido, LASARTE ÁLVAREZ, C. (2017). *Principios de Derecho Civil*, *op. cit.,* 372.

[38] *Vid.,* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 19 de enero de 2014 *(RJ* 2015, 447); las sentencias de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 3.ª, 23 de febrero de 1998 *(AC* 1998, 431); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, 14 de abril de 1998 *(AC* 1998, 821); de la Audiencia Provincial de Valladolid, secc. 3.ª, 19 de marzo de 2001 *(JUR* 2001, 140766); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, 25 de mayo de 2010 (LA LEY 121113/2010); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4.ª, 31 de enero de 2013 *(JUR* 2013, 91242); y, de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 1.ª, 13 de junio de 2016 *(JUR* 2016, 195632).

Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 1.ª, 27 de julio de 1998 *(AC* 1998, 6876) precisa que, el artículo 93.2 se basa en criterios de convivencia y carencia de ingresos propios para permitir lo que constituye, sin duda, una excepción al régimen general de las relaciones paterno-filiales (patria potestad y representación, en especial), ha sido introducido sin especial cuidado en un sistema cuyas previsiones parecen ser en absoluto respetadas, a juzgar por la genérica remisión que el precepto en cuestión hace a los artículos 142 y siguientes del propio Código, pues, olvida, entre otros aspectos que, el hijo mayor de edad, como persona en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, no puede ser forzado a un régimen de convivencia determinante de la obligación de alimentar del progenitor separado de él, quien podría, en consecuencia, hacer uso de la opción concedida por el artículo 149.

A tales requisitos se refiere también, el artículo 69.1 del Código Foral aragonés; y el artículo 10.4 de la Ley 7/2015, de 30 de junio de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores.

[39] *Vid.,* las sentencias de la Audiencia Provincial de Huesca, 28 de enero de 1998 *(AC* 1998, 23); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, 17 de abril de 1998 *(AC* 1998, 822); de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1.ª, 28 de octubre de 1998 *(AC* 1998, 8100); de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, secc. 1.ª, 20 de mayo de 1999 *(AC* 1999, 1027); de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 5.ª, 3 de mayo de 2011 (LA LEY 67041/2011); de la Audiencia Provincial de Valladolid, secc. 1.ª, 17 de octubre de 2013 *(JUR* 2013, 348600); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, 5 de julio de 2016 *(JUR* 2017, 31191); de la Audiencia Provincial de Valladolid, secc. 1.ª, 26 de octubre de 2017 *(JUR* 2017, 308638); y, de la Audiencia Provincial de Zaragoza, secc. 1.ª, 9 de noviembre de 2018 *(JUR* 2019, 10330).

[40] *Vid.,* las sentencias de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 2.ª, 1 de febrero de 2013 *(JUR* 2013, 175801) extinción por cumplirse la edad de 27 años tal como se fija en convenio; y, de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.ª, 22 de diciembre de 2016 *(JUR* 2017, 65275) hasta los 29 años.

[41] *Vid.,* la sentencia del Tribunal Superior de Justicia Aragón, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.ª, 9 de mayo de 2012 *(RJ* 2012, 6367).

[42] *Vid.,* las sentencias de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1.ª, 12 de julio de 2000 *(JUR* 2000, 286612); de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 7.ª, 8 de febrero de 2001 *(JUR* 2001, 135177); de la Audiencia Provincial de Almería, secc. 3.ª, 16 de octubre de 2003 *(JUR* 2003, 271399); y, de la Audiencia Provincial de Cuenca, secc. 1.ª, 22 de marzo de 2010 (LA LEY 43849/2010).

[43] *Vid.,* las sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 1.ª, 22 de mayo de 2000 *(AC* 2000, 1105) no convive con el padre, pues ha creado una nueva familia, se ha casado y vive de forma independiente; de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 7.ª, 8 de febrero de 2001 *(JUR* 2001, 135177); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, 31 de mayo de 2002 *(JUR* 2002, 259224) la hija ya no vive en el domicilio familiar sino con su novio; de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 3.ª, 10 de septiembre de 2003 *(JUR* 2003, 263688) consta una vida independiente por lo que no procede la obligación de alimentos; de la Audiencia Provincial de Almería, secc. 2.ª, 3 de noviembre de 2010 (LA LEY 312735/2010) no procede fijar cantidad alguna en concepto de pensión alimenticia al vivir independiente de sus padres; y, de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5.ª, 25 de octubre de 2011 (LA LEY 234497/2011) no consta la convivencia con el padre, pareciendo más bien que la hija lleva una vida independiente en otro domicilio.

[44] *Vid.,* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 7 de marzo de 2017 *(RJ* 2017, 704) existe una falta de convivencia, pues, los hijos residen en Inglaterra donde cursan estudios universitarios y sufragan por sí mismos sus necesidades; y, 29 de junio de 2018 *(RJ* 2018, 3097) hijo que no convive con ninguno de los progenitores; y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 6.ª, 19 de enero de 2015 *(AC* 2015, 294) no convive con su padre y abandono voluntario del domicilio familiar por diferencias irreconciliables de relación con su padre; de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.ª, 4 de junio de 2015 *(JUR* 2015, 291581) hija de 28 años que ha traspasado con creces los límites de edad y que ha estado viviendo de forma independiente fuera del hogar familiar; y, de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 5.ª, 21 de septiembre de 2017 *(JUR* 2017, 258651) hija de 19 años que, de forma libre y voluntaria abandona la vivienda en la que vivía con su madre, rompiendo con ella sus lazos afectivos. Situación de necesidad creada por decisión propia.

[45] *Vid.,* la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, 18 de enero de 2008 *(JUR* 2008, 132469) hija mayor de edad que ha permanecido largos periodos de tiempo fuera de casa de manera independiente.

[46] *Vid.,* la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 4.ª, 5 de marzo de 2007 *(JUR* 2007, 137862).

[47] *Vid.,* las sentencias de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 3.ª, 26 de octubre de 1998 *(AC* 1998, 1892) hijo mayor que se traslada por motivos de estudios a otra ciudad; cambio eventual que impide calificarlo como domicilio familiar; de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 4.ª, 9 de febrero de 2000 *(AC* 2000, 807) residencia de la hija en ciudad distinta a la de su madre. Desplazamiento por razón de estudios; de la Audiencia Provincial de Almería, secc. 2.ª, 14 de marzo de 2001 *(JUR* 2001, 140451); de la Audiencia Provincial de

Barcelona, secc. 12.ª, 18 de noviembre de 2002 *(JUR* 2003, 6163); y, de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 5.ª, 20 de enero de 2011 *(JUR* 2011, 118799).

[48] *Vid.,* las sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4.ª, 4 de abril de 2012 *(JUR* 2012, 7159470) hijos mayores de edad sin independencia económica que conviven en el domicilio familiar; de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4.ª, 7 de marzo de 2013 *(JUR* 2013, 136502) hijo en paro, sin independencia económica y que convive con la madre en el domicilio familiar; de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 2.ª, 30 de junio de 2015 *(JUR* 2015, 255704); y, de la Audiencia Provincial de Badajoz, secc. 3.ª, 24 de abril de 2017 *(JUR* 2017, 140407).

[49] *Vid.,* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 12 de marzo de 2019 *(RJ* 2019, 939) hijo con recursos propios que no convive con la madre.

[50] *Vid.,* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 23 de febrero de 2000 *(RJ* 2000, 1169) donde se señala que en la hija no concurren los presupuestos necesarios para la denominada «deuda alimentaria», pues, «la hija ha ejercitado al salir del hogar paterno, uno de los mayores bienes o valores que tiene el ser humano, como es el ejercicio de la libertad personal. Ahora bien, no puede ni debe olvidar, que muchas veces la libertad como valor social particular, exige el pago de un precio, como es el de la pérdida de ciertas comodidades, y de sufrir contratiempos dolorosos, que van desde el área de los afectos hasta el entorno laboral. Y lo que no se puede pretender es realizar un modelo de vida propio y con arreglo a unos principios de conducta que, atacan y contradicen a los de un entorno familiar y social y seguir obteniendo las ventajas de acogimiento y económicas de dicho entorno que se rechaza»; y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, secc. 1.ª, 22 de febrero de 2002 *(JUR* 2002, 103282).

[51] *Vid.,* las sentencias de la Audiencia Provincial de Álava, secc. 1.ª, 31 de octubre de 2014 *(JUR* 2015, 13521) conducta de la hija inadecuada y causante de la crisis de convivencia con la madre, y decisión de la hija de trasladar su residencia al domicilio paterno, ello supone una ruptura de la relación alimenticia sustentada en el artículo 93 del Código civil; y, de la Audiencia Provincial de Lugo, secc. 1.ª, 9 de junio de 2015 *(JUR* 2015, 166217) hijo de 22 años que vive con su madre y abuela materna en el domicilio de esta, siendo muy escasos los recursos económicos de la madre, habiendo reanudado sus estudios con aprovechamiento, tras una etapa de trabajo a tiempo parcial.

[52] *Vid.,* las sentencias de la Audiencia Provincial de Ávila, 8 de septiembre de 1995 *(AC* 1995, 2445) extinción por ingresos propios del hijo y matrimonio contraído por este; y de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 4.ª, 1 de marzo de 2007 *(JUR* 2007, 249439) hija mayor de edad que se ha independizado, marchándose del hogar para pasar a convivir con su novio, de cuya relación ha tenido un hijo.

[53] En esta línea, HERRÁN ORTIZ, A. I. (2015). La solidaridad familiar en tiempos de crisis. Hacia una revisión jurisprudencial de la prestación de alimentos a favor de los hijos en el derecho civil español, *R.E.D.S, número 6, enero-junio*, 223.

[54] *Vid.,* las sentencias de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 9.ª, 24 de octubre de 2014 *(JUR* 2015, 55940); de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 1.ª, 31 de mayo de 2018 *(JUR* 2018, 207555) carece de capacidad económica y procede la pensión, si bien se fija un límite temporal de dos años; y, de la Audiencia Provincial de La Rioja, secc. 1.ª, 25 de junio de 2018 *(JUR* 2018, 263923).

[55] *Vid.,* las sentencias de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 1.ª, 21 de septiembre de 1998 *(AC* 1998, 7774); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4.ª, 28 de octubre de 2010 (LA LEY 219254/2010) consta acreditado que en este caso, si bien la hija Rocío, es mayor de edad, pues tiene 20 años, carece en cambio de independencia y autosuficiencia económica, al tiempo que convive con su madre, formando parte integrante del mismo núcleo familiar; de la Audiencia Provincial de Huelva, secc. 1.ª, 29 de diciembre de 2010 (LA LEY 313293/2010); y, de la Audiencia Provincial de Badajoz, secc. 3.ª, 24 de abril de 2017 *(JUR* 2017, 140407) 23 años apuntado a primero de bachillerato, carece de ingresos propios.

[56] *Vid.,* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 10 de abril de 2019 *(RJ* 2019, 1378) hijos con recursos propios al estar ambos trabajando en las fuerzas armadas y ser independientes económicamente; y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.ª, 28 de noviembre de 2018 *(JUR* 2019, 166632) 35 años, reside con su madre y

sufre de esquizofrenia paranoide; si bien, tiene independencia económica gracias a una pensión de incapacidad de 374 euros mensuales y tiene reconocido derecho de acceso al servicio de ayuda a domicilio del Ayuntamiento.

[57] *Vid.,* la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 24.ª, 1 de diciembre de 2011 (LA LEY 243066/2011).

[58] *Vid.,* las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, 21 de diciembre de 2000 *(JUR* 2001, 112491) en este caso estamos con la alimentista que cuenta con 24 años de edad, realizó estudios de peluquería; habiendo llegado a trabajar hasta hace dos años. No consta, por otro lado, que esté realizando estudios de especialización de ningún tipo, ni siquiera que aparezca como demandante de empleo, y si tenemos en cuenta que el padre está en desempleo, todo ello lleva a desestimar la solicitud de pensión alimenticia; de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 1.ª, 30 de junio de 2008 *(JUR* 2008, 337373) considera no procedente contribuir a los alimentos de su hijo de 37 años, pues están en condiciones para acceder al mercado de trabajo y capacitado para mantenerse por sí mismo; y, de la Audiencia Provincial de Les Illes Balears, secc. 4.ª, 15 de diciembre de 2010 (LA LEY 260367/2010) se ha puesto de manifiesto que el hecho de que la adaptación al mundo laboral del hijo Rafael no se haya consumado, no puede considerarse que sea debido a su falta de aplicación en el trabajo, sino, principalmente, porque su capacidad laboral es muy limitada, tanto por la ausencia de conocimientos, como, por sus condiciones físicas.

[59] *Vid.,* las sentencias de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1.ª, 12 de julio de 2000 *(JUR* 2000, 286612); de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, 23 de enero de 2006 *(AC* 2006, 659) en el caso de autos los hijos sí viven en el domicilio familiar, pero ambos trabajan, obteniendo por ello la correspondiente remuneración, y si bien es verdad que tales trabajos son eventuales, no lo es menos que ya han entrado en el mundo laboral, por lo que no precisan ya de la pensión alimenticia de su padre, sin perjuicio de que, en su caso, de no tener ingresos, puedan solicitar alimentos por la vía del artículo 146 y siguientes, pero no a través del procedimiento privilegiado que es el matrimonial; de la Audiencia Provincial de Badajoz, secc. 3.ª, 25 de marzo de 2010 (LA LEY 41561/2010); de la Audiencia Provincial de Palencia, secc. 1.ª 13 de mayo de 2010 (LA LEY 92318/2010); de la Audiencia Provincial de Huelva, secc. 1.ª, 7 de diciembre de 2010 (LA LEY 313230/2010) percibe unos ingresos, aunque escasos, por un trabajo ocasional, por lo que se considera razonable reducir en cien euros la contribución de demandante a su asistencia alimenticia; de la Audiencia Provincial de Albacete, secc. 1.ª, 2 de febrero de 2011 (LA LEY 9727/2011); de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, 8 de junio de 2011 (LA LEY 137523/2011); y, de la Audiencia Provincial de Badajoz, secc. 2.ª, 28 de octubre de 2011 (LA LEY 221190/2011).

[60] *Vid.,* las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, 26 de marzo de 1999 *(AC* 1999, 4544); de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, 4 de mayo de 2004 *(JUR* 2005, 2617); de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, secc. 1.ª, 21 de marzo de 2011 (LA LEY 78606/2011); de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.ª, 14 de enero de 2016 *(AC* 2016, 1080) el trabajo que realiza la hija en una tienda es esporádico y solo supone una ayuda económica para la hija que compatibiliza con los estudios, pero que no garantiza su independencia económica; y, de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1.ª, 7 de octubre de 2016 *(AC* 2016, 2004) hijo de 18 años que convive en el domicilio familiar y que carece de ingresos propios al no tenerlos y trabajar esporádicamente en la temporada de la recogida de la aceituna o algún otro trabajo.

[61] *Vid.,* la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, secc. 2.ª, 18 de mayo de 2006 *(JUR* 2006, 158372).

[62] BELTRÁN DE HEREDIA Y ONIS, P. (1958). *La obligación legal de alimentos entre parientes*, *op. cit.,* 26; COBACHO GÓMEZ, J. A. (1991). *La deuda alimenticia*, Madrid: Montecorvo, 26.

[63] MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T. (1999). *Régimen jurídico de alimentos de hijos mayores de edad*, *op. cit.*, 27; MARTÍN NAJERA, S. (1997). Los alimentos de los hijos mayores de edad en los procesos matrimoniales: el artículo 93.2 y la legitimación, *Actualidad Civil, vol. 3*, 691; MORENO-TORRES HERRERA, M.ª L. (2006). Los presupuestos del derecho de alimentos de los hijos mayores de edad, *Boletín de la Facultad de Derecho* de la UNED, núm. 28, 293, quien precisa que, al progenitor conviviente con el hijo mayor de edad no se le

puede exigir que atienda las necesidades del hijo que quedan sin cubrir como consecuencia del incumplimiento del otro, puesto que la deuda en ningún caso es solidaria, pero, añade, negar la repercusión que este incumplimiento produce en el patrimonio del conviviente sería ignorar la realidad. *Vid.,* asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 12 de abril de 1994 *(RJ* 1994, 2789); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 5.ª, 9 de mayo de 1997 *(AC* 1997, 1007) obligación mancomunada y divisible, no solidaria; de la Audiencia Provincial de Toledo, secc. 2.ª, 5 de febrero de 1998 *(AC* 1998, 343); de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 2.ª, 13 de enero de 2000 *(AC* 2001, 2499); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 20.ª, 26 de enero de 2007 *(JUR* 2007, 156895); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, 18 de mayo de 2010 (LA LEY 119409/2010); y, de la Audiencia Provincial de Burgos, secc. 2.ª, 12 de abril de 2017 *(AC* 2017, 682) contribución a cargo del padre del 57% y de la madre 43%.

[64] MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N. (2002). *La obligación legal de alimentos entre parientes*, *op. cit.,* 190-191; CORBACHO GÓMEZ, J. A. (1991). *La deuda alimenticia*, *op. cit*., 31.

[65] CUENA CASAS, M. (2013). Comentario al artículo 145 del Código civil, *op. cit.,* 1473 habla de una solidaridad provisional.

[66] MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N. (2002). *La obligación legal de alimentos entre parientes*, *op. cit*., 159.

[67] CUENA CASAS, M. (2013). Comentario al artículo 148 del Código civil, *op. cit.,* 1499 señala acertadamente que «esta solución resulta a su juicio llamativa, en tanto que tal atribución no cumple la finalidad para la que nació, una vez fallecido el alimentista. De hecho esta norma puede generar un enriquecimiento de difícil justificación, cuando la pensión no se abona por meses anticipados, sino por un periodo más largo, por ejemplo, tres meses». De ahí que, entienda que «la no devolución solo se restringe a una mensualidad y tal regla no debe aplicarse cuando se pagaban con una anticipación mayor, debiendo ser devueltas las cantidades que excedan de una mensualidad con base en las normas del pago de lo indebido».

[68] *Vid.,* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 2 de marzo de 2015 *(RJ* 2015, 601).

[69] *Vid.,* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 12 de febrero de 2015 *(RJ* 2015, 338) en esta *litis* se aprecia que, el Tribunal de instancia ha tenido en cuenta todas las circunstancias del caso concreto y ha llevado a cabo su ponderación, pues, a pesar de las desfavorables circunstancias del hijo, a causa de su enfermedad y discapacidad, ha reducido transitoriamente la contribución del recurrente a los alimentos del menor, pero atendiendo a que el obligado tiene cubiertas sus necesidades de vivienda y que percibe subsidio por desempleo que, a pesar de ser escaso (426 euros) y gravado (por incumplir sus obligaciones alimenticias), no supone carencia total de ingresos; de 18 de marzo y 14 de noviembre de 2016 *(RJ* 2016, 1136; *RJ* 2016, 5630) se suspende temporalmente el pago de la pensión ante una situación de extrema pobreza del alimentante; y, 25 de abril de 2016 *(RJ* 2016, 1712) no procede la supresión ante la exigencia de un mínimo vital.

[70] *Vid.,* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 2 de diciembre de 2015 *(RJ* 2015, 5327) que deniega ese mínimo vital en mayores de edad.

[71] *Vid.,* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 19 de enero de 2014 *(RJ* 2015, 447); 2 de diciembre de 2015 *(RJ* 2015, 5327); 13 de diciembre de 2017 *(RJ* 2017, 5406) el alimentante es una persona afectada por una incapacidad absoluta para toda actividad laboral y que percibe por ello una pensión del INSS de 703,26 euros mensuales. Carece de medios para que, una vez atendidas sus necesidades más perentorias, es decir, aquellas que resultan de la incapacidad permanente absoluta, pueda cumplir con la obligación de pagar la pensión de alimentos fijada en el procedimiento de separación a favor de su hijo, actualmente mayor de edad y en condiciones de desarrollar una actividad laboral retribuida; además el hijo trabaja a pesar de su discapacidad física; y, 24 de mayo de 2018 *(RJ* 2018, 2130) la hija ha podido y ha tenido ocasión de desarrollar un mayor esfuerzo para terminar su carrera, combinándolo o no con un trabajo complementario, dados los escasos recursos y sacrificios de quien le ayudaba a conseguirlo, obligar al padre a seguir haciéndolo coloca a este en una situación de absoluta indigencia, lo que no es posible. Asimismo, *vid.,* la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.ª, 14 de abril de

2016 *(RJ* 2016, 3647); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 1.ª, 27 de mayo de 2015 *(JUR* 2015, 192858); y, de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 3.ª, 25 de septiembre de 2018 *(JUR* 2018, 301055).

[72] *Vid.,* las sentencias de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 5.ª, 9 de diciembre de 2014 *(JUR* 2015, 46237) reducción del importe de la pensión a 300 euros mensuales, pues, el alimentante se encuentra en situación de desempleo; de la misma Audiencia y sección, 27 de marzo de 2018 *(JUR* 2018, 184164) reducción de 250 a 100 euros mensuales; de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4.ª, 21 de febrero de 2019 *(JUR* 2019, 144584) se reduce la cuantía a 150 euros para cada una de las tres hijas mayores de edad, pues, el alimentante percibe una pensión de jubilación de 1600 euros; y, de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5.ª, 11 de marzo de 2019 *(JUR* 2019, 155462) reducción a 120 euros mensuales.

Para BUSTOS MORENO, Y. B. Consideraciones acerca de la conveniencia de limitar el derecho de alimentos de los hijos mayores de edad, *op. cit.,* 120-121 opta por «otorgar al demandante una reducida cantidad, al modo de mínimo vital, a fin de que pueda compaginar los estudios con trabajos a tiempo, o fijar un plazo en vía judicial para permitir su conclusión, sin posibilidad de prórroga».

[73] *Vid.,* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 21 de mayo de 2014 *(RJ* 2014, 3074) no procede la reducción de la cuantía de la pensión, pues, tras el cierre del negocio de hostelería del alimentante no consta actividad laboral alguna, dándose de alta dos años después como desempleado. En todo caso, existe una falta de acreditación de haber efectuado un intento serio de superar la situación de desempleo.

[74] *Vid.,* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 21 de noviembre de 2014 *(RJ* 2015, 6567) acreditación que la hija mayor de edad ha sido diligente en su formación, que ha intentado obtener trabajo y que no lo ha conseguido, pese al esfuerzo desarrollado con carácter sostenido, en áreas que no eran propias de su primera titulación lo que denota un alto interés por incrementar su potencialidad laboral, viviendo en régimen de dependencia familiar y en la casa de la madre; y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1.ª, 11 de abril de 2019 *(JUR* 2019, 200837) hija que se considera formada y debe tener una actitud activa en la búsqueda de empleo.

[75] *Vid.,* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 17 de junio de 2015 *(RJ* 2015, 2532) no hay obstáculo para insertarse laboralmente, dada su edad y excelente formación académica: licenciatura y estudios en el extranjero; y, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.ª, 12 de noviembre de 2018 *(RJ* 2018, 6005) una mejora en la situación económica del hijo, hecho nuevo que supone la modificación de las circunstancias; las sentencias de la Audiencia Provincial de Toledo, secc. 2.ª, 10 de enero de 2000 *(AC* 2000, 160); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 24.ª, 28 de marzo de 2014 *(JUR* 2014, 126630) hijo de 23 años que ha superado el periodo de formación y tiene ingresos propios; de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4.ª, 12 de noviembre de 2015 *(JUR* 2015, 301893) 34 años, no reside en el domicilio familiar. Incorporado al mundo laboral durante casi una década con plena independencia económica y no se ha acreditado que haya percibido prestación por desempleo; de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 2.ª, 25 de noviembre de 2015 *(JUR* 2016, 129257) hija de 24 años que ha concluido sus estudios y posee capacidad laboral y trabaja a jornada completa; y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, 14 de junio de 2016 *(JUR* 2016, 197209) finalización de estudios y se encuentra trabajando en una clínica dental.

[76] *Vid.,* las sentencias de la Audiencia Provincial de Cantabria, secc. 3.ª, 18 de enero de 2000 *(AC* 2000, 19); de la Audiencia Provincial de Lugo, secc. 1.ª, 15 de junio de 2009 *(JUR* 2009, 301331) son graduadas universitarias «con plena capacidad física y mental que superan los 30 años de edad», por lo que pese al contenido del artículo 39.1 de la Constitución, se ha de proceder a su extinción «pues lo contrario sería favorecer una situación pasiva de lucha por la vida»; de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, secc. 2.ª, 24 de junio de 2010 (LA LEY 125778/2010) ha terminado los estudios y puede incorporarse al mundo laboral; de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 3.ª, 9 de diciembre de 2011 (LA LEY 249097/2011) dada su edad 27 años, y, pese, a preparar oposiciones, la obligación de dar alimentos no puede mantenerse «*sine die*»; de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.ª, 17 de junio de 2014 *(JUR* 2014, 281646); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 5.ª, 29 de marzo de 2016 *(JUR* 2016,

88509); de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 4.ª, 19 de enero de 2017 *(JUR* 2017, 228154) hijo de 29 años de edad que, está en condiciones de poder ejercer profesión u oficio, habiendo realizado una actividad laboral; y de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 1.ª, 20 de junio de 2018 *(JUR* 2018, 261230) dispone de capacidad para procurarse un medio de vida y una fuente de ingresos susceptibles de proporcionarles digno sustento, pues, no se haya impedida para el desempeño de un oficio, empleo o industria, no consta que esté formándose.

[77] *Vid.,* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 28 de octubre de 2015 *(RJ* 2015, 4785); las sentencias de la Audiencia Provincial de Granada, 23 de julio de 1992 *(AC* 1992, 1022) trabajos temporales y acceso al mercado laboral; de la Audiencia Provincial de Navarra, 31 de octubre de 1994 *(AC* 1994, 2420) integración en el mundo laboral durante dos años y aptitud para obtener un trabajo retribuido; de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, 25 de enero de 2005 *(JUR* 2005, 54656); de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.ª, 6 de mayo de 2008 *(JUR* 2013, 42778) el hijo desarrolla una actividad laboral de forma estable; de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, 23 de mayo de 2008 *(JUR* 2008, 223878) se acredita que tiene estudios terminados, y actualmente está incorporada al mundo laboral; de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.ª, 18 de marzo de 2010 (LA LEY 174711/2010) tiene 32 años y vive independiente de sus padres; de la Audiencia Provincial Santa Cruz de Tenerife, secc. 1.ª, 22 de marzo de 2010 *(JUR* 2011, 12396) hijo de 21 años que trabaja con contrato indefinido, con percepciones variables, si bien, en algunos meses son escasas; de la Audiencia Provincial de Valladolid, secc. 1.ª, 9 de julio de 2010 (LA LEY 133992/2010), tiene un empleo estable y suficientemente remunerado; de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 2.ª, 10 de noviembre de 2010 (LA LEY 296692/2010) Candelaria tiene 24 años de edad ha finalizado su periodo de formación hace más de tres años, y ha iniciado su actividad laboral con contratos temporales, demostrando una aptitud y capacidad para el desempeño de actividades remuneradas; de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, 3 de marzo de 2011 (LA LEY 54929/2011); de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5.ª, 12 de abril de 2011 (LA LEY 91688/2011) tiene independencia económica; de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.ª, 3 de mayo de 2011 (LA LEY 191670/2011) los progenitores están obligados a contribuir para satisfacer los alimentos de los hijos hasta que obtengan ingresos propios, por lo que, *a sensu* contrario, cesará esta obligación cuando los hijos sean independientes económicamente de sus progenitores, situación que ha de equipararse a la posibilidad real de serlos, y en el caso de *litis* se da esta última circunstancia pues el hijo abandonó un trabajo que ya duraba nueve meses ininterrumpidos y con visos de permanencia y promoción, en consecuencia, al haber interrumpido el hijo voluntariamente la trayectoria real de independencia económica de sus progenitores, cesa la obligación de estos de prestarle alimentos, y si bien es verdad que el hijo cuenta tan solo con 19 años cuando se presenta la demanda, también lo es que a los 14 años dejó los estudios y que, por lo tanto, desde los 16 años debió procurar y mantener su acceso al mercado laboral; de la Audiencia Provincial de León, secc. 1.ª, 7 de diciembre de 2011 (LA LEY 249160/2011); de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 5.ª, 25 de junio de 2015 *(JUR* 2015, 179050); y. de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, 8 de junio de 2018 *(JUR* 2018, 169517) hijo incorporado a la vida laboral.

[78] *Vid.,* la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.ª, 12 de noviembre de 2018 *(RJ* 2018, 6005) hijo mayor de edad que poco después de la fecha de la sentencia de divorcio de primera instancia vendió un cuadro de Dalí que le había donado en su día su padre, obteniendo ingresos para su sustento personal, sin perjuicio ello de la posibilidad de reclamación de nuevo alimentos a futuro al padre o a la madre si los necesitare para continuar su formación universitaria; y las sentencias de la Audiencia Provincial de Cantabria, secc. 2.ª, 2 de octubre de 2015 *(JUR* 2016, 33661) hija discapacitada que reside junto a su madre en la vivienda familiar y tiene unos ingresos superiores a los del padre y los de este difícilmente han de servirle para su propia manutención; y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, 20 de octubre de 2016 *(JUR* 2017, 50261) hija mayor de edad que no sigue estudios universitarios con aprovechamiento y patrimonio propio donados por sus padres.

[79] *Vid.,* la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 1.ª, 27 de mayo de 2015 *(JUR* 2015, 192858) edad avanzada del hijo y valorando los factores concurrentes,

aunque no esté inmerso en el mercado laboral o haya acabado su formación académica tiene, sin embargo, cubiertas sus necesidades de vivienda por lo que procede la supresión de la pensión.

[80] *Vid.,* la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, 20 de marzo de 2003 *(JUR* 2003, 187940).

[81] *Vid.,* las sentencias de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 3.ª, 9 de diciembre de 2011 *(AC* 2012, 13); de la Audiencia Provincial de Albacete, secc. 4.ª, 23 de septiembre de 2014 *(JUR* 2015, 55475) independencia económica acreditada por la doble titulación en Magisterio, además de venir realizando trabajos esporádicos de hostelería; y, de la misma Audiencia Provincial, secc. 1.ª, 16 de junio de 2015 *(JUR* 2015, 173419) hijo de 24 años incorporado al mercado laboral, aunque sus trabajos sean esporádicos, ya que tiene formación y habilidades suficientes para integrarse plenamente y progresar en el mercado laboral con un trabajo estable y atender a su propia subsistencia.

[82] *Vid.,* la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, 18 de febrero de 2002 *(JUR* 2002, 135982).

[83] *Vid.,* las sentencias de la Audiencia Provincial de Álava, secc. 1.ª, 20 de diciembre de 2001 *(JUR* 2002, 21744) establece que «ante esta situación y sin la concurrencia de otras circunstancias, esta Sala entiende que no procedería la fijación de pensión alimenticia a favor del hijo, al constituir dicha beca una fuente de ingresos suficiente para atender a sus necesidades»; de la Audiencia Provincial de Cáceres, secc. 1.ª, 23 de noviembre de 2010 (LA LEY 237518/2010) la beca de estudios se proyecta sobre los gastos extraordinarios, no sobre el concepto ordinario de alimentos en sentido estricto, de tal manera que, al margen del importe de dicha Beca, destinado a satisfacer los gastos de estudios universitarios, existen otros gastos a los que no alcanza la beca, y a los que debe subvenir los progenitores; y, de la Audiencia Provincial Toledo, secc. 1.ª, 19 de mayo de 2017 *(JUR* 2017, 174773) el hijo declaró en el acto de juicio que él vive de lo que percibe de la beca.

[84] *Vid.,* la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, 12 de marzo de 1999 *(AC* 1999, 809).

[85] *Vid.,* la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 14.ª, 29 de septiembre de 2016 *(JUR* 2016, 245874).

[86] *Vid.,* las sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 5.ª, 26 de octubre de 2010 (LA LEY 219219/2010); y, de la Audiencia Provincial de Cáceres, secc. 1.ª, 13 de noviembre de 2017 *(JUR* 2018, 572).

[87] *Vid.,* las sentencias de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 3.ª, 13 de febrero de 2002 *(JUR* 2002, 101470); y, de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, 10 de mayo de 2004 *(JUR* 2005, 2562).

[88] *Vid.,* las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, 11 de mayo de 1998 *(AC* 1998, 1085) no ha completado aún su formación, pues, está cursando estudios universitarios de derecho, sin que sea óbice para la prestación de alimentos, la realización de algún trabajo esporádico; de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 1.ª, 21 de junio de 2007 *(JUR* 2007, 300182) se estima improcedente la supresión de la prestación alimenticia a favor del hijo mayor, toda vez, que ha venido a acreditarse la obtención por el mismo de ingresos por su trabajo los sábados en el Servicio de Correos, y la impartición de clases de baile, el escaso montante de tales ingresos (en torno a los 300 euros mensuales), con los que debe costearse sus estudios universitarios, determina que en último término su consideración como persona dependiente económicamente de sus padres; de la Audiencia Provincial de Ávila, secc. 1.ª, 12 de julio de 2011 (LA LEY 209292/2011); de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 3.ª, 9 de diciembre de 2011 *(AC* 2012, 13) la realización de trabajos esporádicos no significan una integración plena en el mercado laboral; y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, 4 de junio de 2019 *(JUR* 2019, 211166) el hijo estudia en la Universidad, y su informe de vida laboral pone de manifiesto que, ha trabajado en breves periodos de días de socorrista para ayudar a sus gastos y el pago de la matrícula.

[89] *Vid.,* las sentencias de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 5.ª, 5 de noviembre de 2010 (LA LEY 298800/2010); y, de la Audiencia Provincial de Lugo, secc. 1.ª, 8 de octubre de 2015 *(JUR* 2015, 248558) acceso al mercado laboral a través de un contrato de prácticas y aprendizaje que revelan que no ha finalizado su formación profesional.

[90] *Vid.,* la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, 25 de mayo de 2010 *(JUR* 2010, 276804).

[91] *Vid.,* la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, 30 de enero de 2004 *(JUR* 2004, 169357).

[92] *Vid.,* las sentencias de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 9.ª, 24 de octubre de 2014 *(JUR* 2015, 55940); y, de la Audiencia Provincial de Almería, secc. 1.ª, 30 de octubre de 2017 *(JUR* 2018, 207284).

[93] *Vid.,* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 5 de noviembre de 1984 *(RJ* 1984, 5367) señala al respecto que «para que cese la obligación de prestación alimenticia, es preciso que el ejercicio de una profesión, oficio o industria sea una posibilidad concreta, y eficaz según las circunstancias, no una mera capacidad subjetiva»; las sentencias de la Audiencia Provincial de Almería, secc. 2.ª, 14 de marzo de 2011 (LA LEY 83578/2011); de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 5.ª, 3 de mayo de 2011 (LA LEY 67041/2011) se estima probado que la capacidad laboral y la independencia económica de la hija es una realidad actual. Por todo ello, además de la capacidad subjetiva para ejercer un oficio, tiene la posibilidad concreta y efectiva de acceder al mercado laboral y de permanecer en él, con independencia de la mayor o menor estabilidad de su situación laboral y del carácter transitorio o definitivo de la misma, común a la mayoría de las relaciona laborales a las que se ven sujetas las personas de su edad; y, de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 3.ª, 20 de mayo de 2011 (LA LEY 168461/2011).

[94] *Vid.,* la sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, secc. 3.ª, 22 de febrero de 2001 *(JUR* 2001, 1148663) «la prueba practicada en la primera instancia no ha servido para acreditar que la hija mayor, ejercite o desempeñe algún trabajo o profesión remunerada, tampoco que resida en domicilio distinto de la madre; y su edad (21 años al día de hoy) tampoco se encuentra dentro de la franja en la que suele ser habitual estar empleado. El segundo hijo, cierto es que ha reconocido estar trabajando, pero también lo es que no consta un empleo fijo —se trata de un contrato de aprendizaje— por lo que, dada su edad (20 años), y teniéndose en cuenta que no se ha probado lo contrario, es decir que, el trabajo sea indefinido y que tenga domicilio propio, ha de colegirse que su interés a los efectos previstos en el artículo 93 del Código civil es tan digno de protección como el de sus hermanos menores».

[95] *Vid.,* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 24 de junio de 1950 *(RJ* 1950, 1171); y, 17 de marzo de 1960 *(RJ* 1960, 967) señalan que «cesa la obligación de alimentos cuando el que los reclama está capacitado para realizar trabajos con cuyo producto pueda atender a sus necesidades»; y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 5.ª, 31 de marzo de 2005 *(JUR* 2005, 111159) dispone al respecto que «es cierto que los contratos de trabajo que ha suscrito la hija mayor de edad han tenido carácter temporal y que no disfruta de una situación estable, pero también aparece que, habiendo terminado o, en su caso, abandonado su formación académica, ha accedido al mercado laboral, aunque sea de forma precaria, y sin perjuicio de que en el futuro, como otras muchas personas en los tiempos actuales, pueda verse abocado a una situación de desempleo, cierto que no disfruta de un trabajo permanente, pero esta es una característica común de la situación por la que atraviesan la mayoría de los jóvenes de nuestra sociedad, de modo que el hecho de estar capacitada para desarrollar una actividad laboral remunerada y el haber accedido al mercado de trabajo son circunstancias que impiden el mantenimiento de la pensión alimenticia a su favor».

[96] *Vid.,* la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, secc. 1.ª, 28 de enero de 1999 *(AC* 1999, 3022) dada la edad del hijo, unido a que desde el año 1996, aunque con precariedad, se inicia en el mercado laboral, permaneciendo con cierta regularidad de alta en alguna empresa, lo que determina que el hijo Jesús empieza a percibir unos ingresos propios, lo que impide fijar a su favor y por petición de su madre una pensión alimenticia.

[97] *Vid.,* las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, 17 de abril de 1998 *(AC* 1998, 822) ha finalizado los estudios, y participado en programa de Escuela-Taller en calidad de alumno-trabajador, becado por el INEM y debidamente retribuido; de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 8.ª, 26 de septiembre de 2000 *(JUR* 2000, 301753) en la actualidad con 24 y 22 años han finalizado su formación y se han incorporado al mundo

laboral, en idéntica situación a la que es usual entre jóvenes que acceden a los primeros puestos de trabajo, esto es, con contratos a tiempo parcial u otras formas de contratación de análogas características; y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, 20 de julio de 2018 *(JUR* 2018, 248710) resulta acreditado que la hija tiene la edad de 26 años, que ha concluido el grado y es ingeniero industrial, que ha sido becaria, que ha trabajado durante más de un año, y ha dado clases particulares y realiza un máster de dos años. La propia sentencia de divorcio expresamente recogía que la pensión de alimentos se mantenía hasta que complete su formación, en su currículum figura que tiene conocimientos de informática e idiomas. Por lo que valoradas todas las circunstancias y su especial preparación, se considera que se encuentra y está preparada para su incorporación a la vida laboral, que le facilite una independencia económica.

[98] *Vid.,* la sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora, secc. 1.ª, 9 de noviembre de 2018 *(JUR* 2019, 10330) supresión de la pensión de alimentos respecto de la hija mayor de edad, al haberse acreditado que ha superado el proceso selectivo para ingresos por el sistema general de acceso libre al cuerpo de Ingenieros Técnicos de Obras Públicas.

[99] *Vid.,* las sentencias de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.ª, 10 de septiembre de 2016 *(JUR* 2016, 16231) señala al respecto que, dado la situación de crisis económica no se puede exigir un contrato laboral de duración indefinida para entender que los alimentistas se encuentren en disponibilidad de ejercer una determinada actividad profesional; de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, 25 de enero de 2017 *(JUR* 2017, 41565) hijo de 27 años incorporado al mundo laboral con contratos temporales. Posibilidad cierta de alcanzar plena independencia económica; de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, 8 de mayo de 2019 *(JUR* 2019, 191120); y de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, 19 de junio de 2019 *(JUR* 2019, 208294) terminación de estudios universitarios y acceso a un trabajo temporal.

Por su parte, la doctrina, en esta línea, hace referencia a la tesis del subempleo, esto es, que los hijos mayores de edad deben aceptar aquellos empleos que les pueden proporcionar una independencia económica, aunque no se correspondan con su cualificación y expectativas profesionales. vid., ECHEVARRÍA DE RADA, T. (2016). Alimentos de los hijos mayores de edad y mayores de edad con discapacidad en los procesos matrimoniales: situación actual, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm. 757, septiembre-octubre*, 2489; RINCÓN ANDREU, G. (2018). Extinción de la pensión de alimentos a hijos mayores de edad, *Diario La Ley, núm. 9156, sección Tribuna, 12 de marzo*, 5.

[100] *Vid.,* la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 3.ª, 26 de junio de 2014 *(JUR* 2015, 56042).

[101] *Vid.,* la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5.ª, 14 de septiembre de 2011 *(JUR* 2011, 389895).

[102] *Vid.,* la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 5.ª, 6 de mayo de 2011 *(JUR* 2011, 334084).

[103] *Vid.,* la sentencia de Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.ª, 25 de septiembre de 2014 *(RJ* 2014, 5532) acreditación que tiene un trabajo remunerado mediante un contrato indefinido y un sueldo mensual similar al SMI; las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, 31 de marzo de 1998 *(AC* 1998, 4873); de la Audiencia Provincial de Badajoz, secc. 2.ª, 29 de enero de 2001 *(JUR* 2001, 101504) goza actualmente de independencia económica el hijo al ser soldado profesional; de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, 31 de mayo de 2002 *(JUR* 2002, 259224) trabaja percibiendo un salario de 100.000 pesetas, y además no vive en el domicilio familiar, sino con el novio; de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 3.ª, 10 de septiembre de 2003 *(JUR* 2003, 263688) cuenta con trabajo remunerado en Vinaroz y ahora en Alcanar, aunque aparece matriculada en el instituto, y lleva una vida independiente según manifiestan los testigos; de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 3.ª, 5 de diciembre de 2003 *(JUR* 2004, 100241) cuenta con ingresos superiores al importe de la pensión; de la Audiencia Provincial Murcia, secc. 5.ª, 16 de diciembre de 2003 *(JUR* 2004, 78341) incorporación al mercado laboral con continuidad; de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 1.ª, 2 de octubre de 2006 *(JUR* 2007, 266390) el juzgador valora atinadamente la prueba documental aportada al pleito por el actor, exponente de la realidad de un trabajo estable de su hija mayor de edad

e independiente económicamente; de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, 8 de octubre de 2010 (LA LEY 190930/2010); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, 15 de octubre de 2010 (LA LEY 190884/2010); de la Audiencia Provincial Almería, secc. 2.ª, 3 de noviembre de 2010 (LA LEY 312725/2010); y, de la Audiencia Provincial Madrid, secc. 24.ª, 11 de noviembre de 2010 (LA LEY 242549/2010).

[104] *Vid.,* las sentencias de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1.ª, 28 de octubre de 1998 *(AC* 1998, 8100); de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 1.ª, 3 de mayo de 1999 *(AC* 1999, 5401) no procede la pensión por falta de prueba de la carencia de ingresos propios y de convivencia en el domicilio conyugal; de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, 7 de junio de 2006 *(JUR* 2006, 259207) a la vista de la prueba obrante en autos, la incorporación de los hijos al mundo laboral consta acreditado por la aportación de las hojas histórico laborales y muy especialmente por el propio reconocimiento de la hermana que, sus hermanos han trabajado esporádicamente en la naranja y en el almacén, y ahora uno de sus hermanos trabaja y el otro no. Esa incorporación al trabajo, señala la Sala ha de interpretarse conforme a la realidad actual laboral —en la que ya es prácticamente imposible la estabilidad laboral a través de un contrato fijo- conlleva la obtención de recursos propios y en consecuencia, el que la pensión de alimentos se declare extinguida conforme al artículo 152.3 del Código civil; de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 3.ª, 4 de mayo de 2016 *(JUR* 2016, 125343) entrada en el mundo laboral, hija que está trabajado a la vista de una cuenta bancaria a su nombre con importantes ingresos y gastos; de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, 14 de febrero de 2018 *(JUR* 2018, 82652) el informe de la vida laboral del hijo manifiesta que trabaja por cuenta ajena; y, de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.ª, 25 de octubre de 2018 *(JUR* 2019, 183784) acreditado que el hijo ha finalizado su formación académica y profesional, apareciendo documentado su pretensión de ingreso como militar en las Fuerzas Armadas.

[105] *Vid.,* la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.ª, 14 de noviembre de 2017 *(JUR* 2018, 184075).

[106] *Vid.,* las sentencias de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 5.ª, 22 de enero de 2010 (LA LEY 62713/2010); y, de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 5.ª, 5 de noviembre de 2010 (LA LEY 298803/2010).

[107] En esta línea, POVEDA BERNAL, M.I. (2008) Alimentos a los hijos mayores de edad: cuestiones civiles y procesales a la luz de la nueva realidad familiar. Especial examen de la jurisprudencia, *Revista Jurídica del Notariado, núm. 68,* 263.

[108] *Vid.,* la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, 4 de mayo de 2004 *(JUR* 2005, 2617) después de haber terminado la carrera de enfermería, pretende iniciar la carrera de medicina.

[109] *Vid.,* las sentencias de la Audiencia Provincial de Cáceres, secc. 1.ª, 6 de abril de 2010 (LA LEY 51716/2010) pretende preparar oposiciones, circunstancia que implica, no solo la continuación de su formación educativa académica específica para el desempeño de su futura actividad profesional, sino también la posibilidad de obtener ingresos propios para subvenir a sus necesidades; de la Audiencia Provincial de Ávila, secc. 1.ª, 29 de septiembre de 2010 (LA LEY 195884/2010) el hijo ha venido preparando oposiciones, manteniendo la voluntad de buscar empleo; y, de la Audiencia Provincial de Huelva, secc. 2.ª, 13 de marzo de 2017 *(AC* 2017, 745).

[110] *Vid.,* la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 24.ª, 12 de enero de 2011 (LA LEY 26944/2011).

[111] *Vid.,* la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, 30 de enero de 2001 *(JUR* 2001, 133267) la garantía de la realización de una carrera superior es lo que cabe exigir del núcleo familiar, del que no se puede seguir dependiendo para realizar otro tipo de estudios adicionales, cuando existe la posibilidad racional de obtener trabajo e ingresos con la formación adquirida, lo que determina que proceda extinguir la obligación alimenticia en sede del proceso de familia, puesto que el vínculo de legitimación de la madre, con la que convive, también se ha extinguido.

[112] *Vid.,* las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, 9 de diciembre de 2002 *(JUR* 2003, 61985) tiene 24 años, ha concluido estudios superiores de grado medio, puede acceder al trabajo, lo que ha hecho de manera esporádica, y además, su padres cuenta solo con un trabajo de tipo temporal, por lo que no consta que perciba un salario muy alto;

y, de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 3.ª, 2 de diciembre de 2014 *(JUR* 2015, 61335) hijo mayor de edad que ha finalizado sus estudios, incluidos los de especialización.

[113] *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 1.ª, 26 de marzo de 2003 *(AC* 2003, 436) se halla matriculada en la ESO, siendo prematuro, por el momento la exigencia de rendimientos en unos estudios que acaba de comenzar, y sin perjuicio de que tal situación se mantenga en el tiempo, y se le exija a la hija un determinado rendimiento escolar que, ahora mismo resulta prematuro exigir; y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 24.ª, 15 de septiembre de 2010 (LA LEY 160204/2010).

[114] *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, 17 de mayo de 1996 *(AC* 1996, 893) prorroga la pensión de alimentos por el plazo de cinco años a partir de la fecha de presentación de la demanda; de la Audiencia Provincial de La Rioja, secc. única, 1 de abril de 1998 *(AC* 1998, 4585) señala que, si bien es cierto que, en principio, la obligación subsiste, mientras subsistan las necesidades del hijo beneficiado, tal obligación no puede establecerse a perpetuidad y pendiente de que el padre esté investigando la situación económica del hijo, que no se olvide reside en otra localidad, sino que ha de limitarse en el tiempo razonable para entender que una hija de 24 años con título universitario, tiene a su favor unas lógicas circunstancias que la obligan a buscar un trabajo remunerativo, debiendo por tanto limitarse la obligación del padre durante tres años más a partir de la presentación de la presente demanda en cuyo momento aquella obligación cesará; de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 5.ª, 31 de marzo de 2005 *(JUR* 2005, 111144) su formación aún no ha concluido por causa que solo a ella le es imputable, pues, esta situación de descuido y abandono se ha prolongado en el tiempo durante, nada más y nada menos que, cuatro cursos académicos, de modo que la decisión de limitar la prestación a su favor al lapso temporal de dos años ha de considerarse acertada, ya que, además, su capacidad para procurarse empelo es manifiesta al haber desempeñado trabajos remunerados, al margen de su mayor o menor estabilidad; de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 4.ª, 28 de abril de 2009 (LA LEY 144053/2009) una limitación temporal a un año a contar desde la presente resolución; de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 24.ª, 13 de enero de 2010 (LA LEY 6559/2010) al periodo de tres años computados desde la fecha de la sentencia de instancia; de la Audiencia Provincial de Soria, secc. 1.ª, 3 de marzo de 2010 (LA LEY 32168/2010) señala que parece beneficioso una limitación temporal con respecto a los hijos mayores de edad, porque de esta forma se crea en el acreedor una motivación para conseguir un estatus económico independiente, por ello conviene un límite temporal de dos años para la extinción de la pensión, pues, es más que suficiente para que el hijo del matrimonio esté en condiciones de alcanzar independencia económica y laboral, pues, contará con 28 años; de la Audiencia Provincial de León, secc. 2.ª, 3 de diciembre de 2010 (LA LEY 252629/2010) hasta que cumpla los veintiún años; de la Audiencia Provincial de Badajoz, secc. 3.ª, 28 de enero de 2011 (LA LEY 10082/2011) no más allá de cinco años; de la Audiencia Provincial Córdoba, secc. 2.ª, 22 de febrero de 2011 (LA LEY 204443/2011) plazo de cuatro años; de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5.ª, 14 de abril de 2011 (LA LEY 91707/2011) dos años desde la fecha de la presente resolución; y, de la Audiencia Provincial de Ávila, secc. 1.ª, 12 de julio de 2011 (LA LEY 209292/2011) dos años desde la presente resolución.

[115] *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 1 de marzo de 2001 *(RJ* 2001, 2562) hijas graduadas universitarias con plena capacidad física y mental que superan los 30 años; tal situación no es conceptuable como de necesidad; y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, 25 de enero de 2017 *(JUR* 2017, 41565); y, de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4.ª, 16 de mayo de 2019 *(JUR* 2019, 227036).

[116] *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 22 de junio de 2017 *(RJ* 2017, 3040) situación de edad laboral, pero son trabajar ni estudiar. Capacidad suficiente para haber completado su formación académica, debiéndose las constantes interrupciones en los estudios y la prolongación en el tiempo a su escasa disposición para el estudio y formación; y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, 11 de mayo de 2004 *(JUR* 2004, 316143); y, de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 4.ª, 24 de enero de 2019 *(JUR* 2019, 144598) desidia y desinterés en relación a la formación y desarrollo de actividad profesional: hija de 24 años que desde que finalizó hace tres años el curso de

Técnico de Emergencias Sanitaria no ha cursado o desarrollado actividad formativa alguna ni prácticas, ni se ha acreditado causa que imposibilite su realización, sin que tampoco conste que intentara ni siquiera acometer aprendizaje de ninguna clase o actividad laboral alguna, aun a modo de prueba o tiempo parcial.

[117] *Vid.,* las sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 8.ª, 7 de junio de 1999 *(AC* 1999, 1458) hijo mayor de 28 años que no ha culminado sus estudios ni ha concluido su aprendizaje o formación; de la Audiencia Provincial de Lugo, secc. 1.ª, 7 de septiembre de 2007 *(JUR* 2008, 42654) hija con 25 años de edad con reiterado fracaso académico por falta de aprovechamiento; de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4.ª, 31 de julio de 2013 *(JUR* 2013, 298842) falta de aplicación y aprovechamiento en los estudios de Derecho que realiza; de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, secc. 1.ª, 13 de noviembre de 2014 *(JUR* 2014, 49862) mayor de 30 años que lleva cursando 12 años estudios universitarios con bajo rendimiento académico, cambiando finalmente de carrera universitaria. Hay una desaprovechamiento palmario del tiempo, sobrepasando el tiempo medio razonable exigible; de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.ª, 8 de junio de 2017 *(AC* 2017, 2039) hija que cuenta con la edad de 25 años y con falta de aplicación al estudio que, desde luego los ha realizado de forma tardía y discontinua; y, de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 4.ª, 22 de febrero de 2018 *(JUR* 2018, 116529) las hijas ni estudian ni se ha preocupado de formarse para algún oficio o trabajo, ni siquiera consta que estén realizando una búsqueda activa de empleo, una ni siquiera está apuntada al paro y la otra no lo acredita. A todo ello hay que unir la precaria situación económica de la madre que casi no puede atender su propia subsistencia.

[118] *Vid.,* la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, 25 de febrero de 2011 (LA LEY 26886/2011).

[119] *Vid.,* la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1.ª, 30 de marzo de 2017 *(AC* 2017, 786) hija de 23 años que ha finalizado sus estudios universitarios. Se fija una limitación temporal de 2 años desde la fecha de esta resolución.

[120] *Vid.,* las sentencias de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, secc. 1.ª, 16 de junio de 2010 (LA LEY 115700/2010); de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 6.ª, 16 de febrero de 2016 *(JUR* 2016, 84622) desidia de la hija en la dedicación a los estudios. Bajo rendimiento académico durante una serie de años coincidiendo con la etapa de adolescencia y la separación conflictiva de sus padres; y, de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5.ª, 28 de enero de 2019 *(JUR* 2019, 1850129) se entiende que hay ausencia de parisitismo social, pues, el menor que, está cursando estudios de la ESO, está inserto en la situación de crisis matrimonial de sus padres.

[121] *Vid.,* la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 3.ª, 11 de diciembre de 2014 *(JUR* 2015, 89568).

[122] *Vid.,* la sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo, secc. 1.ª, 5 de junio de 2019 (LA LEY 98025/2019) resulta acreditado que la hija padece una grave patología psicológica consecuencia del daño o trauma causado por el maltrato psicológico infligido por el padre, condenando por sentencia penal firme.

[123] AGUILAR RUIZ, L. (2001). El derecho a recibir alimentos de los hijos mayores de edad que voluntariamente abandonan el hogar familiar, *Revista de Derecho Patrimonial,* núm. 6, 334.

[124] En esta línea, BUSTOS MORENO, Y. B. (2018). Consideraciones acerca de la conveniencia de limitar el derecho de alimentos de los hijos mayores de edad, *Revista de Derecho Privado, núm. 6, noviembre-diciembre*, 121 se refiere a un rendimiento razonable y durante el tiempo normalmente requerido para completar la especialización.

[125] *Vid.,* la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.ª, 17 de junio de 2014 *(JUR* 2014, 281646).

[126] *Vid.,* la sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 4.ª, 29 de noviembre de 2018 *(JUR* 2019, 31129).

[127] *Vid.,* la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.ª, 16 de diciembre de 2002 *(JUR* 2003, 64641).

[128] Para CABEZUELO ARENAS, A. L. (2019). La supresión de las pensiones alimenticia de los hijos por negarse a tratar al progenitor pagador. Relación entre el derecho de comunicación del progenitor no conviviente y la revelación de pago de los alimentos, *Revista*

de Derecho Patrimonial, núm. 49, mayo-agosto, 33 tendrían que acreditarse una serie de extremos: «a) Total falta de comunicación entre padre e hijo; B) Que esta fuera continuada y notoria, esto es, conocida por todos; y C) Que el progenitor no hubiera intervenido en esa escisión, siendo atribuible solo al hijo».

[129] *RJ* 2014, 3900.

[130] *RJ* 2015, 639.

[131] *RJ* 2019, 2212. Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 20 de julio de 2015 *(RJ* 2015, 4460) fija como doctrina jurisprudencial de la Sala que «el maltrato de obra o psicológico, por parte del donatario hacia el donante queda calificado como un hecho integrado en la causa de ingratitud contemplada en el artículo 648.1 del Código civil. Para llegar a dicha interpretación señala que, ha de hacerse una interpretación flexible del artículo 648.1 del Código civil tanto respecto a la falta de precisión técnica con la que se refiere al concepto de delito y a los concretos derechos o bienes protegido («persona, honra y otros bienes»), por lo que el precepto debe interpretarse, en sentido laxo, con relación a todo posible delito por el que pudiera resultar ofendido el donante en su gratitud, como a la innecesariedad que, a tales efectos, se haya producido previamente una sentencia penal condenatoria, ni tan siquiera que el procedimiento penal se haya iniciado; bastando la existencia de una conducta del donatario socialmente reprobable, que revistiendo caracteres delictivos, aunque no estén formalmente declarados como tales, resulte ofensiva para el donante. Por tanto, debe concluirse que, de acuerdo con los criterios interpretativos de la realidad social del momento de aplicación de la norma, y su propia finalidad, el maltrato de obra o psicológico realizado por el donatario debe quedar reflejado como hecho integrado en la causa de ingratitud del artículo 648.1 del Código civil». Hace también referencia a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 18 de diciembre de 2012 *(RJ* 2012, 11277) respecto de contenido y alcance de tal precepto.

Asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 27 de junio de 2018 *(RJ* 2018, 3100) aunque se refiere al maltrato psicológico reiterado como causa de desheredación (art. 853.2 CC) en la línea de la jurisprudencia del Tribunal Supremo ya consolidada, en el presente caso considera que, si se atiende a la falta de relación afectiva entre padre e hija, lo cierto es que solo una parte de relación continuada e imputable al desheredado podía ser valorada como causante de unos daños psicológicos. Tal circunstancia no se aprecia en este caso, si se tiene en cuenta que, la falta de relación se inicia cuando la demandante tenía 9 años y que, incluso se acordó la suspensión del régimen de visitas entre el padre y la hija por ser contrarias a su interés, dada la relación conflictiva entre la menor y el padre, sobre todo entre la menor y la pareja del padre. Evidentemente, el origen de esta falta de relación familiar no puede imputarse a la hija, dado que se trataba de una niña. Se desestima la desheredación, además hay una voluntad de reconciliación del padre con su hija. Sin embargo, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Soria, secc. 1.ª, 7 de junio de 2019 (LA LEY 77207/2019) se desestima el recurso de apelación interpuesto por la hija que había sido desheredada en virtud de un maltrato psicológico a raíz del abandono y ruptura de lazos familiares que, había ejercicio con su madre, la causante. En 2005 ésta tuvo una fuerte discusión con su hija quien se negó a prestarle asistencia, además de negarle la palabra y prohibirle acudir a su casa, rompiendo todo tipo de relación con sus nietos. Asimismo, rechazaba las llamadas telefónicas de la causante, su madre, e incluso no la invitó a la boda de su nieta Penélope y le negó la posibilidad de despedirse de su nieto Amadeo, gravemente enfermo y que falleció. En línea con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la citada resolución señala que, los malos tratos o injurias deben ser objeto de una interpretación flexible acorde a la realidad social, al signo cultural y a los valores del momento en que se producen y que, en la actualidad el maltrato psicológico debe considerarse comprendido en la expresión que encierra el maltrato de obra, teniendo en cuenta su proyección en el Derecho de familia y sucesiones en relación con el principio «*favor testamenti*». En el presente caso, la hija incurrió en un maltrato psicológico y reiterado contra su madre con una conducta de menosprecio y de abandono familiar. Por ello, se impone una reconsideración de la proscripción de la interpretación analógica y extensiva de las causas de desheredación contemplada en los preceptos legales. Así en cuanto al maltrato de obra y la injuria grave, previstas como causa de desheredación en el apartado 2

del artículo 853 del Código civil, hay que entender que los términos «maltrato» e «injurias» deben entenderse no solo el maltrato físico y el proferir palabras injuriosas sino también todo daño o sufrimiento psicológico que, cualquiera de los herederos legitimarios puede causar al testador, debiendo incluirse a modo de ejemplo, la falta de cariño, afecto y cuidado por otro, y no prestar la atención debida, procurando que los progenitores que lo necesitan, se sientan en todo momento acompañados, asistidos y protegidos.

[132] *RJ* 2019, 497. Los hechos sobre los que se sustancia esta sentencia son: se inicia un procedimiento de modificación de medidas definitivas a instancia de D. Demetrio contra D.ª. Esmeralda solicitando en la demanda la extinción de la pensión alimenticia de los dos hijos mayores de edad, de 20 y 25 años. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Madrid, núm. 23, de 25 de noviembre de 2016 declaró extinguida la pensión de alimentos a favor de tales hijos, pues, entendió que la nula relación personal con el padre desde hace años por parte de los hijos mayores de edad y el manifiesto y continuado rechazo a aquel por parte de estos, debe calificarse como una alteración sustancial de las circunstancias existentes cuando se dictó la sentencia de divorcio. Tras el recurso de apelación por la parte demandada, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 24.ª, de 23 de enero de 2018 sigue la misma argumentación que en la instancia, desestima el recurso y confirma el fallo.

Por su parte, la Audiencia Provincial de Albacete, secc. 1.ª, 14 de julio de 2016 *(JUR* 2016, 200963) señala al respecto que, entre las faltas que dan lugar a la desheredación, a las que se refiere el artículo 152.4 como causa de extinción de la obligación de satisfacer alimentos no se encuentra la ausencia de relación afectiva entre alimentante y alimentista, ni tampoco cabe calificarla como un maltrato psicológico.

[133] *Vid.,* la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.ª, 14 de enero de 2019 *(RJ* 2019, 779); y las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, 23 de julio de 2013 *(JUR* 20137334928); y, de la Audiencia Provincial de Tarragona, secc. 1.ª, 23 de marzo de 2017 *(JUR* 2917, 162838).

[134] *Vid.,* en esta línea, las sentencias de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 3.ª, 20 de mayo de 2002 *(JUR* 2002, 178458); y, de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 6.ª, 1 de febrero de 2016 (*JUR* 2016, 35787) considera que, el maltrato infringido a la madre lo fue siempre de palabra y no de obra, como exige el artículo 853.2 del Código civil, al que remite el artículo 152, y si bien es cierto que la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo al abordar el alcance de la desheredación ha equiparado el maltrato de obra al maltrato psicológico, lo cierto es que en este caso ni se dio esa violencia física sobre la persona que caracteriza el maltrato de obra, ni está en absoluto acreditado que hubieran provocado en la madre, destinataria de los insultos un menoscabo o lesión de su saludo mental, por lo que no puede reputarse revistan la gravedad suficiente para exonerar a esta última de su obligación de contribución a las necesidades de alimentación de su hijo.

[135] Para MÉNDEZ TOJO, R. (2019). Extinción de la pensión de alimentos a favor de los hijos mayores de edad: la novedosa STS 104/2019, de 19 de febrero, *Actualidad Civil, núm. 6, junio,* 12 «la doctrina contenida en esta sentencia es acertada, puesto que, si se acredita una conducta obstativa, clara y continuada del hijo de relacionarse con su padre, pese a los esfuerzos de este para mantener dicha relación, se antoja justificada la extinción de la pensión de alimentos, pues, dicha conducta pugna con los principios que rigen las relaciones paterno-filiales».

[136] LASARTE ÁLVAREZ, C. (2017). *Principios de Derecho Civil*, *op. cit.*, 375 señala así acertadamente que «no es propiamente una causa extintiva de la obligación alimenticia, sino al contrario, como una causa de *cesación* o exclusión de la obligación de prestar alimentos. No hay, pues, extinción alguna, sino inexistencia de presupuesto para exigir alimentos por el descendiente». CUENA CASAS, M. (20139. Comentario al artículo 152 del Código civil. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código civil, T. II*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1539 por su parte, alude a que estamos ante una causa de suspensión de la obligación de alimentos.

[137] CUENA CASAS, M. (2013). Comentario al artículo 152 del Código civil, *op. cit.,* 1539 señala que, resulta criticable que, afecte solo a los descendientes del alimentante, pues, la falta de aplicación al trabajo o la mala conducta debería a afectar a todos.

[138] *Vid.,* la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5.ª, 29 de octubre de 2018 *(JUR* 2019, 24119).

[139] *Vid.,* las sentencias de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 5.ª, 31 de octubre de 2014 *(JUR* 2015, 83717); de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 3.ª, 24 de marzo de 2015 *(JUR* 2016, 6184); y de la Audiencia Provincial de Huelva, secc. 2.ª, 29 de julio de 2015 *(JUR* 2015, 265333).

[140] *Vid.,* la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 6.ª, 19 de marzo de 2015 *(JUR* 2015, 105634).

[141] *Vid.,* la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 9.ª, 18 de abril de 2018 *(JUR* 2018, 231279).

[142] *Vid.,* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 14 de febrero de 2019 *(RJ* 2019, 562) falta de aprovechamiento en los estudios del hijo tres años matriculado en 2.º de Bachillerato. Atribución temporal en este caso de la pensión por un año, al considerarse un plazo razonable habida cuenta de su nulo rendimiento académico y para la búsqueda de empleo; las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, 21 de abril de 1998 *(AC* 1998, 728) escasa dedicación a los estudios y desinterés en su andadura laboral; de la Audiencia Provincial de Lleida, secc. 1.ª, 14 de junio de 1999 *(AC* 1999, 7131) escaso interés en los estudios; de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 7.ª, 29 de mayo de 2007 *(JUR* 2007, 321878) hija que en la actualidad tiene 26 años de edad que, ha finalizado sus estudios a los 17 años por voluntad propia, sin que desde entonces haya intentado reiniciar algún tipo de actividad formativa, ha trabajado como cajera durante un total de 146 días, entre el 14 de diciembre de 1999 y 12 de octubre de 2002, y desde entonces no consta que haya realizado actividad laboral alguna, ni ha intentado siquiera encontrar trabajo. Ha quedado, por tanto, interrumpido el vínculo de dependencia necesaria para el mantenimiento de la pensión; de la Audiencia Provincial de Cuenca, secc. 1.ª, 28 de junio de 2011 (LA LEY 122209/2011) no consta prueba alguna sobre la efectiva dedicación al estudio del hijo mayor de edad, pues, no se acredita con el certificado del Jefe del Servicio de Inspección Educativa de Valencia, una dedicación al estudio, ya que ni siquiera sabe si fue admitido en listado definitivo, y si efectivamente comenzó a cursar tales estudios. Y si a ello se le añade que el hijo ha estado incorporado en algunos períodos al mercado laboral, lo que nos inclina a atribuir la misma una relativa independencia económica, resulta extinguida la pensión de alimentos del hijo; de la Audiencia Provincial Murcia, secc. 5.ª, 27 de abril de 2012 *(JUR* 2012, 181105) en el presente caso se ha certificado que el hijo está cursando estudios de la ESO con 20 años de edad, mediante la ESPA o educación secundaria a distancia, lo que indica la posibilidad de trabajar, mientras tanto, al ser dicha educación a distancia compatible con el trabajo. En consecuencia, no se puede considerar que quien tenía casi 20 años de edad a la fecha de presentación de la demanda y en la actualidad va a cumplir 22 años, esté en periodo de formación, cuando la formación sobre la que se ha certificado se refiere a una formación que termina a los 16 años de edad, por lo que no puede considerar que el hijo común se encuentre en el supuesto legal que ha referido de estar en periodo de formación por causa no imputable a él, por lo que en su caso, tendría que hacer uso, si lo necesitara de la acción de alimentos a través de procedimiento ordinario; de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4.ª, 5 de febrero de 2015 *(JUR* 2015, 80900) la obligación alimenticia de los padres respecto de los hijos mayores de edad no puede protegerse indefinidamente en función solo de los deseos del hijo en la ampliación de su formación y aun en un mayor grado, cuando esa mayor formación ofrece reiteradamente resultados negativos derivados de una falta de esfuerzo y de aplicación al estudio; de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 4.ª, 4 de junio de 2015 *(JUR* 2015, 175522) falta de aplicación a los estudios y formación académica de las hijas de 23 y 26 años, sin que hayan intentado la búsqueda de empleo alguno; de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.ª, 24 de noviembre de 2017 *(JUR* 2018, 187529) persona que hoy cuenta con 23 años de edad, no cursa estudios acreditados y es plenamente capaz tanto física como psíquicamente para trabajar, aunque sea de forma más o menos estable; y, de la Audiencia Provincial de Toledo, secc. 1.ª, 13 de diciembre de 2018 *(JUR* 2019, 40088) hijo de 19 años que finalizó sus estudios, que ha trabajado, no ha seguido formándose, ni consta la búsqueda activa de nuevos trabajos.

[143] SANZ-DIEZ DE ULZURRUN, J. (2018). Medidas definitivas de nulidad, separación y divorcio, *op. cit.,* 628; ABAD ARENAS, E. (2013). Reclamación de alimentos a favor

de hijos mayores de edad y emancipados. Revisión de su régimen jurídico, requisitos y extinción de la obligación legal, *Revista de Derecho UNED*, núm. 12, 71 opta por establecer un límite temporal cifrado en los veintiséis o veintisiete años, sin necesidad de causa que acredite dicha limitación. *Vid.,* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 25 de octubre de 2015 *(RJ* 2016, 4977) la ley no establece ningún límite de edad para recibir alimentos, los tres años que puso la sentencia como límites para percibirlos, aun cuando no han transcurrido cuando esta resolución se dicta, las posibilidades reales de acceder a un trabajo, hace innecesario esperar a que transcurran, por lo que se dan por extinguidas; las sentencias de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1.ª, 11 de mayo de 1998 *(AC* 1998, 967) limitación temporal de un año respecto de la hija mayor que ha cumplido 26 años; de la Audiencia Provincial de Zaragoza, secc. 5.ª, 13 de abril de 2005 *(JUR* 2005, 99359) limitación temporal a tres años al considerarse tiempo suficiente para encontrar empleo o para pretenderlo; de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1.ª, 20 de octubre de 2016 *(JUR* 2017, 5481) limitación a dos años. Ha trabajado cuando le ha sido posible y carece de necesidades básicas; de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, 29 de enero de 2016 *(JUR* 2016, 54423) 24 años de edad y finalizada la carrera universitaria, limitación temporal a tres años; de esta misma Audiencia y secc. 14.ª, 9 de mayo de 2016 *(JUR* 2016, 142866) limitación temporal de la medida a dos años desde la fecha de la sentencia de primera instancia; de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 9.ª, 20 de mayo de 2016 *(JUR* 2016, 214067) limitación temporal al periodo de un año; de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.ª, 18 de enero de 2018 *(JUR* 2017, 268476) ha tenido trabajos a tiempo parcial, las necesidades de la hija han disminuido no solo por los ingresos que percibe por los trabajos que realiza, extinción de la pensión en el plazo de un año por entender que durante ese lapso temporal prudencial la hija había tenido la posibilidad de completar su formación, terminado el Máster y de procurar buscar y consolidar su plena incorporación al mercado laboral; de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1.ª, 30 de marzo de 2017 *(AC* 2017, 786) limitación temporal de 2 años desde la fecha de la resolución; de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, secc. 2.ª, 19 de marzo de 2018 *(JUR* 2018, 169599) tres años; y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, 8 de febrero de 2018 (LA LEY 14244/2019) un año computado desde la fecha de la sentencia en segunda instancia.

No obstante, BUSTOS MORENO, Y. B. (2018). Consideraciones acerca de la conveniencia de limitar el derecho de alimentos de los hijos mayores de edad, *op. cit.,* 124 entiende que, partiendo de que existe una obligación de finalización de los estudios «el parámetro temporal a seguir debería ser el del tiempo razonable (art. 277 CC suizo) o, si cabe, con mejor formulación, la seguida por el Código civil portugués (art. 1880) al invocar que sea «por el tiempo normalmente requerido para que aquella formación se complete», en vez de reconducirse a la vía de establecer un concreto límite temporal».

[144] *Vid.,* las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, 2 de julio de 2010 (LA LEY 191413/2010) señala que, no procede establecer un límite temporal a la obligación alimenticia de los padres respecto de los hijos, pues su propia naturaleza pugna con la imposición de un término o plazo, ya que la obligación ha de subsistir en tanto se mantengan los requisitos que para la subsistencia de este derecho establece la ley; de la Audiencia Provincial de Huelva, secc. 1.ª, 25 de octubre de 2010 (LA LEY 313168/2010); de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, 11 de enero de 2011 (LA LEY 13557/2011); y, de la Audiencia Provincial de Zamora, secc. 1.ª, 19 de julio de 2011 (LA LEY 159416/2011).

[145] *Vid.,* las sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 1.ª, 22 de mayo de 2000 *(AC* 2000, 1105); y, de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, 22 de julio de 2013 *(JUR* 2013, 279638).

[146] SANZ-DIEZ DE ULZURRUN, J. (2018). Medidas definitivas de nulidad, separación y divorcio, *op. cit.,* 625.

[147] *Vid.,* las sentencias de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, 10 de febrero de 1994 *(AC* 1994, 431) reducción de la cuantía por desempeño de trabajo remunerado; de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 3.ª, 14 de marzo de 2005 *(JUR* 2005, 108128) reducción por disminución de los ingresos del obligado; y, de la Audiencia Provincial Jaén, secc. 1.ª, 10 de noviembre de 2015 *(JUR* 2016, 30232) reducción de la cuantía a cargo del padre por empeoramiento de la situación laboral y económica del mismo, por la caída

progresiva de las ventas del negocio que regenta, según documento aportado de análisis del volumen de ventas, encontrándose, además, de baja por incapacidad temporal derivada de operación de varices.

[148] *RJ* 2013, 4607.

[149] *RJ* 2013, 4607. Asimismo, en esta línea, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 21 de septiembre de y 21 de noviembre de 2016 *(RJ* 2016, 4448; *RJ* 2016, 6304) en ambas no procede la reducción de la pensión; 1 de febrero de y 17 de octubre de 2017 *(RJ* 2017, 370; *RJ* 2017, 4331) en la primera, si procede la reducción de la cuantía de la pensión, pues, el alimentante disfruta de la misma situación laboral y económica antes y después del nacimiento de dos nuevos hijos del obligados y, además, su actual esposa desarrolla un trabajo de venta minorista de artículos de papelería cuya actividad arrojó pérdidas; mientras que en la segunda no procede la supresión de los alimentos, pues, el nacimiento de otros dos hijos de una nueva relación no consta que impidan al demandante hacer frente al pago de la pensión alimenticia, pues ello depende de su capacidad económica que no consta que quede afectada por el nacimiento de los nuevos hijos, dado que con el importe del salario que se deduce de las nóminas y de la declaración de IRPF, goza de una desahogada situación económica; y, 22 de marzo de 2018 *(RJ* 2018, 1146) tampoco procede la reducción de la cuantía por el nacimiento de un nuevo hijo habido de una relación posterior.

[150] *Vid.,* las sentencias de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.ª, 23 de septiembre de 2010 *(JUR* 2011, 83291); y, de la Audiencia Provincial de Zaragoza, secc. 2.ª, 24 de mayo de 2011 *(JUR* 2011, 268333).

[151] *Vid.,* las sentencias de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.ª, 10 de mayo de 2016 *(JUR* 2016, 264162) la alteración de la capacidad económica del obligados o nuevas cargas familiares en todo caso, lo que posibilitan es una posible reducción de la cuantía alimenticia que viene establecida; y, de la Audiencia Provincial de Navarra, secc. 3.ª, 27 de diciembre de 2017 *(JUR* 2018, 248296) reducción de la pensión pactada, pues, además de la nueva unidad familiar del padre, esta solo cuenta con los ingresos de este, al encontrarse su pareja desempleada, por lo que se han aumentado significativamente los gastos que aquel habrá de atender. Además se indica que, la obligación de alimentos de los hijos mayores de edad es una obligación de mínimos.

[152] *Vid.,* el auto del Tribunal Constitucional, 21 de marzo de 1984 *(RTC* 1984/177). En los juicios de separación lo que se dilucida son los derechos de los cónyuges sin que se planteen en ellos cuestiones directamente referidas a los derechos e intereses de los hijos que, se entiende quedan a salvo poniéndose las medidas necesarias para ello. Lo que puede variar en este tipo de juicios es la situación jurídica de los cónyuges y no los derechos que la ley reconoce a los hijos mayores o menores de edad, pues tales derechos no se debaten en el proceso y se mantienen al margen del mismo. Otra cosa es que pueda verse afectada la situación de hecho de los hijos como consecuencia del cambio de la situación jurídica de los padres; pero ello no significa que se vean perjudicados ni afectados sus derechos e intereses legítimos ni que deban tenérseles como parte en tal proceso que, puede alterar sus condiciones de vida. Es de destacar, además, que cuando en los procesos se tocan temas de cierta relevancia para los hijos menores se prevé, no que éstos se constituyan en parte, sino que se les oiga, si tuviesen suficiente juicio y en todo caso, a los mayores de doce años, como orientación para la adopción de medidas judiciales (art. 92 CC). Por tanto, señala este auto que, introducir a terceros, condición que sin duda tienen los hijos en el proceso de separación, nulidad o divorcio no solo afecta a la estructura del proceso, sino que derivaría en situaciones procesalmente irregulares, dado el carácter mancomunado de la obligación alimenticia de los padres para con sus hijos en cantidad proporcional a sus respectivos caudales.

[153] *Vid.,* el artículo 233-4.1 del Código civil catalán establece al respecto que. «(…) *Asimismo, la autoridad judicial a instancia del cónyuge con quien los hijos convivan…*»; el artículo 10.4 de la Ley 7/2015 al señalar que «*si convivieran en el domicilio familiar hijos e hijas mayores de edad o emancipados, que carecieran de ingresos propios, el juez, a instancia del progenitor con quien convivan…*»; y, el artículo 295 del Code Civil dispone que: «*El progenitor que asuma, a título principal, la carga de atender a los hijos mayores de edad, que no pueden subvenir a sus propias necesidades puede demandar a su cónyuge que le abone una contribución para su cuidado y educación*».

[154] *RJ* 2000, 3378 al conocer de un recurso de casación en interés de ley presentado por el Fiscal ante las diversas posiciones que se mantienen sobre el alcance y significado del artículo 93.2 del Código civil. En esta línea, *vid.,* también la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 10 de abril de 2019 *(RJ* 201971378).

[155] *Vid.,* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 12 de julio de 2014 *(RJ* 2014, 4583); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Badajoz, secc. 2.ª, 15 de enero de 2001 *(AC* 2001, 71); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, 22 de febrero de 2002 *(JUR* 2002, 116723); de la Audiencia Provincial de Ourense, secc. 1.ª, 28 de junio de 2002 *(JUR* 2002, 260351); de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 7.ª, 10 de octubre de 2002 *(JUR* 2003, 99198); de la Audiencia Provincial de Girona, secc. 2.ª, 26 de noviembre de 2003 *(JUR* 2004, 28441); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 5.ª, 12 de marzo de 2004 *(JUR* 2004, 145973); de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, secc. 2.ª, 21 de septiembre de 2004 *(JUR* 2004, 292615); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, 18 de noviembre de 2005 *(JUR* 2006, 35250); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 5.ª, 2 de noviembre de 2010 *(JUR* 2011, 22195); de la misma Audiencia Provincial y secc., 20 de enero de 2011 *(JUR* 2011, 118799); de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, 5 de octubre de 2011 (LA LEY 230561/2011); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4.ª, 15 de marzo de 2012 *(JUR* 2012, 126989); de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.ª, 27 de marzo de 2018 *(JUR* 2019, 1607026); y, de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5.ª, 15 de mayo de 2019 *(JUR* 2019, 201591).

Asimismo, vid., GARCÍA DE LEONARDO, M.ª T. (1999). *Crisis matrimoniales: ¿Quién solicita los alimentos de los hijos mayores de edad?*, Madrid: Tecnos, 24; CORRAL GARCÍA, E. (2001). Legitimación para solicitar alimentos para los hijos mayores de edad tras la ruptura de la unión de hecho, *Revista de Derecho Patrimonial, número 7, vol. 2,* 403; INIESTA DELGADO, J. J. (2004). Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 2003, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, núm. 65, mayo-septiembre*, 561; MORENO VELASCO, V. (2010). Los alimentos de los hijos mayores de edad en los procedimientos de separación, nulidad y divorcio, *Diario La Ley,* núm. 7433, 1473; AFONSO RODRÍGUEZ, E. (2016). Comentario al artículo 93 del Código civil, *op. cit.,* 524, habla de legitimación por sustitución que concede la norma al progenitor conviviente con los hijos para su reclamación.

[156] *Vid.,* la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, 5 de junio de 2018 *(JUR* 2018, 1710).

[157] *Vid.,* la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, secc. 1.ª, 19 de mayo de 2015 *(JUR* 2015, 148242) si la madre no tiene legitimación por la vía del artículo 93.2 del Código civil, pues no se cumplen con los requisitos que se fijan en dicho precepto, el cauce procesal es el de alimentos.

[158] *Vid.,* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 13 de abril de 1991 *(RJ* 1991, 2685). Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 2.ª, 11 de febrero de 2015 *(JUR* 2015, 98485) establece que, no es necesario demandar también a la madre cuanto esta ya cumple con sus obligaciones acogiendo al hijo en su casa o de cualquier otro modo, satisface lo indispensable para el mantenimiento de aquel.

[159] *Vid.,* las sentencias de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 2.ª, 24 de junio de 1999 *(AC* 1999, 1186); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 1.ª, 28 de octubre de 1999 *(AC* 1999, 2097); de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 3.ª, 8 de noviembre de 1999 *(AC* 1999, 8171); de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 5.ª, 17 de enero de 2000 *(AC* 2000, 605); de la Audiencia Provincial de Cantabria, secc. 4.ª, 11 de diciembre de 2002 *(JUR* 2003, 66945); de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, 18 de septiembre de 2003 *(AC* 2003, 2115); y, de la Audiencia Provincial de Ávila, secc. 1.ª, 12 de julio de 2011 (LA LEY 209292/2011). En contra, las sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias, 2 de marzo de 1992 *(AC* 1992, 499); y, de la Audiencia Provincial de Salamanca, 7 de noviembre de 1995 *(AC* 1995, 2225).

En esta línea, MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T. (2001). El «favor progenitoris» en la relación con los hijos mayores de edad, *Aranzadi Civil,* 2010. En contra, GONZÁLEZ CARRASCO, M.ª DEL C. (1998). Los alimentos de los hijos mayores de edad en los procesos matrimoniales, *Aranzadi Civil, vol. I,* 38.

Por su parte, MORENO VELASCO, V. (2009). La reconvención en los procedimientos de modificación de medidas: interpretación garantista del derecho de defensa, *Diario La Ley,*

núm. 7134, 6, señala que, en los procesos de modificación de medidas es difícil imaginar un supuesto de litisconsorcio, si bien, podríamos plantearnos un supuesto relativo a la legitimación del hijo mayor para ser demandado por el cónyuge reconviniente cuando se solicita por este la modificación o la extinción de las pensiones alimenticias.

[160] *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5.ª, 9 de febrero de 2015 *(JUR* 2016, 85641).

[161] BUSTOS MORENO, Y. B., Consideraciones acerca de la convivencia de limitar el derecho de alimentos de los hijos mayores de edad, *op. cit.*, 138-139 como medida correctiva de la rigidez de las reglas expuestas, abogamos porque el juzgador aplique los principios de facilidad y disponibilidad probatoria o recurrir a las presunciones.

Con el objeto de facilitar la prueba, el artículo 237-9.2 del Código civil catalán dispone que: «*El alimentado debe comunicar al alimentante las modificaciones de circunstancias que determinen la reducción o supresión de los alimentos tan pronto como se produzcan*».

[162] *RJ* 2014, 2035.

[163] *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 20 de julio de 2017 *(RJ* 2017, 4146); y, 19 de junio de y 30 de octubre de 2018 *(RJ* 2018, 2667; RJ 2018, 4741).

[164] *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 12 de marzo de 2019 *(RJ* 2019, 939).

[165] *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 30 de octubre de 2018 *(RJ* 2018, 4741); y, la sentencia del Tribunal de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.ª, 10 de diciembre de 2018 *(RJ* 2018, 6164); y, la sentencia de la Audiencia Provincial Vizcaya, secc. 4.ª, 11 de diciembre de 2015 *(JUR* 2016, 63294).

[166] *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 12 de marzo de 2019 *(RJ* 2019, 1378) hijo con recursos propios sin convivencia con la madre que fue custodia. Efectos retroactivos a ese momento. Devolución de las cantidades indebidamente percibidas por carecer aquella de legitimación para recibirlos al desaparecer las condiciones para su subsistencia; y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 4.ª, 7 de mayo de 2003 *(JUR* 2003, 222667); y, de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 5.ª, 14 de diciembre de 2005 *(JUR* 2006, 176103) enriquecimiento injusto de la hija: es evidente que desde el momento que la hija en común ha contraído matrimonio, la entrega de las cantidades por parte del actor a la demandada carecen de la finalidad específica para la que se establecieron; por tanto se trata de un cobro de lo indebido.

[167] *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 7.ª (Melilla), 29 de abril de 2019 *(JUR* 2019, 179030).

[168] *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 12 de marzo de 2019 *(RJ* 2019, 939); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, 25 de julio de 2018 *(JUR* 2018, 248022) la no retroacción de las pensiones de alimentos se rompen en aquellos casos en los que existe un abuso del derecho por parte de la persona que percibe la pensión alimenticia, como sucede en el presente supuesto, que la ahora demandada no pone en conocimiento del obligado al pago de la pensión la finalización de sus estudios y consiguiente proceso de formación del hijo común y continúa cobrando las pensiones alimenticias del hijo común; y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, 4 de octubre de 2018 (LA LEY 141324/2018) considera que estamos no ante un supuesto de enriquecimiento injusto, sino de abuso del derecho que conlleva la concesión de efectos retroactivos a la extinción de la pensión de alimentos, pues, la madre no comunicó al padre la incorporación de la hija de 24 años al mundo laboral —el último contrato lo firmó hace dos años, permaneciendo trabajado de forma continua desde esa fecha—. Incumplida esta obligación y continuando la madre cobrando las pensiones de alimentos de su hija está obligada a devolver las pensiones de alimentos abonadas indebidamente.

[169] *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial Madrid, secc. 22.ª, 20 de junio de 1997 *(AC* 1997, 1281); y, de la Audiencia Provincial de Lleida, secc. 1.ª, 14 de noviembre de 2002 *(JUR* 2003, 14762).

[170] *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia, 7 de abril de 1994 *(AC* 1995, 670).

[171] BUSTOS MORENO, Y. B. (2018). El «accipiens» frente al acreedor en las pensiones de alimentos de los hijos mayores de edad, en las situaciones de crisis matrimonial. Posibilidad

de pago directo a los hijos mayores de edad. En: C. Sanciñena Asurmendi (dir.), *La voluntad privada en las relaciones jurídico-familiares*, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 241-246, atendiendo al actual artículo 373-2-5 Code Civil que en su párrafo segundo dispone que el juez puede decidir o los padres acordar que, la obligación de mantenimiento, en forma de pensión, sea satisfecha total o parcialmente de modo directo al hijo y, al artículo 337-septies del Codice Civile, aboga esta autora porque cobre autonomía la decisión sobre el sujeto que vaya a ser su administrador —por ejemplo el hijo— en la línea con lo previsto en tales legislaciones extranjeras.

En esta línea, el artículo 10.4 párrafo segundo de la Ley 7/2015 del País Vasco establece que «la pensión de alimentos podrá ser asignada directamente a los hijos e hijas cuando sean mayores de edad, en atención a las circunstancias concurrentes, sin perjuicio de la contribución que estos deban realizar al levantamiento de las cargas familiares». Asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, 12 de noviembre de 2014 *(JUR* 2015, 39878) no se autoriza a la madre para la recepción de las pensiones alimenticias ni para administrarlas.

1.3. Derechos Reales

La cláusula de vencimiento anticipado en préstamos hipotecarios

The acceleration clause in mortgage loans

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

Prof. Dra. de Derecho civil, Universidad Francisco de Vitoria

RESUMEN: La cláusula de vencimiento anticipado ha sido siempre una cláusula discutida en cuanto a su viabilidad, su validez y su inscripción en el Registro de la Propiedad. El hecho de que estas cláusulas den por vencido el préstamo a largo plazo, como es el hipotecario, con el perjuicio que ello supone para el deudor y la ventaja que supone para el acreedor, ha hecho que se consideren en determinados casos también como abusivas. Las últimas modificaciones legales, pero, sobre todo los vaivenes jurisprudenciales al respecto, merecen un estudio detallado sobre esta especial cláusula. Por eso, en este artículo pretendemos examinar qué son estas cláusulas, y cómo ha ido cambiando a lo largo del tiempo la percepción sobre las mismas, para el legislador, pero sobre todo para la jurisprudencia en torno a su admisibilidad, su inscripción y su abusividad.

ABSTRACT: The acceleration clause has always been a clause discussed regarding its viability, its validity and its registration in the Property Registry. The fact that these clauses give up the long-term loan such as the mortgage, with the damage that this entails for the debtor and the advantage of the creditor has led them to be considered unfair clauses in many cases. The latest legal modifications, but above all the jurisprudential fluctuations in this regard deserve a detailed study on this special clause. In this paper we intend to examine what these clauses are, what are their consequences, and how the perception of them has changed over time, for the legislator, but especially for the jurisprudence about their admissibility, their registration and unfairness.

PALABRAS CLAVE: Vencimiento anticipado. Cláusulas abusivas. Consumidor. Hipoteca. Préstamo hipotecario. Plazo.

KEY WORDS: Acceleration clause. Unfair terms. Consumer. Mortgage. Mortgage loan. Term.

SUMARIO: I. VENCIMIENTO ANTICIPADO: CONCEPTOS GENERALES. —II. INSCRIPCIÓN DE LA CLÁUSULA DE VENCIMIENTO ANTICIPADO EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD: 1. Inscripción de cláusulas sobre préstamo hipotecario antes de la Ley de Reforma del Mercado hipotecario de 2007. 2. La inscripción

DE LAS CLÁUSULAS DE LA HIPOTECA TRAS LA LEY 41/2007. 3. INSCRIPCIÓN TRAS LA LEY 5/2019, DE 15 DE MARZO, DE CONTRATO DE CRÉDITO INMOBILIARIO DE 2019.—III. LA CLÁUSULA DE VENCIMIENTO ANTICIPADO COMO ABUSIVA.—IV. CONCLUSIONES. —V. RESOLUCIONES CITADAS.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. EL VENCIMIENTO ANTICIPADO: CONCEPTOS GENERALES

El vencimiento anticipado o anticipación del vencimiento es la posibilidad que tiene el acreedor de dar por vencido (adelantando el momento del vencimiento pactado) el crédito que tiene contra el deudor en determinadas circunstancias, cuando este pierde el beneficio al plazo, tal y como recoge el 1129 del Código civil o se ha pactado en virtud de la libertad de pactos que establece el artículo 1255 del Código civil.

Es decir, en principio, las obligaciones tienen un plazo (pactado o legal) que es el momento en que deben cumplirse (vencimiento); ese plazo puede establecerse en beneficio del deudor, del acreedor o de ambos (lo que se presume normalmente cuando no se diga o se desprenda de las circunstancias que es en favor de uno de ellos exclusivamente, art. 1127 CC). Si el plazo es en beneficio de los dos, o de uno solo de ellos, el otro, o uno solo de forma individual, no puede unilateralmente modificar dicho plazo, ni adelantarlo ni retrasarlo, a su conveniencia.

En consecuencia, si el plazo se ha puesto en beneficio del deudor, este podrá adelantar su pago, y el acreedor está obligado a recibirlo, pero no al revés; y si es en beneficio de los dos, solo un acuerdo de ambos modificándolo —novación modificativa—, o, excepcionalmente, tal y como vamos a ver a continuación, si se produce una pérdida del beneficio del plazo por alguno de ellos, esto sí permitiría un cumplimiento anticipado o adelantado.

Precisamente, esto último es lo que contempla el artículo 1129 del Código civil citado. Cuando se dan los supuestos que este artículo describe, el beneficio del plazo que pudiera tener el deudor se pierde, y el acreedor podrá dar por vencido el crédito antes de la fecha señalada, resolviendo el contrato. En efecto este artículo señala que «perderá el deudor todo derecho a utilizar el plazo», y señala cuatro causas legales de ese vencimiento anticipado: 1. Que el deudor resulte insolvente[1]; 2. Cuando el deudor no otorgue al acreedor las garantías prometidas[2]; 3. Cuando por actos propios hubiesen disminuido las garantías que estableció el deudor[3]; y 4. Cuando por caso fortuito desaparezcan dichas garantías[4]. En estos casos, y si se da alguna de estas circunstancias, el acreedor ante la disminución de la responsabilidad patrimonial del deudor puede adelantar el plazo y dar por vencido el crédito que tenía contra él.

Pero, además, puede insertarse en el contrato una cláusula en la que se determine la posibilidad de ese vencimiento anticipado por el acreedor y en qué casos concretos procederá. En estos casos, hablamos de la cláusula de vencimiento anticipado que, como ya dijimos, encuentra su posibilidad en la libertad contractual y la autonomía de la voluntad del 1255 del Código civil, y en la posibilidad que nos da el 1127 del Código civil de que el plazo (y también su vencimiento anticipado) se establezca en favor y por acuerdo de los dos sujetos: acreedor y deudor.

De este modo, ese pacto de vencimiento anticipado puede incorporarse a un préstamo hipotecario, y en este caso, supone que el acreedor se reserva la facultad de dar por vencido el crédito y adelantar la ejecución hipotecaria si se produce el incumplimiento de la obligación principal o incluso de algunas obligaciones

accesorias del contrato. En concreto, cuando el prestamista, normalmente un banco, compruebe el incumplimiento del deudor, o que se han cumplido las circunstancias previstas para el vencimiento anticipado, podrá resolver de forma unilateral el contrato, declarará el vencimiento total de la deuda pendiente y exigirá su pago completo al deudor. Como normalmente el deudor (que ha dejado de pagar alguna cuota), no podrá responder al requerimiento del acreedor, (pues menos podrá pagar la totalidad del crédito), el acreedor instará el procedimiento para la ejecución de la hipoteca.

La validez de dichas cláusulas ha sido puesta en entredicho por la doctrina e incluso la jurisprudencia en distintas ocasiones, ya que lo normal, como ya dijimos, es que se prohíba que el vencimiento de la obligación garantizada con hipoteca quede al libre arbitrio del deudor, y que se haga depender el vencimiento de cualquier tipo de comportamiento del deudor distinto del propio incumplimiento, ya que eso significaría dejar los contornos del derecho real al arbitrio de una persona[5]. Si bien, a pesar de ello, mayoritariamente se han admitido estas cláusulas en los préstamos hipotecarios con base en los artículos 1255 del Código civil y 1127 del Código civil, como ya hemos dicho, que permiten establecerlas de mutuo acuerdo entre las partes. En este sentido, por ejemplo, encontramos sentencias del Tribunal Supremo que han admitido la validez de las cláusulas, aunque, a la vez, han exigido determinados requisitos o exigencias para ello; por ejemplo, que el vencimiento anticipado se hiciera depender de causas expresamente previstas en el contrato y que supusieran un incumplimiento esencial de las obligaciones, como puede ser el impago de las cuotas, no bastando un incumplimiento de obligaciones accesorias (SSTS de 4 de junio de 2008 y 16 de diciembre de 2009).

Varias han sido las cuestiones discutidas en torno a la cláusula o pacto de vencimiento anticipado en el préstamo hipotecario, entre ellas, su validez — de la que ya hemos hablado—, la posibilidad o no de su inscripción (y correspondiente oponibilidad), y en tercer lugar y ya más recientemente, si puede calificarse como cláusula abusiva cuando el deudor hipotecario sea un consumidor y el prestamista un profesional, y su inclusión no haya sido negociada sino impuesta por el banco. Este último aspecto ha generado varios cambios legislativos y muchos pronunciamientos jurisprudenciales que deben señalarse y ponerse de relieve.

II. INSCRIPCIÓN DE LAS CLÁUSULAS DE VENCIMIENTO ANTICIPADO EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

La cláusula de vencimiento anticipado se puede insertar en un préstamo garantizado con hipoteca, y en virtud de la misma, puede hacerse depender el vencimiento total de la obligación asegurada (el préstamo) del incumplimiento de parte de esa obligación, una, dos, cinco o «x» cuotas impagadas, de forma que, cuando el deudor deje de pagar las cuotas que se señalan en esa cláusula, el acreedor puede dar por vencido todo el préstamo e iniciar la ejecución hipotecaria para el cobro del mismo. No se puede olvidar que el préstamo hipotecario, normalmente, es un préstamo a largo plazo, con cumplimientos parciales, sucesivos, y el incumplimiento de alguno de esos plazos puede determinar el vencimiento total de todo el préstamo.

Pues bien, esa cláusula ¿puede inscribirse en el Registro de la Propiedad para dotarle de oponibilidad, o al ser una cláusula contractual que afecta al pago del préstamo, o no puede inscribirse en el Registro pues no necesita de esa oponibilidad a terceros?

En este punto ha variado tanto la legislación, como la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) en los últimos años, en relación con la inscripción, o no, de varias de las cláusulas que contiene un préstamo garantizado con hipoteca.

1. Inscripción de cláusulas sobre préstamo hipotecario antes de la Ley de Reforma del Mercado hipotecario de 2007

Antes de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre de Reforma del Mercado Hipotecario, existían una serie de criterios más o menos generalizados y admitidos por todos, en base a los cuales se practicaba o denegaba la inscripción de determinadas cláusulas del contrato de préstamo hipotecario. Estos criterios se obtenían de los casos concretos y en lo que se refiere a la cláusula de vencimiento anticipado puede decirse que sobre ellas no existía un criterio uniforme, debiendo analizarse caso por caso, y suscitando discusión en la doctrina acerca de su posibilidad de inscripción, debido a que las mismas provocan la realización adelantada de la propia garantía. Es decir, estas cláusulas suponen la posibilidad de ejecución de la garantía hipotecaria, que puede finalizar con la adjudicación de la finca hipotecada a favor de un tercero y en consecuencia un cambio de propietario de aquella, así como los efectos que conlleva la ejecución con respecto a cargas posteriores, como consecuencia del principio de prioridad registral y de la purga de cargas posteriores. Todo ello hace que parezca conveniente la inscripción de estas cláusulas en el registro, ya que pueden afectar a derechos reales inscritos, y deben ser conocidas por los terceros, pues en muchos casos tienen trascendencia real.

Como vemos, antes de la Ley de Reforma del Mercado hipotecario, la inscribibilidad, o no, se basaba en la casuística, y estaba muy pegada al caso concreto que se presentaba a inscripción, con algún criterio general comúnmente aceptado, y ese criterio casuístico estaba relacionado con la trascendencia real del hecho del que se hacía depender el vencimiento.

2. La inscripción de las cláusulas de la hipoteca tras la Ley 41/2007

Tras la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, de reforma del Mercado Hipotecario, y la consiguiente modificación del artículo 12 LH, con su nuevo párrafo segundo, se replantearon las cosas y a *priori* se cambiaron esos criterios de inscripción.

El reformado artículo 12 LH introdujo la novedad de que tanto las cláusulas de vencimiento anticipado como las financieras «se harán constar en el asiento en los términos que resulten de la escritura de formalización»[6]. Este párrafo segundo planteó la novedad de tener que inscribir todas las cláusulas financieras, tal cual estuvieran en la escritura, sin necesidad de calificar si tenían o no eficacia real, o eran irrelevantes, o contrariaban el principio de especialidad. ¿Es eso lo que quiso decir el Legislador?

La RDGRN de 15 de marzo de 2008 afirmó lo siguiente a este respecto: «como excepción y, resultando aconsejable para el tráfico jurídico por la publicidad con efectos de mera noticia que dimana del asiento registral, respecto de las cláusulas que carecen de dicho contenido real, la Ley 41/2007 en la modificación del artículo 12 LH ha incluido un párrafo segundo que permite que, respecto de las hipotecas constituidas a favor de las entidades financieras a que se refiere la Ley 2/1981, de 25 de marzo, además puedan hacerse constar en el Registro las

cláusulas financieras, incluidas las de vencimiento anticipado, aun cuando carezcan de trascendencia real inmobiliaria y queden extramuros de la calificación». De este modo, y para favorecer las demandas sociales y unificar los criterios de calificación, evitando calificaciones discordantes, se matizaron las palabras de la Exposición de Motivos de la Ley 41/2007[7], abogando por la inscripción de todas las cláusulas financieras, tuvieran o no trascendencia real. Se modifica parcialmente el primer criterio establecido, en aras de la seguridad del tráfico.

3. Inscripción tras la Ley 5/2019, de 15 de marzo, de Contrato de Crédito Inmobiliario de 2019

Recientemente vuelve a modificarse el artículo 12 LH, por la disposición final primera de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario[8].

Esta Ley modifica levemente el párrafo segundo del artículo 12 a los efectos que se están examinando, pero a mi juicio, de forma importante.

La dicción del nuevo párrafo segundo pone por escrito la interpretación que se hacía hasta ahora acerca de la inscripción de este tipo de cláusulas: se van a inscribir siempre (cuando la calificación sea favorable), con independencia de que tengan o no trascendencia real; es decir, no importa que no la tengan, se van a poder inscribir siempre, porque pueden provocar la ejecución hipotecaria ya que, recordemos, esta tiene su base en lo que consta en el asiento, desde la reforma de la Ley 41/2007 de Reforma del Mercado Hipotecario (art. 130 LH[9]). Pero ahora, el legislador lo dice y afirma claramente en este nuevo segundo párrafo, pues separa las «cláusulas de vencimiento anticipado» de «las demás de trascendencia real», afirmando que todas ellas se inscribirán en el Registro y se extenderán en el asiento correspondiente de la hipoteca.

El nuevo artículo 129 bis, que introduce también la Ley de Crédito inmobiliario, confirma o corrobora la posibilidad de inscripción de estas cláusulas, pues debemos saber de qué se hace depender el vencimiento anticipado en un préstamo hipotecario, para, como luego veremos, concluir si realmente el acreedor puede dar por vencido el préstamo en ese caso concreto, o no, resultando perjudicial o abusivo para el deudor[10].

Ya no queda ninguna duda de la posibilidad —y necesidad— de su inscripción; hay que hacerlas constar en el asiento correspondiente a la hipoteca siempre.

III. LAS CLÁUSULAS DE VENCIMIENTO ANTICIPADO COMO CLÁUSULAS ABUSIVAS

Otra de las cuestiones de gran interés acerca de las cláusulas de vencimiento anticipado, sobre todo en los últimos años, y a impulso de resoluciones judiciales que han ido perfilando cuándo y cómo se puede admitir un vencimiento anticipado en el préstamo hipotecario, es la de si estas cláusulas pueden resultar abusivas cuando quien contrata es un consumidor.

Hasta la famosa sentencia Aziz (STJUE de 14 de marzo de 2013), se admitía sin problemas la validez de estas cláusulas, y era frecuente que el acreedor pudiera dar por vencido la totalidad del crédito hipotecario, ante el incumplimiento de una sola cuota por parte del deudor, cuando así se hubiera previsto en dicho contrato. Ante la falta de pago del deudor, el acreedor resolvía el contrato y

reclamaba la totalidad del mismo al deudor, quien no podía hacer frente a esa reclamación iniciándose el procedimiento de ejecución de hipoteca, rápido y sumario, sin casi causas de oposición, donde el deudor no podía alegar —ni el juez apreciar de oficio— la existencia de una cláusula previsiblemente abusiva en dicho contrato. Es decir, el incumplimiento de una cuota llevaba a la mas que probable ejecución, y lanzamiento del deudor de su vivienda.

Ante esta situación, una vez más, la STJUE de 14 de marzo de 2013 (caso Aziz, C-415/11) abordó estas cláusulas, y consideró que el derecho español era contrario al derecho de la Unión Europea (Directiva 13/1993), al permitir determinadas cláusulas de vencimiento anticipado por impagos de menos de tres cuotas. De este modo, se introdujo una modificación en el artículo 693 LEC, en virtud de la cual, a partir de ese momento, solo se podría iniciar la ejecución hipotecaria ante un impago de las cuotas de tres meses, tratando de minorar así el vencimiento anticipado existente entonces por una sola cuota impagada, que pasaría a considerarse abusivo. Es decir, tras esa sentencia y la correspondiente modificación legal, se consideraron abusivas aquellas cláusulas que admitían el vencimiento anticipado del préstamo hipotecario, con consumidores, por impago de menos de tres cuotas, siendo adecuadas aquellas que establecieran como condición del vencimiento anticipado, tres o más plazos. Esta doctrina se vio confirmada por la STJUE de 26 de enero de 2017 (asunto Bano Primus C-421/14).

Sin embargo, la STJUE de 26 de enero de 2017 vuelve sobre esta cuestión, y lo que era ya una práctica habitual, considerándose aceptable solicitar un vencimiento anticipado provocado por un incumplimiento de tres, cinco o más plazos impagados —pues supera lo establecido en la LEC—, se le da una nueva vuelta de tuerca, poniendo el énfasis, no en la ejecución del vencimiento en sí, si no en la literalidad de la cláusula. De forma que, aunque se instara el vencimiento tras el impago de siete cuotas, si en el contrato de préstamo hipotecario la cláusula de vencimiento anticipado se hacía depender del impago de una cuota, al ser abusiva, podía oponerse en ejecución, y apreciarse por el juez de oficio, y declarar su abusividad, eliminándola del contrato e impidiendo, en definitiva, la ejecución pretendida, pues había sido la causa de la misma[11].

En resumen, el juez que constata de oficio el carácter abusivo de una cláusula de vencimiento anticipado, debe declarar su nulidad, dejar de aplicarla, y como consecuencia se pone fin a la ejecución, aunque el banco no la haya aplicado y no la haya puesto en práctica.

Esto mismo, se defiende en el auto 455/2016 de 15 de diciembre, del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Sabadell, que cambia el criterio existente hasta entonces, de no considerar abusiva una cláusula de vencimiento anticipado, solo por su contenido, sino atendiendo fundamentalmente al ejercicio —a la práctica— que de la misma hace el acreedor. A partir de ahora hay que examinar la «abusividad intrínseca de la cláusula», con independencia del ejercicio que se haga de ella por el prestamista y con independencia de que se adapte ese ejercicio a la legalidad vigente (no anticipar antes de tres impagos). Y ello es así porque dicha cláusula —en su literalidad— «conlleva un grave desequilibrio en las obligaciones en detrimento del consumidor».

Estamos de acuerdo con que la abusividad de las cláusulas hay que deducirlas de su redacción, pues han sido predispuestas y prerredactadas por la parte más fuerte, en este caso prestamista, y en ellas se manifiesta la voluntad del mismo. Luego, para atender y proceder a declarar el carácter abusivo, o no, de una cláusula hay que examinar su contenido, y si es abusivo, declararlo. Sin embargo,

tampoco podemos olvidar que el control de abusividad se establece para proteger al consumidor y evitar prácticas abusivas por parte del predisponente.

El propio TJUE, en su famosa sentencia de 14 de marzo de 2013, establecía los criterios generales para interpretar si una cláusula es abusiva, y estos descansan, como dice el artículo 3 de la Directiva, en comprobar si se ha producido un desequilibrio importante en detrimento del consumidor entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato, y por otro lado, si este desequilibrio se produce a pesar de la buena fe contractual. Si bien, estos criterios abstractos (desequilibrio contractual y buena fe) hay que ponerlos en relación con el caso y circunstancias concretas en cada supuesto (naturaleza y objeto del contrato, momento de celebración…); sin que se puedan establecer de forma general, correspondiendo al juzgador nacional analizarlos en cada caso, comparándolo con lo que su legislación establece.

Pues bien, si ese control debe hacerse en el caso concreto, con respecto a un contrato específico, poniendo en relación esa cláusula con las especiales características del contrato en el que se inserta, si se trata de una cláusula de vencimiento anticipado, debe examinarse si esa facultad «está vinculada a un incumplimiento esencial y grave del consumidor de su obligación de pago en relación con la duración y cuantía del préstamo, y si constituye una excepción con las normas generales aplicables en la materia en ausencia de estipulaciones específicas» (STJUE de 26 de enero de 2017).

En consecuencia, si examinamos el «ejercicio», la puesta en práctica de la cláusula en ese caso concreto, donde el deudor había dejado de pagar hasta siete plazos, este incumplimiento ha de considerase grave, con respecto a la legislación general, y en comparación con otros supuestos de incumplimientos de obligaciones de tracto sucesivo, —vgr. arrendamiento y desahucio, resolución por incumplimiento…— y por tanto, no se ha producido un abuso con respecto al deudor consumidor. No puede inferirse que el acreedor haya abusado de su posición dominante, ni que haya perjuicio por desequilibrio de las prestaciones en detrimento del consumidor, pues la realidad es bien distinta, al no poder ejecutar la garantía dada el acreedor, no poder cobrar lo que se le debe, cuando ha habido un incumplimiento reiterado por el deudor. Si no hay desprotección del consumidor, no entendemos que, en aras a una mayor protección a este, se anule la cláusula que no ha producido perjuicio alguno.

Así las cosas, y ante este panorama, se producen dos nuevos hitos casi simultáneos en torno a la cláusula de vencimiento anticipado: la STJUE de 26 de marzo de 2019 y la publicación de la Ley de Contrato de Crédito Inmobiliario (LCCI) el 15 de marzo de 2019, que van a poner de relieve nuevos problemas en torno a esta cláusula.

La nueva LCCI que traspone la 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, regula entre otras muchas cosas, cuándo debe producirse el vencimiento anticipado del préstamo para ser válido, y cuando, en consecuencia, será abusivo si no se respeta lo que allí se dispone, modificando de nuevo el artículo 693 LEC y añadiendo un nuevo artículo 129 bis en la Ley Hipotecaria. De este modo, el artículo 24 LCCI establece que solo podrá producirse un vencimiento anticipado cuando se haya incumplido un 3% del capital concedido en la primera mitad de vida del préstamo o 12 plazos mensuales, o el 7% capital en la segunda mitad del préstamo o 15 plazos mensuales. Es decir, se fijan criterios claros para entender cuándo se ha producido un incumplimiento grave. Aunque esta ley no tiene carácter retroac-

tivo, la disposición transitoria primera dispone una excepción de retroactividad de la cláusula de vencimiento anticipado; de manera que puede aplicarse con retroactividad lo dispuesto en el artículo 24 para aquellos contratos anteriores a la entrada en vigor de esta ley, pero solo para aquellos en los que el incumplimiento, y por tanto el vencimiento anticipado, se produzca con posterioridad a la entrada en vigor de esta. Si el vencimiento anticipado se produjo también antes de la entrada en vigor de la ley, no se aplica el artículo 24, y da igual que se haya producido un incumplimiento de menos plazos, y por tanto no puede considerarse como abusiva esta cláusula, y seguirá adelante la ejecución.

La STJUE de 26 de marzo de 2019 resolviendo la cuestión prejudicial sobre este asunto vino a decir que, cuando se declare una cláusula de vencimiento anticipado como abusiva, esta no podrá conservarse parcialmente sustituyendo los elementos que la hacen abusiva y, por tanto, será nula por completo. Eso sí, el juez podría dar una nueva redacción a la cláusula (integrarla), según lo que establezca la legislación vigente (693.2 LEC)[12], siempre que el contrato no pueda subsistir sin esa cláusula y, lo contrario (su eliminación) fuera más perjudicial para el consumidor. A pesar de ello, continúa afirmando que, si incluso pudiera subsistir sin ella, debe preguntarse al consumidor si prefiere que siga subsistente la cláusula a efectos de que continúe la ejecución, que de otro modo no seguiría adelante.

Entendemos que la cláusula de vencimiento anticipado no es esencial del préstamo hipotecario, y por tanto podría subsistir el contrato sin ella, y si se declara nula, se quitaría del contrato, sin integración y se sobreseería la ejecución. Eso, en determinados casos, puede perjudicar al deudor que se ve obligado a devolver la cantidad pendiente, pero esto es otro asunto. Esta sentencia viene a establecer la posibilidad de que el juez aplique una norma supletoria (693.2 LEC, 3 plazos), cuando la cláusula de vencimiento anticipado sea declarada nula por abusiva y no pueda subsistir el contrato sin ella, permitiendo que siga adelante la ejecución, si se cumplía lo preceptuado en 693.2 LEC.

Hoy, con la entrada en vigor de la LCCI, la aplicación de la norma supletoria en caso de vencimiento anticipado nulo sería el 24 LCCI, que es más estricto que el 693.4 LEC. Es decir, la posibilidad de la aplicación supletoria del artículo 693.2 LEC, conforme a lo establecido por la STJUE de 26 de marzo de 2019, solo será posible en relación a los contratos de préstamo hipotecario vencidos, estén o no judicializados, el resto quedará sometido al precepto 24 LCCI, que modifica el número de cuotas para declarar el vencimiento anticipado, pasando de las tres previstas en la norma 693.2 LEC, al 3% o al impago de doce plazos mensuales del capital concedido, si la mora se produjera dentro de la primera mitad de la duración del préstamo, o al 7% o al impago de quince plazos mensuales, si la mora se produjera dentro de la segunda mitad de la duración del préstamo, conforme a la literalidad del artículo 24.1 b) LRCCI.

Por lo tanto, para el resto de préstamos no vencidos, tal y como se deduce de la disposición transitoria primera LCCI, será de aplicación lo dispuesto en esta ley, y no el 639.2 LEC, considerándose probablemente las cláusulas de vencimiento anticipado como abusivas, al ser esta modificación legal mas exigente que lo anteriormente dispuesto. Para los vencidos, sí se podrá realizar la integración de la que habla la STJUE de si se produce perjuicio para el consumidor y no puede subsistir el préstamo sin esa cláusula[13].

Un poco mas tarde, y ya recientemente, como consecuencia de esta STJUE, el Tribunal Supremo publica su sentencia de 11 de septiembre de 2019, que quedó a expensas de la resolución sobre la cuestión prejudicial resuelta en la STJUE citada.

La sentencia, recoge la doctrina anterior sobre las cláusulas de vencimiento anticipado, afirmando que «1.— Decíamos en las dos sentencias antes indicadas (SSTS de 23 de septiembre de 2015 y 18 de febrero de 2016, así como STJUE de 26 de marzo de 2019) que, en nuestro ordenamiento jurídico, el artículo 1129 del Código civil prevé 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; y el artículo 1124 del mismo Código permite la resolución de las obligaciones bilaterales en caso de incumplimiento. A su vez, en el ámbito de los préstamos y créditos hipotecarios, tal posibilidad está expresamente contemplada en el artículo 693.2 LEC, siempre y cuando se haya pactado expresamente. Con anterioridad a tales sentencias, la sala no había negado la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado, siempre que estuviera claramente determinado en el contrato en qué supuestos se podría dar lugar a dicho vencimiento, sin que ello pudiera quedar al arbitrio del prestamista, en contravención de lo dispuesto en el artículo 1256 del Código civil (sentencias 506/2008, de 4 de junio; o 792/2009, de 16 de diciembre). En cuanto a la jurisprudencia del TJUE, la sentencia de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11 (Aziz), sin declararlo de manera expresa, dio a entender que una cláusula que preveía el vencimiento anticipado por falta de pago de alguno de los plazos, sin ser abusiva *per se,* podía considerarse como tal atendiendo a las circunstancias del caso… Lo que fue confirmado por el posterior auto del TJUE de 8 de julio de 2015 (asunto C-90/14), que mediante la invocación del artículo 4.1 de la Directiva 93/13 (el juicio de abusividad debe hacerse teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes y servicios que sean objeto del contrato en cuestión y considerando todas las circunstancias que concurran en su celebración), reiteró la doctrina de la sentencia Aziz. En suma, para que una cláusula de vencimiento anticipado supere los mencionados estándares debe modular la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo, y permitir al consumidor evitar su aplicación mediante una conducta diligente de reparación.

2. En todo caso, ha de tenerse presente que la posible abusividad proviene de los términos en que la condición general predispuesta permite el vencimiento anticipado, no de la mera previsión de vencimiento anticipado, que no es *per se* ilícita. Cuando el examen se plantee en relación con la ejecución de bienes hipotecados, habrá que estar a lo dispuesto en el artículo 693.2 LEC».

Después de abogar por la licitud de estas cláusulas, y su posible abusividad en función de lo dispuesto por la ley y las condiciones en que se establecen, y asumiendo la doctrina también de la STJUE de 2016 y auto 2019, considera que, como consecuencia de la unidad del crédito hipotecario, la nulidad de la cláusula abusiva de vencimiento anticipado impediría la ejecución hipotecaria, y por tanto, podría llevar a la nulidad de todo el préstamo, porque un préstamo hipotecario sin la garantía (si no hay posibilidad de realización, no hay garantía), no es préstamo hipotecario; y ello supondría para el consumidor, el restablecimiento de las prestaciones consecuente de la nulidad, teniendo que devolver todo el dinero que se le prestó. Ante esta situación de desventaja para el deudor, el Tribunal Supremo, entiende que es preferible modificar la cláusula de vencimiento anticipado, en los términos que establece la Ley, en principio para todos los créditos no vencidos todavía y que, aunque sean anteriores, deberán aplicarse los nuevos criterios legales sobre abusividad a tales cláusulas. Pero, el Tribunal Supremo, no contento con lo que la ley dice, amplia la retroactividad de lo dispuesto en la LCCI a todos los préstamos, incluidos los ya vencidos y judicializados. Y esto es lo realmente sorprendente.

Esta sentencia establece una serie de reglas que tienen por objeto dar solución a distintas situaciones que pudieran originarse en cuanto a la compatibilidad entre procedimientos de ejecución instados reclamando la totalidad de la deuda, pese a que la cláusula en cuestión se pudiera declarar nula por abusiva, y teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 693 LEC y 24 de la nueva Ley del Crédito Inmobiliario y su régimen transitorio.

Las reglas que establece la STS de 11 de septiembre de 2019 son las siguientes:

«a. Los procesos en que, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1/2013, se dio por vencido el préstamo por aplicación de una cláusula contractual reputada nula, deberían ser sobreseídos sin más trámite.

b. Los procesos en que, con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1/2013 se dio por vencido el préstamo por aplicación de una cláusula contractual reputada nula, y el incumplimiento del deudor no reúna los requisitos de gravedad y proporcionalidad antes expuestos, deberían ser igualmente sobreseídos.

c. Los procesos referidos en el apartado anterior, en que el incumplimiento del deudor revista la gravedad prevista en la LCCI, podrán continuar su tramitación.

d. Los autos de sobreseimiento dictados conforme a los apartados a) y b) anteriores no surtirán efecto de cosa juzgada respecto de una nueva demanda ejecutiva basada, no en el vencimiento anticipado por previsión contractual, sino en la aplicación de disposiciones legales (ATJUE de 3 de julio de 2019, asunto C-486/16. Solución que no pugna con el artículo 552.3 LEC, puesto que no se trata de un segundo despacho de ejecución con fundamento en el mismo título, sino de ejecuciones basadas en diferentes títulos (el contrato, en el primer caso, y la ley en el segundo).

e. Debe entenderse que las disposiciones legales mencionadas en el apartado anterior son las contenidas en la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario, pese a que las resoluciones del TJUE se refieran expresamente al artículo 693.2 LEC en la redacción dada por la Ley 1/2013 y pueda haber alguna discordancia con la disposición transitoria primera 4.ª de la Ley 5/2019 . Y ello, porque:

— El artículo 693.2 LEC, en su redacción anterior a la Ley 5/2019, era una norma de Derecho dispositivo, mientras que el artículo 24 LCCI, al que ahora se remite, es imperativa.
— La disposición transitoria primera 4.ª LCCI, fruto de una enmienda transaccional en el Congreso y una enmienda en el Senado, optó por la retroactividad limitada para evitar que una sentencia del TJUE contraria al informe del Abogado General en la cuestión prejudicial que había presentado esta sala, pudiera hacer directamente aplicable el 693.2 LEC en su anterior redacción. Por lo que sería contradictorio que la voluntad del legislador se volviera en contra del consumidor, cuando lo que se pretendió es protegerlo más allá de lo previsto en el artículo 693.2 LEC anterior a la reforma».

La STS de 11 de septiembre de 2019 elimina, en favor del consumidor, la retroactividad limitada de la LCCI, permitiendo que se aplique lo dispuesto en el artículo 24 LCCI a aquellos contratos anteriores a la entrada en vigor de la ley ya vencidos, antes de esta ley, declarándose su nulidad conforme a los nuevos criterios y sobreseyendo el procedimiento.

Creemos que esta nueva doctrina del Tribunal Supremo, extendiendo la retroactividad a todos los préstamos hipotecarios vencidos o no, con las condiciones exigentes de la LCCI, no es buena, ni siquiera para el deudor, que puede

ver cómo declarándose la abusividad de la cláusula en cuestión de conformidad con los nuevos criterios más estrictos del artículo 24 LCCI, se suspenderá el procedimiento de ejecución, y tendrá que hacer frente al pago de la deuda de otra forma, sin que pueda utilizar la casa como garantía.

Hay que tener cuidado, con los excesos de celo de protección del deudor hipotecario, ya que, una vez más, pueden volverse en su contra.

IV. CONCLUSIONES

I. La cláusula de vencimiento anticipado es lícita y admitida con carácter general en nuestro ordenamiento con base en los artículos 1127, 1129, 1124 y 1255 del Código civil, a pesar de que supone la perdida del plazo del deudor.

II. La cláusula de vencimiento anticipado puede insertarse en un préstamo hipotecario, garantizado con hipoteca, normalmente a largo plazo, de forma consensuada por el acreedor y deudor hipotecario, y de ella se va a hacer depender la ejecución de la garantía ante el incumplimiento de alguna de las cuotas o plazos parciales del deudor. En estos casos, el acreedor da por resuelto el contrato, reclama de pago al deudor, y si no hace frente al mismo, iniciará la ejecución por la totalidad del préstamo.

III. Esta cláusula puede —y debe— inscribirse en el Registro de la Propiedad, hoy ya sin ninguna duda, tal y como lo establece la propia ley (art. 12 LH), con independencia de su trascendencia real.

IV. La situación desventajosa que provoca en el deudor, pues el acreedor da por vencido la totalidad del crédito que tiene frente a él, por incumplimientos mas o menos «leves» (de una o varias cuotas en un préstamo a largo plazo), ha hecho que se plantee la jurisprudencia si puede tratarse de una cláusula abusiva.

V. A instancias de diversas resoluciones del TJUE y del TS, se ha modificado tanto la Ley Hipotecaria como la LEC, estableciendo en cada modificación legal criterios más estrictos para la aplicación de la cláusula de vencimiento anticipado: de poder ejercitarse ante el incumplimiento de una sola cuota, hasta el actual, donde al menos es preciso para poder dar por vencido un préstamo hipotecario, que el deudor haya incumplido al menos 12 cuotas (Ley de Contrato de Crédito Inmobiliario).

VI. Con ello se pretende que esta cláusula no se utilice de manera más o menos simple, y que se declare abusiva y por tanto nula con mayor facilidad, provocando el sobreseimiento del procedimiento de ejecución, incluso deben aplicarse los nuevos criterios establecidos en la LCCI para aquellos créditos ya vencidos con anterioridad a la publicación de la nueva ley.

VII. Consideramos que esta aplicación retroactiva, además de alterar el principio de irretroactividad de las leyes, puede producir el efecto contrario al deseado —protección al consumidor— al sobreseer el procedimiento de ejecución ya iniciado, situándole, a lo mejor en una situación peor, porque ahora no tiene cómo hacer frente a la deuda contraída.

V. RESOLUCIONES CITADAS

Dirección General de los Registros y del Notariado

- RDGRN de 27 de enero de 1986
- RDGRN de 5 de junio de 1987

- RDGRN de 23 de octubre de 1987
- RDGRN de 26 de octubre de 1987
- RDGRN de 16 de marzo de 1990
- RDGRN de 26 de diciembre de 1990
- RDGRN de 4 de enero de 1991
- RDGRN de 8 de noviembre de 1993
- RDGRN de 15 de marzo de 2008

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA

- Auto 455/2016, de 15 de diciembre, del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Sabadell,

TRIBUNAL SUPREMO

- STS de 13 de julio de 1994
- STS de 4 de junio de 2008
- STS de 16 de diciembre de 2009
- STS de 23 de septiembre de 2015
- STS de 8 de febrero de 2016
- STS de 11 de septiembre de 2019

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

- STJUE de 14 de marzo de 2013
- STJUE de 8 de julio de 2015
- STJUE de 26 de enero de 2017
- STJUE de 26 de marzo de 2019
- ATJUE 3 de julio de 2019

V. BIBLIOGRAFÍA

CABELLO DE LOS COBOS, L. M. (1988). Calificación registral de los préstamos hipotecarios. Bases para la fijación de un criterio unitario. *RCDI,* núm. 589, pp. 1793-1844.

SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B. (2019). *Los contratos de crédito inmobiliario tras la Ley 5/2019, de 15 de marzo,* Tirant lo Blanch, Valencia.

NOTAS

[1] La insolvencia ha de ser sobrevenida, y debe entenderse como la situación patrimonial en la que el pasivo es mayor que el activo, sin que sea necesario que esté en concurso de acreedores, ni que carezca en absoluto de bienes (STS de 13 de julio de 1994).

[2] No vale una simple promesa de constituirla, sino que debe haber existido un negocio jurídico de constitución de garantías, y debe frustrase tanto por culpa del deudor como por caso fortuito.

[3] La disminución de garantías puede ser cualquier deterioro objetivo en la seguridad de cobro que ofrece la misma, que sea consecuencia de un acto del deudor (doloso o negligente).

[4] Se refiere a la desaparición total de la garantía por caso fortuito, es decir, sin intervenir culpa en sentido amplio del deudor.

[5] En este sentido se manifiestan las RRDGRN de 23 y 26 de octubre de 1987. En concreto, no es inscribible el de vencimiento anticipado de hipoteca en suspensión pagos o quiebra, o venta de la finca hipotecada (RRDGRN de 27 de enero de 1986 y 5 de junio de 1987). Sin embargo, sí será inscribible el pacto de vencimiento anticipado si se basa en la falta de pago de contribuciones y tributos que graven la propiedad y que tengan preferencia de cobro respecto al acreedor hipotecario, o en la disminución de la cuarta parte del valor de la garantía, o en la existencia de cargas o gravámenes no conocidos en el momento de la escritura y con rango registral prioritario (RRDGRN de 23 y 26 de octubre de 1987, 16 de marzo de 1990, 26 de diciembre de 1990, 14 de enero de 1991). Confirmando lo anterior, la RDGRN de 8 de noviembre de 1993 no admite la cláusula de vencimiento anticipado del préstamo aun cuando el valor de la finca disminuyera, si esta disminución de valor no queda perfectamente determinada y alcanza los niveles adecuados —se entiende de la cuarta parte del valor de la finca—; pues, «una breve disminución e incluso transitoria del valor del bien hipotecado, podría dar lugar a la resolución de la garantía, todo ello en contra del principio de libre circulación de los bienes y de la eficacia *erga omnes* de todo derecho real». Asimismo, para parte de la doctrina, sí resulta inscribible el pacto de vencimiento anticipado en ciertos casos, tal y como refleja CABELLO DE LOS COBOS, L. M. (1988). Calificación registral de los préstamos hipotecarios. Bases para la fijación de un criterio unitario. *RCDI*, núm. 589, 1810-1818, como, por ejemplo: vencimiento anticipado por no-ampliación de hipoteca, si la tasación es judicial; vencimiento anticipado por aparecer la finca con cargas no reflejadas en la escritura o derechos preferentes.

[6] Artículo 12 LH, redacción tras la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, de Reforma del Mercado Hipotecario: «En la inscripción del derecho real de hipoteca se expresará el importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados, o, el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas, cualquiera que sea la naturaleza de estas y su duración.

Las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras de las obligaciones garantizadas por hipoteca a favor de las entidades a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, en caso de calificación registral favorable de las cláusulas de trascendencia real, se harán constar en el asiento en los términos que resulten de la escritura de formalización».

[7] Exposición de Motivos de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, de Reforma del Mercado Hipotecario, a este respecto:

«Otras medidas dirigidas a impulsar el mercado hipotecario de préstamos hipotecarios tienen por objeto precisar el contenido que haya de tener la inscripción del derecho real de hipoteca, evitando calificaciones registrales discordantes que impidan la uniformidad en la configuración registral del derecho que impone su contratación en masa. A tal fin se establece que en la inscripción del derecho real de hipoteca se expresará el importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados, o, el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas, cualesquiera que sea la naturaleza de estas y su duración. Las demás cláusulas financieras, tales como las relativas al vencimiento anticipado, garantizadas por hipoteca, se harán constar en el asiento en los términos que resulten de la escritura de formalización, pero ello siempre que se haya obtenido la calificación registral favorable de las cláusulas de contenido real».

[8] Artículo 12, redacción de Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

En la inscripción del derecho real de hipoteca se expresará el importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados, o, el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas, cualquiera que sea la naturaleza de estas y su duración.

Las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras de las obligaciones garantizadas por la hipoteca, cualquiera que sea la entidad acreedora, en caso de califica-

ción registral favorable de las mismas y de las demás cláusulas de trascendencia real, se harán constar en el asiento en los términos que resulten de la escritura de formalización.

[9] Artículo 130 Ley Hipotecaria:

El procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados solo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita, sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento respectivo.

[10] Artículo 129 bis, introducido por la disposición final 1.4 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo:

«Tratándose de un préstamo o crédito concluido por una persona física y que esté garantizado mediante hipoteca sobre bienes inmuebles para uso residencial o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir para uso residencial, perderá el deudor el derecho al plazo y se producirá el vencimiento anticipado del contrato, pudiendo ejercitarse la acción hipotecaria, si concurren conjuntamente los siguientes requisitos:

a) Que el prestatario se encuentre en mora en el pago de una parte del capital del préstamo o de los intereses.

b) Que la cuantía de las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al menos:

i. Al tres por ciento de la cuantía del capital concedido, si la mora se produjera dentro de la primera mitad de la duración del préstamo. Se considerará cumplido este requisito cuando las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al impago de doce plazos mensuales o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a doce meses.

ii. Al siete por ciento de la cuantía del capital concedido, si la mora se produjera dentro de la segunda mitad de la duración del préstamo. Se considerará cumplido este requisito cuando las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al impago de quince plazos mensuales o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a quince meses.

c) Que el prestamista haya requerido el pago al prestatario concediéndole un plazo de al menos un mes para su cumplimiento y advirtiéndole de que, de no ser atendido, reclamará el reembolso total del préstamo.

Las reglas contenidas en este apartado no admitirán pacto en contrario».

[11] Véase lo que afirma el Tribunal Europeo en esta sentencia: «dado que el juez nacional está obligado únicamente a dejar sin aplicación una cláusula contractual abusiva para que no surta efectos vinculantes respecto del consumidor, sin estar facultado para variar su contenido, las consecuencias del carácter abusivo de la cláusula no pueden depender del hecho de que la misma se aplique o no en la práctica.

Por ello, aunque el profesional iniciara el procedimiento de ejecución hipotecaria por impago de siete mensualidades y no cuando se produjo la falta de abono de cualquier cantidad adeudada, como le facultaba la cláusula en cuestión, no exime al juez nacional de su obligación de deducir todas las consecuencias oportunas del eventual carácter abusivo de esa cláusula.

En consecuencia, la Directiva 93/13 se opone a una interpretación jurisprudencial de una disposición de Derecho nacional que prohíba al juez nacional que ha constatado el carácter abusivo de una cláusula de vencimiento anticipado a declarar su nulidad y dejarla sin aplicar cuando, en la práctica, el profesional no la aplica, sino que observa los requisitos establecidos por la disposición de Derecho nacional».

[12] Recordemos que en el momento de la sentencia el 693 LEC establecía la necesidad de un incumplimiento de tres cuotas para que se pueda dar por vencido el préstamo de forma anticipada.

[13] Véase sobre la STJUE de 26 de marzo de 2019 los comentarios y análisis de Sáenz de Jubera que compartimos plenamente. SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B. (2019). *Los contratos de crédito inmobiliario tras la Ley 5/2019, de 15 de marzo,* Tirant lo Blanch, Valencia.

1.4. Sucesiones

Concurrencia de la sucesión testada e intestada: herencia de causante intestada por la premoriencia de heredero testamentario*

Compliance between of the testate succession and intested: cause of heritage intested by the premorience of the testamentary heir

por

M.ª FERNANDA MORETÓN SANZ
Profesora Titular de Derecho civil UNED.
Coordinadora del Programa de Doctorado en Derecho y Ciencias sociales EEES

RESUMEN: En este artículo estudiaremos la determinación de la ley personal, condiciones y jurisdicción en que habrá de ventilarse el Derecho foral o el extranjero. Corresponde ahondar en las fuentes de la compatibilidad entre la sucesión testada e intestada, cuestión de profundo calado, toda vez que evidencia como ya lo hacen los Derecho forales, la escasa adhesión del Derecho sucesorio a la familia romana y una necesaria aproximación a la tradición germánica.

ABSTRACT: *In this article we study the determination of the personal law, conditions and jurisdiction of the foreign. The compliance between of the testate succession and intested: cause of heritage intested by the premorience of the testamentary heir, since it evidences as the Foral Law to the Roman family and a necessary approach to the Germanic tradition.*

PALABRAS CLAVES: Ley personal del causante. Concurrencia herencia testada e intestada.

KEY WORD: *Personal law. Compliance between of the testate succession and intested.*

SUMARIO: I. DETERMINACIÓN DE LA LEY PERSONAL DEL CAUSANTE EN EL MOMENTO DE SU FALLECIMIENTO.—II. COMPATIBILIDAD ENTRE TESTAMENTO Y REMANENTE *AB INTESTATO*.—III. LA *OBLIGATIO* ESENCIA

* Proyecto de Excelencia I+D+i titulado «Postmodernidad y proceso europeo: La oportunidad como principio informador del proceso judicial», del Ministerio de Economía y Competitividad, con REF DER 2017-87114-P, desde el 1 de enero de 2018 hasta el 31 de diciembre de 2020.

DE LAS RELACIONES JURÍDICAS Y LAS TENSIONES Y EQUILIBRIO ENTRE LA FAMILIA FRANCESA Y GERMÁNICA EN MATERIA SUCESORIA: 1. *Stipulatio* y fuente de obligaciones. 2. La sucesión hereditaria: la pervivencia de las deudas del causante. 3. ROCA SASTRE y el Derecho Institucional o Estructural.—IV. RESOLUCIONES ACREDITATIVAS DE LA DOCTRINA ANTERIOR: 1. Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 11 de septiembre de 2013: la distribución de la herencia a través de legados y la innecesariedad de apertura de la sucesion intestada. 2. Sentencia del Tribunal Supremo, de 11 de septiembre de 2011: sucesión hereditaria. Derecho a aceptar o repudiar la herencia. Interpretación del artículo 1006 del Código civil y el fallecimiento del heredero antes del causante. 3. La STS de 13 de octubre de 2005: la legítima, en España, o la reserva, en Italia, no es más que la limitación a la facultad de disponer en beneficio de ciertos parientes o cónyuges, que son los legitimarios. 4. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Civil y Penal), de 13 de mayo de 1999: controversias entre herederos: improcedente la aplicación de la ley sucesoria catalana al prevalecer la vecindad civil navarra adquirida por declaración expresa y residencia de dos años sin necesidad de reiteración posterior.—V. SOBRE EL REGLAMENTO Y CERTIFICADO EUROPEOS EN MATERIA DE SUCESIONES.—VI. CONCLUSIONES.—VII. BIBLIOGRAFÍA.—VIII. RESOLUCIONES CITADAS.

I. DETERMINACIÓN DE LA LEY PERSONAL DEL CAUSANTE EN EL MOMENTO DE SU FALLECIMIENTO

Sabido es que, con la reforma del título preliminar el primer párrafo del artículo noveno del Código civil recibe nueva redacción si bien, en sentido estricto y frente a otros cambios producidos por el Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, por el que se sancionó con fuerza de Ley el texto articulado de aquel título, lo cierto es que no se produjeron grandes alteraciones[1]. Declara, a la sazón, el párrafo octavo «La sucesión por causa de muerte se regirá por la Ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren. Sin embargo, las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la Ley nacional del testador o del disponente en el momento de su otorgamiento conservarán su validez, aunque sea otra la ley que rija la sucesión, si bien las legítimas se ajustarán, en su caso, a esta última. Los derechos que por ministerio de la ley se atribuyan al cónyuge supérstite se regirán por la misma ley que regule los efectos del matrimonio, a salvo siempre las legítimas de los descendientes».

Con todo, el mandato de dicho precepto se completa con lo establecido en el párrafo octavo que de conformidad a la redacción dada por la Ley 11/1990, de 15 de octubre, de reforma del Código civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo, determina que «la sucesión por causa de muerte se regirá por la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren. Sin embargo, las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la ley nacional del testador o del disponente en el momento de su otorgamiento conservarán su validez, aunque sea otra ley que rija la sucesión, si bien las legítimas se ajustarán, en su caso, a esta última. Los derechos que por ministerio de la ley se atribuyan al cónyuge supérstite se regirán por la misma ley que regule los efectos del matrimonio, a salvo siempre las legítimas de los descendientes»[2].

En este sentido, la mejor doctrina ha advertido el alcance de la profunda transformación introducida por esta reforma que por cuanto interesa al objeto de estas líneas, implica que «la conexión utilizada, en la materia, como en todas las relativas a cuestiones de familia y sucesiones es la ley personal determinada por la nacionalidad. Recoge así esta norma la tradición universalista y personalista de nuestro sistema y tiene presente, además, el hecho de que España ha sido tradicionalmente un país de emigración. Se mantiene así, con carácter general, en la línea clásica, sin dar entrada a las nuevas tendencias sobre utilización como conexión preferente de la residencia habitual, cuya aplicación solo cabe en caso de apatridia»[3].

Pese a que la temática principal de este artículo no sea por ausencia de controversia entre las partes, conviene tener en cuenta que, si a las anteriores consideraciones se conjunta tanto la pluralidad de Derechos civiles y forales, como los propios Derechos autonómicos, si estuviéramos ante un nacional español, deberemos determinar cuál es su vecindad civil ya que será esta la que concrete la ley personal del interesado y, por extensión, el ordenamiento jurídico sucesorio de aplicación[4]. En buena lógica, la sujeción al Derecho común o al especial o foral implica, la de las normas sucesorias aplicables en función de la ley personal que ostenta el causante en el momento de su fallecimiento. Y, por extensión, la de la Ley aplicable al causante, habida cuenta de que una cuestión será la competencia de los tribunales españoles y otra, bien distinta, la de su ley personal[5].

Por tanto y atendida la regulación estatal de la vecindad y el principio de personalidad y el derecho privado, PARDO NUÑEZ asevera que «la conexión nacional, en caso de grandes migraciones, permite al Estado propio discriminar, en mayor o menor medida, a los extraños y al Estado de origen mantener una competencia "retardada" sobre sus oriundos», y también que «se prefiere un punto de conexión, resistente al cambio de domicilio, que garantice una cierta estabilidad del régimen jurídico que debe disciplinar las relaciones patrimoniales familiares y sucesorias. No hay duda de que unas y otras están conexionadas y, en tanto juegan en el largo plazo, precisan la garantía de un régimen de regulación estable. La garantía de esa permanencia la consigue la conexión de la vecindad civil, cuya regulación, hasta cierto punto, es trasunto de la de la nacionalidad»[6].

II. COMPATIBILIDAD ENTRE TESTAMENTO Y REMANENTE *AB INTESTATO*

En este punto, nuestro precepto determinante, pero debidamente concordado con la interpretación sistemática que se deduce de los artículos 891 y 912, declara compatibilidad de la sucesión testada con la intestada, es el 764 del Código civil común, «El testamento será válido aunque no contenga institución de heredero, o esta no comprenda la totalidad de los bienes, y aunque el nombrado no acepte la herencia, o sea incapaz de heredar.— En estos casos se cumplirán las disposiciones testamentarias hechas con arreglo a las leyes, y el remanente de los bienes pasará a los herederos legítimos[7].

Si repasamos la doctrina más consolidada en la materia, hemos de subrayar con lo que en el epígrafe posterior hemos suscrito, que «nuestra Codificación, consagrando la tradicional superación del sistema romano, va a ir en este punto más allá de donde llegó el Derecho clásico castellano: no solo es admisible un testamento sin institución de heredero, sino que cabe hasta una sucesión sin heredero (VALLET, *Estudios,* 1, pp. 60 y 104-105) (…) 3. Testamento con institución de heredero insuficiente («esta no comprenda la totalidad de los bienes») o

frustrada («aunque el nombrado no acepte la herencia o sea incapaz de heredar»). Superado el principio romano de la incompatibilidad entre la sucesión testada y la intestada, y evitado el acrecimiento derivado de él («Así cesó entre nosotros el derecho de acrecer cuando se fundaba exclusivamente en la sutileza o rigorismo de aquel principio, pero subsistió y subsiste en cuanto se deriva de la voluntad expresa o presunta del testador» [GARCÍA GOYENA, *Concordancias,* p. 339]), se respeta la voluntad del testador en cuanto al título sucesorio y a los bienes en que instituye al llamado, y se abre, en cuanto al remanente, la sucesión *ab intestato.* La concreción de los distintos llamamientos hereditarios (testamentario y legal) en bienes diferentes no viene a desmentir —como subraya VALLET (*Estudios,* 1, 90 y 113-11)— la universalidad del título hereditario (arts. 660 y 888): se limita tan solo a compatibilizar y conjugar el llamamiento legal con el voluntario, del mismo modo que pueden conjugarse los distintos llamamientos voluntarios bajo el mismo título de la sucesión universal. El Código —explica VALLET— presupone que el testador, cuando solo ha dispuesto válidamente de una cosa o de una cuota, quiere que el remanente pase a los herederos *ab intestato.* Presuposición que no contradice el principio de universalidad de la institución, entendiendo que el testador llama a los herederos testamentarios para que concurran, en la parte que determina, conjuntamente con los *ab intestato.* Obviamente, y por cerrar el comentario al artículo 764, conviene hacer aquí, con la común doctrina, la observación de que la remisión hecha en el precepto a la sucesión *ab intestato,* debe entenderse como recurso común u ordinario; no aplicable, por tanto, cuando se ha previsto sustituto o cuando deba entrar en juego el derecho de acrecer».

En buena lógica, y con prístina claridad expresaba el Profesor ALBALADEJO: «Cumplido lo establecido en el testamento, los bienes no dispuestos o no heredados por el instituido, van a la sucesión intestada. La otra cosa que establece el artículo, en su párrafo 2.°, es que, siendo tanto válido el testamento sin institución de heredero, como compatibles la sucesión testada y la intestada (lo que proclama el artículo 658, 3.°), aquella se regule por lo que el testamento establece, y el resto de los bienes no dispuestos, e incluso los dispuestos que, por no querer o no poder, no herede el instituido, pasen a la sucesión intestada. Eso dicho, vale como afirmación de principio. Ahora bien, queriendo especificar el camino completo a seguir por la herencia o parte de ella, yo diría que es el de:

1. Por supuesto, ir al instituido que, siendo apto, la acepte.
2. Si muere el instituido sin haber aceptado ni repudiado, corresponde a sus herederos (art. 1006).
3. Si no sucedió el instituido ni transmitió su derecho a sus herederos, al sustituto vulgar que el testador hubiese designado (arts. 774 y 986).
4. Si ni la recibe el instituido ni sus herederos ni el sustituto vulgar, corresponde a quienes hayan sido llamados con derecho de acrecer la parte vacante del instituido, es decir, llamados juntamente con este al total del que la cuota vacante es una parte (arts. 982 y 986).
5. En defecto de todos los anteriores, la herencia o cuota vacante de la misma, corresponde a los herederos intestados (art. 912)»[8].

Estas serán las resoluciones que tendremos ocasión de transcribir más adelante, como ejemplos prácticos y expresivos de lo dicho.

Apréciese que en el mismo sentido se pronuncia Encarna CORDERO LOBATO[9]: 1. El artículo 764 del Código civil se aparta de dos reglas del Derecho romano que venían a condicionar la validez del testamento. La primera se refiere

a la necesidad de la institución de heredero que se configuraba como «*caput et fundamentum totius testamenti*» (GAYO, I., 2229), una regla recogida por las Partidas (P. 6.3.pr.), pero derogada ya por el Ordenamiento de Alcalá (Tít. XX), y más tarde por la Novísima Recopilación (10.18.1). La segunda se refería a la necesidad de que el testador dispusiera de la totalidad de sus bienes en el testamento *(«nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest»)*. En el Código civil ya no se exige la institución de heredero, ni que el testador disponga de la totalidad de sus bienes en el testamento. La posibilidad de que pueda disponer solo de una parte de ellos está también prevista en el artículo 658.III del Código civil.

2. No obstante lo anterior, lo cierto es que, por regla general, no se concibe una herencia sin heredero, pues es este quien pasa a ocupar el lugar del causante en todas sus relaciones y posiciones jurídicas (salvo las personalísimas e intransmisibles). El heredero recibe todos los bienes, créditos y deudas del causante mediante su mera declaración de voluntad, aceptando la herencia. Además, sustituye a su causante en sus situaciones patrimoniales (derechos reales, relaciones obligatorias, etc.), hereda el derecho moral de autor y, como vimos, puede ejercitar las acciones de filiación (arts. 132.II y 136 CC). Pero, además, en lo que se refiere a las relaciones y situaciones jurídicas patrimoniales, el heredero no es un mero adquirente de bienes, sino también un administrador y un liquidador (LACRUZ: *Elementos…*, v. 5.ª ed., 21). Por todo ello, casi siempre hay un heredero. Sin embargo, como su existencia no es presupuesto de validez de testamento, si el testador ha nombrado heredero, y la institución es nula, o el llamado no quiere o no puede aceptar, entrarán en juego las reglas de la sucesión intestada (arts. 912.2.º y 4.º CC) (salvo que haya sustitutos u opere el derecho de acrecer), de modo que o será heredero el primeramente instituido, o serán otros los que ocupen su lugar en la herencia. Si el testador dispone de toda su herencia en legados (art. 891), los legatarios se consideran, «de facto», como herederos.

III. LA *OBLIGATIO* ESENCIA DE LAS RELACIONES JURÍDICAS Y LAS TENSIONES Y EQUILIBRIO ENTRE LA FAMILIA FRANCESA Y GERMÁNICA EN MATERIA SUCESORIA

1. *Stipulatio* y fuente de obligaciones

Atendamos ahora a otro de los aspectos esenciales, sentado como queda, cuál es la ley personal y en qué condiciones y jurisdicción se ventilará el Derecho foral o el extranjero. Corresponde ahora ahondar en las fuentes de la compatibilidad entre la sucesión testada e intestada, cuestión de profundo calado, toda vez que evidencia como ya lo hacen los Derechos forales, la escasa adhesión del Derecho sucesorio a la familia romana y una necesaria aproximación a la tradición germánica, para culminar un sistema de transmisión hereditaria, con una sabida y ponderada conmixtión de ambas.

En este punto ya hemos tenido ocasión de advertir que el fundamento esencial reside en la que resulte ser la incuestionable esencia del régimen de las relaciones jurídicas, estrato del Derecho privado, como es la obligación. Así la *stipulatio* era la principal fuente de las obligaciones en la época clásica del Derecho romano. En el caso del cambio de deudor y en particular, no era sino la promesa jurídica formal consistente en una pregunta solemne pronunciada por el estipulante o acreedor y, a su vez, aceptada por el promitente o deudor que queda obligado

por su respuesta[10]. La *obligatio* resultante de ese negocio jurídico es un vínculo de naturaleza estrictamente personal[11].

En este punto, el contenido de las fórmulas capaces de alterar el lado pasivo de una *obligatio* evoluciona de forma paralela a la noción del vínculo. De este modo, si hasta finales de la época quiritaria la obligación se constituía como un nexo personal del que respondía el deudor con su propia vida, repugnaba al sentido de la institución la mera posibilidad de modificar su componente esencial. Posteriormente, la responsabilidad recaerá sobre los bienes y patrimonio del obligado y no sobre su persona.

Por tanto, el origen remoto de lo que después se convertiría en el dogma sobre la intransmisibilidad de las deudas se basaba en el entendimiento del vínculo como algo personal[12]. Por otra parte, y sobre este dogma, también es cierto que los mecanismos existentes para la sustitución de las partes resultaban suficientes al dar cumplida satisfacción de las necesidades negociales. En definitiva, del sentido práctico del sistema romano y de su acusado pragmatismo, se puede inferir que no es tanto que se afirmara el dogma de la intransmisibilidad como que la transmisión pasiva singular no resultó necesaria dada la existencia de vías hábiles para obtener los resultados pretendidos[13].

En este punto, el contenido de las fórmulas capaces de alterar el lado pasivo de una *obligatio* evoluciona de forma paralela a la noción del vínculo. De este modo, si hasta finales de la época quiritaria la obligación se constituía como un nexo personal del que respondía el deudor con su propia vida, contrariaba al sentido de la institución la mera posibilidad de modificar su componente esencial. Posteriormente, la responsabilidad recaerá sobre los bienes y patrimonio del obligado y no sobre su persona.

Por tanto, el origen remoto de lo que después se convertiría en el dogma sobre la intransmisibilidad de las deudas se basaba en el entendimiento del vínculo como algo personal[14]. Por otra parte, y sobre este dogma, también es cierto que los mecanismos existentes para la sustitución de las partes resultaban suficientes al dar cumplida satisfacción de las necesidades negociales. En definitiva, del sentido práctico del sistema romano y de su acusado pragmatismo, se puede inferir que no es tanto que se afirmara el dogma de la intransmisibilidad como que la transmisión pasiva singular no resultó necesaria dada la existencia de vías hábiles para obtener los resultados pretendidos[15].

2. La sucesión hereditaria: la pervivencia de las deudas del causante

El anterior dogma referido de la intransmisibilidad de las deudas quedaría derogado en el ámbito del Derecho hereditario al admitir la ficción de la transmisión *mortis causa* del conjunto del que era titular el *de cuius,* toda vez que el heredero ocupaba el lugar y posición de su causante[16]. Por ello y en cuanto al pasivo hereditario, la característica básica de este sistema no es otra que la asunción de las deudas sin la preceptiva concurrencia de *novatio* que produzca la extinción necesaria de la relación anterior con sustitución por otro nuevo vínculo[17].

En todo caso, excede de la pretensión introductoria de estas líneas fijar el proceso definitivo que se concretó en el anunciado sistema de transmisión universal *mortis causa*, si bien conviene tener presente su origen y evolución ya que en un sistema tan firmemente apegado al concepto de *obligatio* como vínculo personal también las deudas resultaban intransmisibles.

Precisamente, llama la atención que este general reconocimiento de la transmisibilidad de las deudas a los herederos del causante conviviese —hasta bien entrado el siglo XVII—, con la privación del derecho de sepultura del deudor. Al fin y al cabo, estas prácticas conviven en una época en que aún no estaba claramente concretada la sucesión *in universum ius* del conjunto patrimonial del causante a sus herederos y pervivirían hasta fechas en que parece asentado sólidamente el principio hereditario. Por ello, los primeros testimonios son productos de una época en que la sucesión universal de bienes, derechos y deudas no había remediado la intransmisibilidad pasiva[18].

Pues bien, aquella privación de sepultura implicaba que, a la muerte de un sujeto con deudas no satisfechas, dicha circunstancia amparaba y justificaba la atribución a sus restos de una singular naturaleza de cosa susceptible de prenda o —ajustando la terminología a la actual— de garantía del derecho de crédito del acreedor. Este último retenía el cadáver en tanto en cuanto los herederos o, en su caso, el fiador no le reintegrasen la deuda pendiente[19].

En este punto y dado el contraste de esta figura con el posterior principio romano de sucesión *mortis causa* y responsabilidad del heredero por las deudas del causante, la pervivencia de esta práctica bien podría entroncarse en ciertos elementos del sistema germánico. En definitiva, en este último modelo las deudas eran personalísimas por lo que se extinguían con la muerte del deudor y mediante el recurso a la corporeización o a los símbolos materiales, el acreedor podía ejecutar ciertos actos sobre el cadáver para impedir su enterramiento y evitar así que, con la desaparición del vínculo personal por el fallecimiento del deudor, desapareciese también la deuda[20].

Al margen de los derechos y obligaciones transmisibles *mortis causa*, las nacidas y que encontraban su origen *ex delicto,* así como algunas pretorias, se extinguían con la muerte de sus sujetos. Es especialmente destacable el caso de los fiadores de Italia o *adspromissores* que, frente a los procedentes de otros lugares, con su fallecimiento se extinguía también su obligación perviviendo vagamente, por tanto, el elemento personalísimo y su incapacidad para ser transmitidas[21].

Apréciese, como declara con acierto GORDILLO CAÑAS, reiterando la compatibilidad de los principios contradictorios que sostienen a nuestro Código civil en materia de sucesiones. «Nuestra Codificación, consagrando la tradicional superación del sistema romano, va a ir en este punto más allá de donde llegó el Derecho clásico castellano: no solo es admisible un testamento sin institución de heredero, sino que cabe hasta una sucesión sin heredero (VALLET, *Estudios,* 1, 60 y 104-105). Para calibrar el alcance del sistema conviene destacar el contraste entre el dato histórico de partida y el resultado final de su evolución».

Sigue a renglón seguido «Con gran sentido realista y con escrupulosa fidelidad al sistema legal, pudo afirmar la RDGRN de 30 de diciembre de 2016 que el artículo 891 permite «una forma especial de sucesión hereditaria, en la que se prorratean las deudas y gravámenes entre los legatarios y estos ocupan el lugar de los herederos, transformándose en cierta manera las cuestiones de representación del causante en problemas de liquidación del patrimonio, y haciéndose innecesaria la intervención de los sucesores a título universal para el limitado fin de entregar las cosas relictas». Baste esta indicación en la interpretación del artículo 764 y en la manifestación de su coherencia con los artículos 891 y 912».

3. ROCA SASTRE y el Derecho Institucional o Estructural

Esta pretensión del Derecho institucional o estructural —entendido como un Derecho que fija las líneas fundamentales o los perfiles constitutivos de las instituciones jurídicas que construye los tipos o fórmulas básicas con los cuales el Derecho positivo se llena de contenido, eligiendo de entre los modelos institucionales el que más se adapta a las necesidades y convicciones jurídicas de cada momento y de cada pueblo—, ha sido reiteradamente reclamada por la mejor doctrina.

Así y sobre esta cuestión ROCA SASTRE destacaba la deficiencia institucional de nuestro Código al haberse nutrido, en particular el derecho sucesorio, de principios tan antagónicos como contradictorios. En especial, la responsabilidad personal e ilimitada por las deudas hereditarias (de raíz romana), se dibuja únicamente como un principio positivo singular, contradicho por el común entendimiento jurisprudencial de la herencia como un remanente económico (de raíz germánica).

Es por ello, que al responder a dos sistemas institucionales tan diferentes como el romano y el germánico, «al llenar las lagunas fatalmente existentes en los Códigos, los principios inspiradores de la institución constituirán una abundante cantera»[22]. Esos principios institucionales, entendidos como principios generales, tampoco pueden ser inferidos de cuanto atañe a la transmisión de las deudas, toda vez que nuestro Código y la legislación complementaria no parece responder a un patrón institucional único.

IV. RESOLUCIONES ACREDITATIVAS DE LA DOCTRINA ANTERIOR

1. Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 11 de septiembre de 2013: la distribución de la herencia a través de legados y la innecesariedad de apertura de la sucesión intestada

Vistos los artículos 675, 764, 768, 891, 901, 902, 903 y 912 del Código civil; 81 del Reglamento Hipotecario; las sentencias del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 1987 y 26 de abril de 1997; y las resoluciones de esta Dirección General de 30 de diciembre de 1916, 19 de mayo de 1947, 24 de marzo y 20 de octubre de 2001, 17 de mayo, 19 de septiembre y 14 de octubre de 2002, 26 de febrero de 2003, 31 de marzo y 13 de octubre de 2005, 18 de enero de 2010, 20 de mayo de 2011 y 25 de febrero y 19 de abril de 2013.

1. Para resolver el presente recurso son relevantes los siguientes hechos:

a) Se presenta en el Registro de la Propiedad copia autorizada de una escritura de compraventa de una participación indivisa de un local destinado a garaje, otorgada como vendedora por la albacea contadora partidora de la titular registral fallecida.

En el testamento ológrafo que sirve de base a la escritura, la causante, sin instituir heredero, ordenó diversos legados en favor de varias personas, sin mencionar la participación indivisa referida, y nombró a la indicada albacea, contadora-partidora, a quien atribuyó «todos los poderes para llevar todos mis deseos a cabo. Hacer y deshacer…». Además, en dicho testamento manifiesta la testadora su deseo de que sus dos hermanos cuyo nombre expresa no acudan a su entierro.

En la escritura de protocolización del cuaderno particional de la causante se expresa lo siguiente respecto de dicha participación indivisa de inmueble: «…Por lo que dicha propiedad…, al no existir herederos forzosos, se considera que la voluntad de la testadora, que se extrae de una interpretación global del contexto del testamento, y de acuerdo con el Código civil, es el que todos sus bienes fueran repartidos como legados, por lo que el inmueble será vendido por la contadora partidora, por el precio máximo obtenible en mercado, y una vez realizado, con su producto…, procederá a liquidar, por este orden, las cargas de los legados, el pasivo inventariado y los gastos derivados de las operaciones de protocolización y partición. De no ser suficiente, los legados habrán de ser aminorados en proporción a fin de saldar dichos conceptos».

b) El registrador suspende la inscripción de la escritura de compraventa porque considera que, al no haber instituido heredero la causante y haber distribuido el caudal relicto mediante atribuciones singulares sin adjudicar la totalidad de los bienes que lo integran, debe abrirse la sucesión intestada, conforme al artículo 912.2.º del Código civil, respecto del bien cuya inscripción se pretende.

c) El notario recurrente alega que del testamento de la causante y de las circunstancias concretas del caso resulta su voluntad de disponer de todos sus bienes mediante legados conforme al artículo 891 del Código civil, según ha interpretado válidamente la albacea contadora-partidora.

2. En los casos como el que ha motivado la calificación impugnada, relativo al testamento de una causante (sin legitimarios) que no contiene institución de heredero y sí tan solo disposiciones a título singular o de legado, este Centro Directivo ha puesto de relieve en resolución de 19 de abril de 2013 que, a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos civiles hispánicos, en el Derecho común el testamento es válido aunque no contenga institución de heredero o esta no comprenda todos los bienes, admitiéndose en el Código civil la distribución de toda la herencia en legados. Tal situación ha sido contemplada por múltiples sentencias del Tribunal Supremo y resoluciones de esta Dirección General bajo el prisma de que el principal problema que plantea una sucesión sin herederos es la liquidación del patrimonio hereditario, y no tanto la determinación de un sucesor universal. Por esa razón, ha llegado a afirmarse que la distribución de toda la herencia en legados permite la existencia de una sucesión sin herederos; esto es, sin herederos presentados como tales ni disfrazados de legatarios, toda vez que en el sistema del Código civil el llamamiento «*ab intestato*» no se produce para asegurar en toda sucesión un heredero, sino para evitar la vacancia de bienes cuando el testador, con independencia del título en que lo haga, no dispone de todos los bienes relictos.

Diversas resoluciones de este Centro Directivo, muy especialmente la de 30 de diciembre de 1916 y otras posteriores que siguieron el mismo criterio, expresaron que en el caso del artículo 891 del Código civil los legatarios ocupan el lugar de los herederos, transformándose las cuestiones de representación del causante en problemas de liquidación del patrimonio, que hacen innecesaria la intervención de sucesores a título universal y absurda la exigencia de una declaración de herederos para el limitado fin de entregar los bienes relictos.

Respecto de la dinámica registral, la propia legislación hipotecaria se ajusta a los anteriores planteamientos, conclusión a la que se llega claramente a la vista de lo dispuesto en el artículo 81.d) del Reglamento Hipotecario (en la redacción del mismo resultante del Real Decreto 3215/1982, de 12 noviembre), y cuyo antecedente se encuentra en el artículo 83.2.2 modificado mediante la reforma

de 1959), el cual exige lo siguiente al regular la inscripción registral: «… d) Solicitud del legatario cuando toda la herencia se hubiere distribuido en legados y no existiere contador-partidor, ni se hubiere facultado al albacea para la entrega. Cuando toda la herencia se distribuya en legados, los que no sean de inmuebles determinados se inscribirán mediante escritura de liquidación y adjudicación otorgada por el contador-partidor o albacea facultado para la entrega o, en su defecto, por todos los legatarios».

Por ello, para analizar la actuación de la albacea debe indagarse la voluntad de la testadora, tal y como aparece plasmada en el testamento. Y debe tenerse en cuenta que, según la reiterada doctrina de esta Dirección General, entre las facultades del albacea contador partidor se entiende incluida la de interpretar el testamento, como presupuesto del desempeño de las funciones que le corresponden, y tal interpretación tan solo podrá rechazarse en sede registral si resulta que claramente ha prescindido de las pautas que impone el artículo 675 del Código civil, al margen de la impugnación judicial de que en cualquier caso puede ser objeto (cfr. las resoluciones de 24 de marzo de 2001, 19 de septiembre de 2002, 26 de febrero de 2003, 31 de marzo de 2005 y 19 de abril de 2013, entre otras).

A la vista de las consideraciones anteriormente expuestas, no puede rechazarse en el presente caso la interpretación de la voluntad de la testadora realizada por la albacea.

De entender que en todo caso en el cual los legados no agoten el total caudal relicto no cabe aplicar la norma del artículo 891, o si se exige una voluntad expresa del testador sobre la distribución de todo su patrimonio en legados, nunca podrá tenerse la certeza absoluta de que los legados ordenados abarquen efectivamente todos los bienes de la herencia, por lo que ante la incertidumbre sobre la posibilidad de que exista algún elemento patrimonial que no ha sido objeto de disposición sería imprescindible siempre abrir la sucesión intestada para que una vez llamados los herederos abintestato pueda realizarse la liquidación del patrimonio hereditario. Por ello debe admitirse la interpretación del artículo 891 del Código civil según la cual en los casos en que el testador no hubiera dispuesto de algún bien de escaso valor en relación con el resto del caudal relicto debe también aplicarse dicha norma legal si —como ha apreciado la albacea en este caso— existe una voluntad del testador de que se distribuya su herencia de esa forma, sin necesidad de la apertura de la sucesión intestada.

Examinada las disposiciones de la testadora y especialmente aquella por la cual realiza el encargo a la albacea, no es difícil extraer la conclusión de que la causante ha deseado distribuir el caudal relicto mediante las concretas atribuciones singulares que detalla sin institución de heredero. FALLO Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la calificación impugnada.

2. Sentencia del Tribunal Supremo, de 11 de septiembre de 2011: sucesión hereditaria. Derecho a aceptar o repudiar la herencia. Interpretación del artículo 1006 del Código civil y el fallecimiento del heredero antes del causante

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. El presente caso plantea como cuestión de fondo, de índole doctrinal y sustantiva, la fundamentación correcta a la situación producida en un procedimiento de división de la herencia en el que uno de los herederos, llamado a suceder, fallece antes de aceptar o repudiar la herencia, pasando a sus propios herederos el derecho que él tenía (art. 1006 CC). Esta cuestión ha sido

ampliamente debatida por la Doctrina científica dando lugar a la existencia de dos corrientes doctrinales: la denominada «teoría clásica» o «de la doble transmisión», según la cual en la sucesión por derecho de transmisión existen dos movimientos o pasos de los bienes, un primero desde el primer causante a la masa hereditaria del heredero transmitente y otro segundo, desde la masa hereditaria del citado transmitente al heredero transmisario que acepta las dos herencias; y la «teoría moderna», de la adquisición directa o de la doble capacidad, según la cual los bienes pasan directamente del primer causante al heredero transmisario cuando este ejercita positivamente el denominado *ius delationis* (derecho a aceptar o repudiar la herencia).

2. En síntesis, en el iter procesal por los herederos de doña Blanca se interpuso demanda de juicio especial de división de la herencia de esta contra don Benicio, la PARROQUIA EL SALVADOR DE ELCHE y contra la CASA ASILO SAN JOSÉ, estos últimos en calidad de legatarios. Se exponía que uno de los herederos, don Luis, hermano de la fallecida, falleció en fecha 18 de marzo de 2006 «habiendo aceptado tácitamente la herencia» y dejando sus bienes en herencia a su esposa e hijos, entre los que se incluye el codemandado Benicio; también se afirmaba que con fecha 28 de junio de 2006, se reunieron los herederos en la notaría al objeto de firmar el cuaderno particional consensuado por los letrados de las partes, firma que no llegó a tener lugar por la oposición de don Benicio.

Tras la correspondiente junta de herederos celebrada con fecha 29 de febrero de 2008 en el Juzgado de Primera Instancia 3 de Elche, se nombró contador-partidor para la realización de las operaciones particionales, presentándose el cuaderno con fecha 10 de marzo de 2009; todas las partes mostraron su conformidad con el mismo, salvo don Benicio, quien se opuso con fecha 31 de marzo de 2009, señalando que en el cuaderno particional no se menciona individualmente a los herederos de don Luis con la cuota concreta que les es asignada por el contador-partidor, solicitando que el cuaderno sea aclarado y completado en el sentido de formular las adjudicaciones de bienes para don Luis de forma nominativa e individualizadamente para cada uno de sus seis hijos, herederos del mismo.

La sentencia de Primera Instancia desestimó la oposición formulada por don Benicio entendiendo que, en aplicación del artículo 1006 del Código civil, no cabe realizar una individualización concreta de la parte que le corresponde a cada uno de los herederos de D. Luis, toda vez que no se conoce quienes son los herederos del mismo; quienes sean sus herederos tendrán que aceptar primero su herencia, adquiriendo la condición de herederos de este y, consecuentemente se posicionarán en los derechos y obligaciones de D. Luis, convirtiéndose en herederos de la primera causante.

Recurre en apelación la parte codemandada, don Benicio, oponiéndose al recurso la parte actora (resto de los coherederos). Mantiene, en esencia, que no es que los derechos hereditarios de don Luis «pasen a sus herederos» como afirma el cuaderno particional, sino que estos han de participar en la partición y ser incluidos en la misma; dicha afirmación la basa en el artículo 989 del Código civil, según el cual «Los efectos de la aceptación y de la repudiación se retrotraen siempre al momento de la muerte de la persona a quien se hereda»; por ello, la entrada en la partición de los sustitutos de D. Luis se efectúa al momento del fallecimiento de D.ª Blanca, con abstracción del posterior fallecimiento de D. Luis y sin tomar en consideración sus disposiciones testamentarias que han de venir referidas al momento de su fallecimiento.

Con fecha 12 de noviembre de 2010, la Sección 9.ª de la Audiencia Provincial de Alicante dictó sentencia desestimando el recurso de apelación interpuesto.

En primer lugar, la Audiencia, tras analizar la disposición testamentaria de la causante, descarta que se den en este litigio ninguna de las tres clases de sustitución a que se refiere el artículo 774 del Código civil, ya que el primer instituido falleció después que la testadora sin aceptar ni repudiar la herencia.

Considera que el precepto aplicable es el artículo 1006 del Código civil que regula el denominado «*ius transmissionis*» o derecho de transmisión consistente en aquel derecho que tienen los herederos del heredero que fallece en el intervalo comprendido entre la delación hereditaria a su favor y la aceptación o adición hereditaria futura y, en virtud del cual, aquellos hacen suya la facultad de aceptar o repudiar la herencia, o sea, el «*ius delationis*» atribuido a este.

La Audiencia, una vez aclarado que el precepto aplicable es el citado artículo 1006 del Código civil, pasa a analizar las dos posiciones que sobre su interpretación y alcance predominan: la teoría moderna de la adquisición directa o de la doble capacidad, defensora de que los bienes pasan directamente del primer causante al transmisario, cuando este ejercita positivamente el «*ius delationis*» (derecho a aceptar o repudiar la herencia); y, la teoría clásica, conforme a la cual, en la sucesión por derecho de transmisión, existen dos movimientos o pasos de los bienes: uno primero desde el primer causante a la masa hereditaria del segundo causante y otro segundo, desde esa masa hereditaria del transmitente (art. 1006 CC) al transmisario que acepta las dos herencias. Destaca que es claramente mayoritaria la teoría clásica o de la doble transmisión en la denominada pequeña jurisprudencia, y considera que, al ser más adecuada la teoría de la doble transmisión, el cuaderno particional es correcto y no cabe realizar una individualización concreta de la parte que le corresponde a cada uno de los herederos del señor Luis en la herencia de su hermana, pues el derecho del citado transmitente en la herencia de la misma formará, a su vez, parte de su propia herencia y ese derecho está individualizado en el controvertido cuaderno particional de la primera causante.

3. La STS de 13 de octubre de 2005: la legítima, en España, o la reserva, en Italia, no es más que la limitación a la facultad de disponer en beneficio de ciertos parientes o cónyuges, que son los legitimarios

PRIMERO.- En este proceso, ahora en trámite de casación formulada por el demandante en la instancia D. Benjamín, se ejercitó por este acción —más bien acciones planteadas en forma subsidiaria— declarativa de su derecho hereditario respecto a la herencia de su esposa, D.ª Antonieta, como cónyuge supérstite (casados en régimen de separación de bienes) la cual había fallecido sin descendencia y habiendo premuerto sus ascendientes, a la que sobrevivió también su hermana de doble vínculo D.ª Raquel, demandada en la instancia y, por su posterior fallecimiento, sustituida procesalmente por sus hijos, recurridos en casación, D. Donato, D. José Enrique y D. Félix. Aquella, D.ª Antonieta había fallecido bajo testamento abierto otorgado el 18 de diciembre de 1978, por el que legó a su esposo —demandante en la instancia y recurrente en casación— D. Benjamín, una finca urbana y la mitad indivisa de otra «en pago de los derechos legitimarios que pudieran corresponderle» e instituyó heredera universal a su tía carnal D.ª María Purificación la cual le premurió (y a la que, dicho sea de paso, la heredó). Siendo la causante de nacionalidad italiana, se aplica el Código civil

italiano de 1942, de cuya aplicación no hay duda conforme al artículo 9.1 del Código civil y media aquiescencia por ambas partes, aunque en un principio se había discutido, y cuya normativa se halla acreditada en la instancia. La cuestión que ha llegado a casación es la sucesión que le corresponde al demandante y recurrente D. Benjamín, teniendo en cuenta que la causante, su esposa, falleció quedando ineficaz su institución de heredero, ya que la heredera había premuerto y permaneciendo válido el legado en pago de legítima. La sucesión, pues, que se plantea es la intestada, que tanto el Código civil español como el Codice civile italiano llaman legítima; y no la forzosa, formada por la llamada legítima que corresponde a los herederos forzosos (*rectius* legitimarios) como denomina el Código civil español y reserva la llama el Códice civile italiano. La legítima, en España, o la reserva, en Italia, no es más que la limitación a la facultad de disponer en beneficio de ciertos parientes o cónyuges, que son los legitimarios, que gozan de un llamamiento legal a la herencia del causante. Por lo cual, cuando uno de ellos es heredero intestato, la legítima o reserva que le pudiera corresponder queda embebida en la herencia. Lo cual no significa que pueda obviarse tal legítima, porque siempre podrá exigir lo que le corresponde por ella si no alcanza su cuantía la herencia intestada que recibe (por ejemplo, por cuantiosas donaciones, que no es el caso), ni se puede prescindir de la misma si hay una atribución (por ejemplo, por un legado que sí es el caso) en pago de ella. Por tanto, no se le aplican los artículos 536 y siguientes (del capítulo, *dei legitimari*) ni, desde luego, el 540 (*riserva a favore del coniuge*), sino los artículos 565 y siguientes (del título, *Delle successioni legittime*, que quiere decir intestada) y esencialmente, el 582 que dispone que la herencia intestada del cónyuge viudo es concurrencia con hermanos del causante es de dos tercios de la herencia.

SEGUNDO.- Así, el caso que se enjuicia es de una sucesión intestada, legittime dice el Codigo civile italiano, que la atribuye en todo caso al cónyuge supérstite (art. 565) en cuota variable según concurra con ciertos parientes (arts. 581 y sigs.) y si concurre con hermanos de su cónyuge premuerto, le corresponden dos tercios, siendo el tercio resultante para tales hermanos (art. 582). Este es el caso presente. La herencia de la causante D.ª Antonieta ha quedado intestada por razón de la premoriencia de la heredera testamentaria, su tía D.ª María Purificación. El heredero *ab intestato,* en dos tercios de la herencia, es el demandante y recurrente en casación D. Benjamín, correspondiendo la parte residual (como dice literalmente dicho artículo 582) a la hermana demandada D.ª Raquel y por su fallecimiento, a sus tres hijos, herederos, sucesores procesales. Sobre la reserva, como la llama el Codice civile, legítima en Derecho español, que en ambos Derechos no se debe confundir con la sucesión intestada (a la que llaman sucesión «legítima») propiamente sucesión forzosa, nada procede declarar porque queda embebida dentro de la herencia intestada del cónyuge. Por tanto, debe acogerse el motivo primero del recurso de casación. Este se había formulado al amparo del núm. 4.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción del artículo 582 del Codice civile italiano. La sentencia de instancia, de la Audiencia Provincial, Sección 4.ª, de Barcelona, lo ha infringido porque, en vez de aplicarlo al recurrente como heredero abintestato, le ha aplicado el artículo 540 que se refiere a la reserva, es decir, a la sucesión forzosa y le ha atribuido erróneamente la mitad de la herencia. Se debe aplicar el artículo 582 relativo a la sucesión intestada y le corresponde, al concurrir con la hermana de su cónyuge causante de la herencia, dos tercios de esta. Al estimarse este motivo, esta Sala asume la instancia y debe dictar la resolución que proceda dentro de los términos en que aparece planteado el debate, conforme dispone

el artículo 1715.1.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin necesidad de entrar en el motivo segundo que, al amparo también del artículo 1692,4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil denuncia la infracción del artículo 551 del mismo Codice civile italiano que establece la imputación del legado en sustitución o pago de la legítima (o reserva del Derecho italiano); esta norma prevé su renuncia y la reclamación de legítima de valor superior o su aceptación perdiendo el derecho a reclamar un posible suplemento de legítima. No se aplica al presente caso, ya que la legítima ha quedado embebida en su herencia que alcanza los dos tercios del caudal hereditario. Sin embargo, el legado atribuido por la causante al esposo «en pago de los derechos legitimarios que pudieran corresponderle» debe imputarse, como ordenó la causante, a la legítima (o reserva) embebida en la herencia. Es decir, que al cónyuge demandante y recurrente en casación se le debe atribuir dos tercios de la herencia de su esposa, causante de la misma, como heredero *ab intestato*, a cuya porción debe imputarse el legado que se atribuyó en pago de la legítima.

TERCERO.- Por ello, el demandante en la instancia y recurrente casacional, D. Benjamín debe ser declarado heredero *ab intestato* de su cónyuge D.ª Antonieta atribuyéndosele dos tercios de la herencia en virtud de lo dispuesto en el artículo 582 del Codice civile; a cuya porción se le imputa el contenido del legado, sin aplicársele el artículo 551 y sin el derecho de morada familiar y de uso de los muebles, ya que tampoco es aplicable el artículo 540, norma relativa a la legítima, no a la sucesión intestada. Asimismo, a la demandante reconvencional, D.ª Raquel —hoy sus hijos y herederos en sucesión procesal— le corresponde la parte residual, es decir, un tercio de la herencia de su hermana, la causante de la herencia. Al haberse estimado el recurso, no procede hacer condena en costas en el mismo, ni tampoco en ninguna de las instancias. Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Primero.- QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la Procuradora D.ª M.ª Dolores Reyes Olea, en nombre y representación de D. Benjamín, respecto a la sentencia dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Zaragoza en fecha 22 de noviembre de 1999 que CASAMOS y ANULAMOS.

Segundo.- En su lugar, declaramos que el demandante, el mencionado recurrente, es heredero abintestato de la causante, su cónyuge, D.ª Antonieta y se le atribuyen dos tercios de su herencia a la que se le imputa el contenido del legado.

Tercero.- A la demandante reconvencional D.ª Raquel, hoy sustituida por sus hijos y herederos, le corresponde como parte residual, un tercio de la misma herencia.

4. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Civil y Penal), de 13 de mayo de 1999: controversias entre herederos: improcedente la aplicación de la ley sucesoria catalana al prevalecer la vecindad civil navarra adquirida por declaración expresa y residencia de dos años sin necesidad de reiteración posterior

La citada resolución se remite a la doctrina que acabamos de ventilar dispuesta por el Tribunal Superior de Justicia de Navarra y por la contenida en la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notario de 13 de mayo

de 1996 y desestima el recurso de casación interpuesto. Dice así: «no existe una igualdad de rango entre voluntad explícita y tácita (por mera residencia y paso del tiempo), sino que la prevalencia de la voluntad explícita sobre la tácita no solo resulta ser criterio hermenéutico razonable, sino precepto legal vigente desde mucho antes de abrirse la sucesión, pues el artículo 65.3 de la Ley del Registro Civil dispone que una vez prestada declaración de adquirir la vecindad, no se necesita prestar declaración de conservarla».

V. SOBRE EL REGLAMENTO Y CERTIFICADO EUROPEOS EN MATERIA DE SUCESIONES

Como bien sostiene IRIARTE ÁNGEL, F. B. (2016) «La entrada en vigor del Reglamento (UE) 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de julio de 2012 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, ha conllevado una profunda alteración en el ámbito competencial de los tribunales españoles y, en su caso, a las normas de conflicto aplicables a las sucesiones con elemento internacional que hayan tenido lugar a partir del 17 de agosto de 2015»[23]. Si bien en el caso de autos no ha lugar a conflicto de naturaleza alguna, toda vez que las partes, en el recurso de casación, se aquietan a que sea el Derecho italiano el competente para ventilar la sucesión controvertida[24].

VI. CONCLUSIONES

I. El mencionado Reglamento (UE) 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de julio de 2012 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 y sus trabajos preliminares pretendían, que en un futuro los veintisiete países se doten de reglas comunes y que con ello se pueda concretar tanto el órgano judicial competente como el ordenamiento jurídico aplicable a la totalidad de los bienes que integren la sucesión al margen de la ubicación material de alguno de sus componentes.

Apréciese que lo que se persigue es que el domicilio habitual concrete el órgano judicial competente y en defecto de otra disposición, también sea esta residencia la que determine la ley aplicable[25]. De este modo se sigue respetando, como se ha hecho en el reciente Reglamento sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, la autonomía de la voluntad privada, máxima perseguida por la Comisión de Justicia, Libertad y Seguridad, competente y responsable actualmente de los mencionados trabajos sobre el certificado europeo. Empero, el mencionado certificado, no pretende imponerse sobre los criterios internos, ya que, en definitiva, no parece que se ajuste al imperante en nuestra normativa sobre la voluntad sumado al requisito de la residencia de dos años y declaración expresa, que no ha de ser reiterada para la adquisición de la vecindad civil.

II. El dogma romano de la intransmisibilidad de las deudas quedaría derogado en el ámbito del Derecho hereditario al admitir la ficción de la transmisión *mortis causa* del conjunto del que era titular el *de cuius,* toda vez que el heredero ocupaba el lugar y posición de su causante.

III. Con ROCA SASTRE hemos de seguir afirmando que en nuestro Código se nutrió, en particular el derecho sucesorio, de principios tan antagónicos como contradictorios, con las consecuencias expuestas. En especial, la responsabilidad personal e ilimitada por las deudas hereditarias (de raíz romana), se dibuja únicamente como un principio positivo singular, contradicho por el común entendimiento jurisprudencial de la herencia como un remanente económico (de raíz germánica).

VII. BIBLIOGRAFÍA

ALGUER (1931). Ensayos varios sobre temas fundamentales del Derecho Civil, *RJC*, XXXVII, 36-152.

ALBALADEJO (2004). Artículos 744 a 773 del Código civil, *Comentarios al Código civil*, Tomo X, Vol. 1, Madrid.

ÁLVAREZ ÁLVAREZ (2005). *Régimen jurídico del domicilio de las personas físicas,* Valladolid.

ARIAS RAMOS-ARIAS BONET (1986). *Derecho Romano. II. Obligaciones, Familia, Sucesiones,* Madrid, 18.ª ed.

ASÚA GONZÁLEZ. Algunas cuestiones en relación al régimen civil aplicable a los efectos del matrimonio entre personas de distinta vecindad civil. El párrafo tercero del artículo 16 del Código civil, *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha* 11-12, 1991 (Ejemplar dedicado a: Reformas del Código civil 1990-1991), 73-88.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO. La regulación de la vecindad civil derivada de la Ley 11/1990, de 15 de octubre (*RCL* 1990, 2139), sobre reforma del Código civil (*LEG* 1889, 27) en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo, y de la Ley 18/1990, de 17 de diciembre (*RCL* 1990, 2598), sobre reforma del Código civil en materia de nacionalidad, *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha,* 11-12, 1991 (Ejemplar dedicado a: Reformas del Código civil 1990-1991), 169-202.

— (2004). Comentarios al Capítulo V. Ámbito de aplicación de los regímenes jurídicos coexistentes en el territorio nacional, artículos 8 a 16 del Código civil, *Comentarios al Código civil*, I, 2, Madrid.

— (1991). Comentario al artículo 14 del Código civil, en Paz-Ares Rodríguez, Díez-Picazo Ponce de León, Bercovitz, Salvador Coderch, (Dirs.), *Comentario del Código civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 154-161.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO y PÉREZ DE CASTRO (1996). *La vecindad civil*.

COCA PAYERAS (1981). Vecindad administrativa y vecindad civil: génesis de un concepto legal», *Revista jurídica de Catalunya*, 80, 1, 133-178.

CORDERO LOBATO, E. (2009). Comentario al artículo 764 del Código civil. *Grandes Tratados. Comentarios al Código civil.* BIB 2009\1705.

CORNIL (1912). *Debitum et obligatio*. Recherches sur la formation de la notion de l'obligation romaine, en *Mélanges P. F. Girard, I,* París, 199-263.

DE DIEGO, CLEMENTE (1940). Crítica institucional del Código civil, *RDCI*, XVI, 148, 497-515.

DURÁN RIVACOBA (1990). *La vecindad civil en la reforma del código por ley de 15 de octubre de 1990*, Universidad Nacional de Educación a Distancia.

FONT SEGURA (2000). La sucesión hereditaria en Derecho interregional, *ADC*, LIII-1.

FUENTESECA DÍAZ (1976). Origen del concepto romano de obligación (*Obligatio*), *Libro-homenaje a ROCA SASTRE, I,* Madrid, 111-152.

GÓMEZ DEL CASTILLO (1893). Consideraciones sobre el Derecho egipcio, *RGLJ,* 19-319.

GORDILLO CAÑAS, A. (1991). Comentario al artículo 764 del Código civil, en Paz-Ares Rodríguez, Díez-Picazo Ponce de León, Bercovitz, Salvador Coderch, (Dirs.), *Comentario del Código civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1875-1876.

HINOJOSA Y NAVEROS (1948). La privación de sepultura de los deudores, *Obras I,* Madrid, 155-179.

IRIARTE ÁNGEL, F. B. (2016). Competencia de los Tribunales españoles y forma de los testamentos después de la entrada en vigor del Reglamento 650/2012. Aspectos internacionales e interregionales (1), *AC*, 12, LA LEY 9459/2016.

LACRUZ BERDEJO (1962). La responsabilidad por deudas hereditarias en la sucesión *ab intestato* aragonesa, *Problemática de la ciencia del Derecho,* Barcelona, 490 y sigs.

LASARTE ÁLVAREZ, C. (2019). *Principios de Derecho Civil I, Parte General y Derecho de la Persona*, Madrid, 25.ª ed. *Principios de Derecho Civil VII, Derecho de Sucesiones*, Madrid, 2019, 10.ª ed.

LONGO, L'origine della successione particolare nelle fonti di Diritto romano, *Bullettino dell´istituto di dritto romano*, 14, 1901, 127 a 202 y 224 a 275; 15, I, II, 1903, 283-309.

LUCES GIL (1991). El nuevo régimen español de la nacionalidad y la vecindad civil, *Revista General de Derecho*, 1, 119-136.

LLODRÀ GRIMALT, F. (2015). La sucesión intestada en las Illes Balears, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Manuel García Amigo,* Editorial LA LEY, LA LEY 2877/2015.

MORÁN MARTÍN (2002). *Historia del Derecho privado, penal y procesal,* Madrid.

MORETÓN SANZ, M.ª F. (2017). Reembolso y responsabilidad del pago de la estancia en una residencia privada: decisión unilateral de ingresar a su madre en el geriátrico privado, *RCDI,* Año núm. 93, Núm. 761, 2017, 1545-1563.

— (2017). El prelegado o el heredero instituido testamentariamente legatario: el doble llamamiento a título universal y a título singular, *RCDI* Año núm. 93, Núm. 760, 2017, 990-1010.

— (2016). Patrimonio hereditario y el cadáver: controversias doctrinales, jurisdiccionales y familiares sobre las exequias del causante y la dudosa aplicabilidad del elástico derecho a la intimidad personal y familiar, *RCDI,* 757, 2016, 2884-2919.

— (2008). *La asunción espontánea de deuda,* LEX NOVA, Madrid.

NÚÑEZ MUÑIZ, M.ª C. (2016). La influencia de los sistemas romano y germánico en la regulación de nuestro derecho sucesorio, *AC*, 11, noviembre de 2016, LA LEY 8892/2016.

D´ORS (2012). *Derecho privado romano,* Pamplona.

— (1992). Una explicación genética del sistema romano de las obligaciones, *ZSS*, 319-349.

PACCHIONI (1942). *Manual de Derecho Romano, II,* Valladolid.

PARDO NÚÑEZ (2001). El derecho interregional y la foralidad, *RCDI*, 663, 2001.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Comentarios a la Sección: Capítulo IV. De la nacionalidad y vecindad civil de la Ley del Registro Civil, artículo 65, *Comentarios al Código civil, Tomo IV, 3, artículos 40 al final de la Ley del Registro Civil*, Madrid, Edersa, 2005.

PÉREZ-PRENDES (1997). *Curso de Historia del Derecho*, Madrid, 1997.

REQUEJO ISIDRO, El certificado sucesorio (o de heredero) europeo: propuestas de regulación, *La Ley*, 7.185, 2009.
ROCA SASTRE (1940). Crítica institucional del Código civil, *RDCI*, XVI, 148, 497-515.
RUBIO TORRANO, Inconstitucionalidad sobrevenida, adquisición de vecindad civil y ley aplicable a la sucesión, *Aranzadi civil*, 15, 2009, 11-13.
SANCHO REBULLIDA (1985). *Elementos de Derecho civil, II, I*, Madrid.
VIOLA DEMESTRE, Minoría de edad y cómputo del plazo de diez años para la adquisición de la vecindad civil por residencia: Comentario a la STSJC 1/2009, de 12 de enero de 2009, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 4, 2009.

VIII. RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 11 de septiembre de 2011
- STS de 13 de octubre de 2005
- STSUP cataluña (sala de lo civil y penal), de 13 de mayo de 1999
- RDGRN de 11 de septiembre de 2013

NOTAS

[1] *Vid.*, AMORES CONRADI, Comentarios al artículo 9.1 del Código civil, Paz-Ares Rodríguez, Díez-Picazo Ponce de León, Bercovitz, Salvador Coderch, (Dirs.), *Comentario del Código civil, Tomo I,* Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, 76-79.

[2] Sería el artículo primero de la Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código civil, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo, la que modificaría los apartados 2, 3, 5 y 8; en su Preámbulo se advertía lo siguiente: «Pese a la modernización que han representado las citadas leyes, (Leyes 11/1981, de 13 de mayo, y 30/1981, de 7 de julio) así como la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, en materia de adopción, el Código civil sigue acogiendo mandatos cuyo contenido es contrario a la plena efectividad del principio de igualdad subsistiendo preceptos en los que, para determinar la eficacia de ciertas relaciones y situaciones jurídicas, se atiende a criterios que encierran o una preferencia o trato inadecuado por razón de sexo.- La presente Ley pretende eliminar las discriminaciones que por razón de sexo aún perduran en la legislación civil y perfeccionar el desarrollo normativo del principio constitucional de igualdad».

[3] BORRAS RODRÍGUEZ, Comentarios al artículo 9.8 del Código civil, Paz-Ares Rodríguez, Díez-Picazo Ponce de León, Bercovitz, Salvador Coderch, (Dirs), *Comentario del Código civil, Tomo I,* Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, 95-98.

[4] «La sujeción al Derecho civil común o al especial o foral se determina por la vecindad civil», *vid*., sobre su alcance y contenido, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Comentario al artículo 14 del Código civil, en Paz-Ares Rodríguez, Díez-Picazo Ponce de León, Bercovitz, Salvador Coderch, (Dirs.), *Comentario del Código civil, Tomo I*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, 154 a 161. Para un tratamiento integral de la vecindad civil, *vid*., LASARTE ÁLVAREZ *Principios de Derecho Civil I, Parte General y Derecho de la Persona*, Madrid, 2009, 15.ª ed., 258 y la bibliografía allí citada.

[5] Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, artículo 9.1. Los Juzgados y Tribunales ejercerán su jurisdicción exclusivamente en aquellos casos en que les venga atribuida por esta u otra Ley. 2. Los Tribunales y Juzgados del orden civil conocerán, además de las materias que les son propias, de todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional.- En este orden civil, corresponderá a la jurisdicción militar la prevención de los juicios de testamentaría y de abintestato de los miembros de las Fuerzas Armadas que, en tiempo de guerra, fallecieren en campaña o navegación, limitándose a la práctica de la asistencia imprescindible

para disponer el sepelio del difunto y la formación del inventario y aseguramiento provisorio de sus bienes, dando siempre cuenta a la Autoridad judicial civil competente.

[6] El derecho interregional y la foralidad, *RCDI*, 663, enero-febrero de 2001.

[7] En la materia, vid., NÚÑEZ MUÑIZ, M.ª Carmen (2016), La influencia de los sistemas romano y germánico en la regulación de nuestro derecho sucesorio, *AC*, 11, noviembre 2016, LA LEY 8892/2016 y bibliografía allí citada, también LLODRÀ GRIMALT, Francesca (2015), La sucesión intestada en las Illes Balears, «*Estudios jurídicos en homenaje al profesor Manuel García Amigo,* Editorial LA LEY, LA LEY 2877/2015.

[8] ALBALADEJO, (2004), «Artículos 744 a 773 del Código civil», *Comentarios al Código civil*, Tomo X, Vol. 1, Madrid.

[9] CORDERO LOBATO (2009), «Comentario al artículo 764 del Código civil». *Grandes Tratados. Comentarios al Código civil.* BIB 2009\1705.

[10] Así se desarrolla en G.3.174 (sobre las estipulaciones y en particular acerca de la que se superpone a una anterior, *vid.,* D'ORS, *Derecho privado romano,* Pamplona, 2002, §§ 405 y sigs., 485 y sigs.).

[11] En el entendido que el término *obligatio* no surge sino hasta la época clásica [*vid.,* D'ORS, *op. cit.,* § 348, 411; *vid.,* también CORNIL, *Debitum et obligatio*. Recherches sur la formation de la notion de l'obligation romaine, en *Mélanges P. F. Girard, I,* Paris, 1912, 199-263; D'ORS, Una explicación genética del sistema romano de las obligaciones, *ZSS*, 1992, 319 a 349; FUENTESECA DÍAZ, Origen del concepto romano de obligación (*Obligatio*), *Libro-homenaje a ROCA SASTRE, I,* Madrid, 1976, 111-152].

[12] Por lo que a la *obligatio* se refiere, SANCHO REBULLIDA señala con la doctrina romanista, que la imposibilidad de su transmisión apuntaba al origen delictual del propio concepto del vínculo (*vid., Elementos de Derecho civil, II, I*, Madrid, 1985, 21, nt. 4; D'ORS, «Una explicación genética del sistema romano de las obligaciones», *cit.*, 318 a 349; *vid*., también ALGUER, Ensayos varios sobre temas fundamentales del Derecho Civil, *RJC*, XXXVII, 1931, 36-152).

[13] En este sentido, PACCHIONI sostiene que «en las fuentes solo se dice que al principio no existía ningún modo de transferir las obligaciones. Por lo tanto, no radicaba en la naturaleza de la obligación el principio de su intransferibilidad, sino más bien su primitiva función. Cuando, multiplicándose las relaciones comerciales, se desarrolló el crédito y se hizo frecuente la oportunidad de negociar los títulos, entonces en Roma se pensó inmediatamente en el modo de hacer transferible la obligación» (*Manual de Derecho Romano, II,* Valladolid, 1942, 71).

[14] Por lo que a la *obligatio* se refiere, SANCHO REBULLIDA señala con la doctrina romanista, que la imposibilidad de su transmisión apuntaba al origen delictual del propio concepto del vínculo (*vid., Elementos de Derecho civil, II, I*, Madrid, 1985, 21, nt. 4; D´ORS, Una explicación genética del sistema romano de las obligaciones, *cit.*, 318-349; *vid*., también ALGUER, Ensayos varios sobre temas fundamentales del Derecho Civil, *RJC*, XXXVII, 1931, 36-152).

[15] En este sentido, PACCHIONI sostiene que «en las fuentes solo se dice que al principio no existía ningún modo de transferir las obligaciones. Por lo tanto, no radicaba en la naturaleza de la obligación el principio de su intransferibilidad, sino más bien su primitiva función. Cuando, multiplicándose las relaciones comerciales, se desarrolló el crédito y se hizo frecuente la oportunidad de negociar los títulos, entonces en Roma se pensó inmediatamente en el modo de hacer transferible la obligación» (*Manual de Derecho Romano, II,* Valladolid, 1942, 71).

[16] El origen de esta necesaria ocupación por el heredero del lugar del causante trae causa de las viejas creencias romanas y de la devoción a los dioses lares, los protectores de la casa, cuyos deberes de culto no podían quedar vacantes por la muerte del soberano familiar (*vid.,* ARIAS RAMOS-ARIAS BONET, *Derecho Romano. II. Obligaciones, Familia, Sucesiones,* Madrid, 1986, 18.ª ed., 805 y sigs.). Esta concepción es tributaria de la visión espiritualista que profesa BONFANTE (*vid.,* también, LONGO, L'origine della successione particolare nelle fonti di Diritto romano, *Bullettino dell´istituto di dritto romano*, 14, 1901, 127 a 202 y 224 a 275; 15, I, II, 1903, 283 a 309).

[17] Acerca del punto de vista dogmático del artículo 660 del vigente Código sobre cuál sea el concepto de sucesión a título universal, *vid.,* LACRUZ BERDEJO, La responsabilidad

por deudas hereditarias en la sucesión *ab intestato* aragonesa, *Problemática de la ciencia del Derecho,* Barcelona, 1962, 490 y sigs.

[18] *Vid.,* Crítica institucional del Código civil, *RDCI*, XVI, 148, 1940, 497-515, 144 y sigs.

[19] HINOJOSA Y NAVEROS da cuenta de esta práctica descrita en fuentes desde el Siglo VI a.C., en el mundo indio (colección de cuentos de Pantschantantra), entre los ostrogodos y en el Derecho romano (Justiniano renovó la prohibición de Justino, *Cod. Just.* 9.19.1.6, en el año 526). En particular, entre las fuentes del Derecho español menciona el Fuero general de Aragón; el Fuero de Valencia de 1250; el de Tortosa de 1279; en los Fueros del Reyno de Navarra; el Fuero Real y las Partidas (*vid.,* La privación de sepultura de los deudores, *Obras I,* Madrid, 1948, 155 a 179). Por su parte, HERODOTO en su Libro II de *Historia* señala que en Egipto coincidiendo con un momento de gran escasez de dinero en circulación, fue promulgada una norma «en virtud de la cual uno solo podía recibir un préstamo dando como garantía el cadáver; y a esta ley se agregó, además esta otra: quien facilitaba el préstamo se convertía, de paso, en dueño de toda la cámara mortuoria del contrayente: y si el que ofrecía la susodicha garantía no quería devolver el préstamo, sufría la siguiente sanción: el deudor en cuestión no podía, a su muerte recibir sepultura en la tumba paterna hipotecada ni en ninguna otra (…)» (*Historia. Libros I-II,* Madrid, 1998, 427; *vid*., el comentario de esta Ley de Asychis, monarca de la IV dinastía, por GÓMEZ DEL CASTILLO, Consideraciones sobre el Derecho egipcio, *RGLJ,* 1893, 19-319).

[20] *Vid.,* PÉREZ-PRENDES, *Curso de Historia del Derecho*, Madrid, 1997, 1120 y 1131; MORÁN MARTÍN, *Historia del Derecho privado, penal y procesal,* Madrid, 2002, 77. En todo caso, lo cierto es que, si la calificación de la naturaleza del cadáver como cosa *res extra comercium* está resuelta, no así la titularidad de quién ostenta los correspondientes derechos sobre él, que dista de ser pacífica. En este sentido, *vid.,* la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, de 17 de enero de 2000, que atribuye a los hijos y no al marido, el derecho a disponer de los restos mortales; o la sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, de 2 de febrero de 2001 y la de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 23 de marzo de 2004, que desestiman la aplicación de las normas sucesorias sobre la titularidad del cadáver, al no ser posible su calificación como bien o derecho patrimonial susceptible de transmisión a los herederos.

[21] «Además, el heredero del *sponsor* y del *fideipromissor* no se obligan a no ser que tratemos del caso de un *fideipromissor* extranjero y su Estado se rija por otro derecho. Sin embargo, el heredero del *fideiussor* queda obligado» (G. 3.120); (*vid*., GIMÉNEZ CANDELA, Una clasificación de los modos de extinguirse las obligaciones, *cit.*, 1318 y 1319).

[22] Crítica institucional del Código civil, *RDCI*, XVI, 148, 1940, 497-515.

[23] IRIARTE ÁNGEL, Francisco de Borja, (2016), Competencia de los Tribunales españoles y forma de los testamentos después de la entrada en vigor del Reglamento 650/2012. Aspectos internacionales e interregionales (1), *AC*, 12, LA LEY 9459/2016. Puede consultarse entre otros trabajos preliminares, REQUEJO ISIDRO, El certificado sucesorio (o de heredero) europeo: propuestas de regulación, *La Ley*, 7.185, 2009.

[24] «Siendo la causante de nacionalidad italiana, se aplica el Código civil italiano de 1942, de cuya aplicación no hay duda conforme al artículo 9.1 del Código civil y media aquiescencia por ambas partes, aunque en un principio se había discutido, y cuya normativa se halla acreditada en la instancia».

[25] «*El factor de vinculación: la ley del Estado de última residencia habitual del causante* El Reglamento opta por esta solución, en lugar de la de la nacionalidad, porque se trata del lugar que es el centro de interés del causante y porque suele ser allí donde se encuentra la mayoría de sus bienes. Este criterio favorece la integración en el Estado miembro de residencia habitual y evita cualquier discriminación contra aquellas personas que tienen su residencia en un Estado del que no son nacionales. Por todas estas razones, este fue el criterio que se siguió en las normas relativas a los conflictos de varios Estados miembros y en todos los instrumentos recientes, en particular, en el Convenio» [Propuesta de REGLAMENTO DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y los actos auténticos en materia de sucesiones y a la creación de un certificado sucesorio europeo, Bruselas, 14 de octubre de 2009 COM(2009) 154 final 2009/0157 (COD), 6].

1.5. Obligaciones y contratos

Nulidad de las comisiones por reclamación de posiciones deudoras

Nullity of commissions for claim of debit positions

por

BEATRIZ SÁENZ DE JUBERA HIGUERO
Profesora Doctora de Derecho civil
Universidad de La Rioja

RESUMEN: La lucha de los consumidores contra determinadas prácticas bancarias ha tenido una nueva batalla ganada: la nulidad de la comisión por reclamación de posiciones deudoras vencidas. Así lo ha declarado la STS núm. 566/2019, de 25 de octubre, en un nuevo caso de ejercicio de acción colectiva en defensa de los consumidores.

En este trabajo se analizarán las condiciones para la admisibilidad de estas comisiones y los argumentos jurisprudenciales dados para la declaración de su nulidad, teniendo en cuenta también su diferente naturaleza con respecto a las cláusulas penales y a la indemnización por daños y perjuicios ante el incumplimiento contractual.

ABSTRACT: The struggle of consumers against certain banking practices has had a new battle won: the nullity of the commission for claiming overdue debtor positions. This was stated by STS n.º 566/2019, of October 25th, in a new case of collective action in defense of consumers.

In this paper, the conditions for the admissibility of these commissions and the jurisprudential arguments given for the declaration of their nullity will be analyzed, also taking into account their different nature with respect to the penal clauses and compensation for damages in the event of contractual breach.

PALABRAS CLAVE: Cláusulas abusivas. Cláusula penal. Cliente bancario. Comisión por reclamación de posiciones deudoras. Indemnización. Nulidad.

KEY WORDS: Abusive clauses. Penalty clause. Bank customer. Commission for claim of debit positions. Compensation. Nullity.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. COMISIONES POR RECLAMACIÓN DE POSICIONES DEUDORAS: ADMISIBILIDAD Y REGULACIÓN: 1. Comisión por reclamación de posiciones deudoras *vs* comisión por descubierto. 2. Admisibilidad de las comisiones por reclamación de posiciones deudoras. 3. Comisión, cláusula penal

E INDEMNIZACIÓN POR INCUMPLIMIENTO.—III. CARÁCTER ABUSIVO DE LA COMISIÓN POR RECLAMACIÓN DE POSICIONES DEUDORAS.—IV. CONCLUSIONES. —ÍNDICE DE RESOLUCIONES.

I. PLANTEAMIENTO

La lucha de los consumidores contra determinadas prácticas bancarias ha tenido una nueva batalla ganada: la nulidad de la comisión por reclamación de posiciones deudoras vencidas; no es nula en todo caso, pues es una comisión regulada y admitida en nuestro ordenamiento jurídico, pero sí se declara nula por abusiva al no cumplir alguno de los requisitos exigidos por nuestro ordenamiento y las buenas prácticas bancarias, así como vulnerar distintos artículos 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 (en adelante, TRLCU).

Así lo ha señalado la STS número 566/2019, de 25 de octubre, en resolución de un recurso de casación que tiene su origen en una acción colectiva de nulidad planteada por una asociación de consumidores contra «Kutxabank S.A.» por el uso por esta de la comisión por reclamación de posiciones deudoras en distintos productos crediticios.

Cabe destacar que estamos ante una comisión cuya operatividad se discute no solo en el marco de un préstamo hipotecario, como viene siendo lo habitual en los últimos años en esa lucha judicializada contra las cláusulas bancarias abusivas; estas comisiones vienen siendo cobradas y utilizadas en todo tipo de préstamo y crédito y también en depósitos a la vista.

Las reclamaciones y quejas contra este tipo de comisiones ya se habían puesto de manifiesto en distintas resoluciones judiciales de diversas Audiencias Provinciales que declararon su nulidad y abusividad: así, cabe citar, entre otras, la SAP Guipúzcoa (sec. 2.ª) de 20 de abril de 2015, SAP Castellón (sec. 1.ª) de 18 de mayo de 2015, SAP Madrid (sec. 12.ª) de 29 de febrero de 2016, SAP Asturias (sec. 6.ª) de 2 de junio de 2016, SAP Valencia (sec. 9.ª) de 18 de julio de 2016, SAP Álava (sec. 1.ª) de 30 de diciembre de 2016, SAP de Jaén (sec. 1.ª) de 17 de mayo de 2017, SAP Barcelona (sec. 15.ª) de 26 de mayo de 2017, SAP Asturias (sec. 5.ª) de 28 de julio de 2017, SAP Asturias (sec. 1.ª) de 26 de octubre de 2017, SAP Cáceres (sec. 1.ª) de 15 de noviembre de 2017, SAP La Rioja (sec. 1.ª) de 19 de marzo de 2018, SAP Valencia (sec. 9.ª) de 7 de mayo de 2018, SAP Córdoba (sec. 1.ª) de 31 de mayo de 2018, SAP Córdoba (sec. 1.ª) de 18 de septiembre de 2018 y SAP Barcelona (sec. 15.ª) de 28 de enero de 2019. Pero ha sido recientemente con la mencionada STS de 25 de octubre de 2019 que nuestro Alto Tribunal ha concretado ya un pronunciamiento claro a este respecto.

En este trabajo se analizarán las condiciones para la admisibilidad de estas comisiones y los argumentos jurisprudenciales dados para la declaración de su nulidad, teniendo en cuenta también su diferente naturaleza con respecto a las cláusulas penales y a la indemnización por daños y perjuicios ante el incumplimiento contractual.

II. COMISIONES POR RECLAMACIÓN DE POSICIONES DEUDORAS: ADMISIBILIDAD Y REGULACIÓN

1. Comisión por reclamación de posiciones deudoras *vs* comisión por descubierto

En primer lugar debe distinguirse las comisiones por reclamación de posiciones deudoras de las comisiones por descubiertos, pues son cuestiones diferentes aunque a veces se confunden; como señala el Banco de España, cada una de estas comisiones retribuye servicios distintos y por ello no deben confundirse[1].

Con la comisión por descubierto se hace referencia al importe que nos cobra la entidad por el hecho de concedernos un crédito para atender a situaciones en las que estamos en «números rojos», es decir, en las que se produce un saldo negativo en la cuenta al hacerse un cargo por un importe respecto del que no hay saldo suficiente en la cuenta. En este caso, ante esa situación de descubierto, el banco nos «cubre» y efectivamente asume el cargo en la cuenta; pero para ello nos ha proporcionado un crédito por el importe que faltaba respecto al saldo que existía en nuestra cuenta. A cambio de ese beneficio crediticio cubriendo los descubiertos que tengamos, la entidad puede cobrarnos una comisión. El Banco de España en su memoria de reclamaciones del año 2018 advierte que «el descubierto en cuenta corriente supone una facilidad crediticia concedida por las entidades y que, salvo pacto expreso en contrario, son estas y no los clientes las que deciden si admiten o no cargos en descubierto» y que «como contraprestación, las entidades perciben una comisión que, generalmente, se aplica sobre el descubierto mayor de todo el periodo de liquidación»[2].

Por su parte, con la comisión de reclamación de posiciones deudoras se hace referencia al importe que nos cobra la entidad con motivo de la reclamación que nos hace para recuperar alguna cantidad impagada y adeudada: sea por una cuota de un préstamo, o por una deuda crediticia o incluso por un descubierto abonado por la entidad; se trata de una comisión por la gestión realizada para reclamarnos las cantidades adeudadas.

Por tanto, como señala el Banco de España, «mientras que la comisión por reclamación de posiciones deudoras retribuye el coste de las gestiones que efectúa la entidad para recuperar el impagado, la comisión de descubierto retribuye la facilidad crediticia que concede la entidad a su cliente»[3].

Concretada la diferencia entre ambas figuras, en este trabajo nos centraremos en la comisión por reclamación de posiciones deudoras.

2. Admisibilidad de las comisiones por reclamación de posiciones deudoras

Las comisiones bancarias en general vienen contempladas en el artículo 3 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, admitiendo su exigibilidad en virtud de pacto en la cuantía libremente fijada por las partes[4]. Ahora bien, en esta norma se condiciona la admisibilidad de las comisiones o la repercusión de gastos al hecho de que se trate de servicios solicitados en firme o aceptados expresamente por un cliente y a que respondan a servicios efectivamente prestados o gastos habidos. Ello, además, unido a la oportuna información que debe prestarse gratuitamente al cliente en todo momento (previamente a la firma del contrato pero también durante el desarrollo del mismo antes del cobro) sobre los conceptos, periodicidad

e importe de las comisiones o gastos repercutibles que pudieran derivarse de la ejecución del contrato bancario[5].

Por lo que a la comisión por reclamación de posiciones deudoras se refiere, el Banco de España insiste en la exigencia de que respondan a gestiones efectivas de reclamación realizadas ante el cliente deudor, que no se aplique de manera automática, pero que sea de cuantía única (sin admitirse tarifas porcentuales) y de aplicación no reiterada en relación a la reclamación de un mismo saldo.

En sus memorias anuales de reclamaciones, concretando los criterios seguidos por el Departamento de Conducta de Mercado y Reclamaciones (DCMR), el Banco de España alude a estas comisiones. Se atiende a ello con carácter más general con referencia a las comisiones en depósitos bancarios, con alusión directa y expresa a lo previsto en la Orden EHA/2899/2011 a la que antes he aludido, así como a la Circular del Banco de España 5/2012, de 27 de junio, insistiendo en la transparencia y los deberes de información, de modo gratuito, oportuno y en formato unificado. Pero, asimismo, y de modo más exhaustivo y específico, las memorias de reclamaciones del Banco de España aluden a esta comisión cuando es cobrada con ocasión del impago de cuotas o recibos de créditos o préstamos hipotecarios o en el marco de depósitos a la vista.

Así, en particular, para estos casos de préstamos hipotecarios y depósitos a la vista expresamente, en la memoria de reclamaciones del Banco de España de 2018 en relación a estas comisiones por reclamaciones ante posiciones deudoras[6], se advierte de que el cobro y aplicación de esta comisión constituye una práctica bancaria habitual, que tiene por objeto la recuperación de los costes que debe soportar la entidad como consecuencia de las gestiones necesarias para la recuperación de los impagados, siendo preceptiva para su procedencia la mención en el documento contractual correspondiente. Ahora bien, el DCMR considera que, para poder efectuar adeudos por este concepto, además de estar recogida la comisión en el contrato, desde el punto de vista de las buenas prácticas bancarias deben cumplirse una serie de requisitos:

a) Primero, que el devengo de la comisión esté vinculado a la existencia de gestiones efectivas de reclamación realizadas ante el cliente deudor. A juicio del DCMR esto no queda justificado con la simple remisión periódicamente de una carta generada por ordenador, debiendo la entidad concretar y acreditar la realización de dichas gestiones.

b) Además, la comisión no puede reiterarse en la reclamación de un mismo saldo por gestiones adicionales realizadas por la entidad con el mismo fin, ni siquiera cuando, en el caso de impago en el tiempo, este se prolonga en sucesivas liquidaciones. No obstante, se considera que la aplicación de la comisión es compatible con la repercusión de los gastos soportados por la entidad a consecuencia, en su caso, de intervención de terceros (por ejemplo, notaría) en las gestiones de reclamación (siempre que tal circunstancia esté contractualmente contemplada y acreditada). A este respecto, en relación a la actuación de terceros, teniendo en cuenta que en ocasiones las entidades de crédito contratan a empresas externas para reclamar las posiciones deudoras de sus préstamos hipotecarios, procediendo en tales situaciones a adeudar posteriormente a los prestatarios los gastos de gestión externa repercutidos por dichas mercantiles, consecuencia de ello coexisten en ocasiones dichas gestiones externas de recobro con las habituales gestiones de recobro llevadas a cabo por la propia prestamista. Respecto a estos gastos de gestión externos, el DCMR ha venido exigiendo para su repercusión al cliente su debida previsión contractual, indicándose las concretas actuaciones

de recobro encomendadas a dichas empresas externas, así como su coste para el prestatario y justificando convenientemente, en su caso, la necesidad de delegar en ellas dichas gestiones, en vez de acometerlas la propia prestamista, o la de llevar a cabo ambas acciones paralelas de recobro, siendo el coste repercutido a los clientes habitualmente mayor que el de las comisiones por reclamación de posiciones deudoras cobradas por la prestamista.

c) En tercer lugar, dada su naturaleza, se exige que la cuantía de la comisión cobrada sea única, cualquiera que sea el importe del saldo reclamado, no admitiéndose tarifas porcentuales pues los gastos son consecuencia de unos actos de gestión que no dependen de la cuantía de la deuda.

d) Y, por último, como criterio adicional, se considera que la aplicación automática de dicha comisión no constituiría una buena práctica financiera (ni una aplicación correcta de los principios antes señalados), ya que la reclamación debe realizarse teniendo en cuenta las circunstancias particulares de cada impagado y de cada cliente.

Todas estas condiciones lógicamente se prevén para evitar cobros abusivos por servicios inexistentes, innecesarios o no pedidos ni queridos por el cliente. Y es precisamente en estos requisitos en los que se fija el Tribunal Supremo a la hora de resolver el recurso de casación y decidir sobre los motivos y argumentos esgrimidos por el recurrente en el caso planteado y resuelto con la STS núm. 566/2019, de 25 de octubre en relación con las comisiones por posiciones deudoras previstas en diversos productos bancarios ofrecidos por la recurrente.

3. Comisión, cláusula penal e indemnización por incumplimiento

En ocasiones se confunden, o se busca deliberada y oportunamente la confusión (concretamente por la entidad bancaria demandada en muchos de los procesos de nulidad de la comisión por reclamación de posiciones deudoras), las figuras de la comisión, la cláusula penal y la indemnización de daños y perjuicios. Pero estas son figuras independientes y diferentes entre sí, con finalidades distintas.

Como se ha indicado, las comisiones bancarias responden, según el Banco de España, a un fin de retribución por unos servicios concretos efectivamente prestados (en el caso objeto principal de este trabajo de la comisión por reclamación de posiciones deudoras, supone la retribución por las gestiones que la entidad realiza para reclamar y poder cobrar unos importes debidos).

La indemnización por incumplimiento o por mora (retraso en el cumplimiento) haría referencia al importe a abonar por el incumplidor por dolo, culpa o mora en su actuación de cara al cumplimiento de la prestación debida (cfr. art. 1101 CC[7]). En el caso de las obligaciones dinerarias esa indemnización por mora o incumplimiento se configura bajo los intereses moratorios, en los términos que se hubieran pactado o, a falta de pacto, en el interés legal (art. 1108 CC[8]). En tal sentido, tal y como ha señalado el Tribunal Supremo en, entre otras, STS núm. 869/2001, de 2 de octubre, y STS núm. 709/2011, de 26 de octubre, «los intereses de demora no tienen la naturaleza jurídica de intereses reales, sino que se califican como sanción o pena con el objetivo de indemnizar los perjuicios causados por el retraso del deudor».

Por su parte, las cláusulas penales hacen referencia con carácter general a una indemnización ya pactada para el caso de que se produzca un incumplimiento, eximiendo de la prueba de la acreditación del daño; por el hecho

del incumplimiento se procederá a aplicar esa cláusula penal, habiéndose ya prefijado y liquidado de modo anticipado en el momento de la firma del contrato cuál es la consecuencia de ese incumplimiento. Respecto de las cláusulas penales el artículo 1152 del Código civil advierte que «en las obligaciones con cláusula penal, la pena sustituirá a la indemnización de daños y el abono de intereses en caso de falta de cumplimiento, si otra cosa no se hubiere pactado». Por lo tanto, en principio, esa cláusula penal cumpliría como tal una función resarcitoria del daño causado por el incumplimiento, y en cuanto tal sustituiría esa indemnización de daños a la que antes se ha hecho referencia, y, en el caso de las obligaciones dinerarias, a los intereses moratorios, sin que puedan estos aplicarse. Sin embargo, con base en ese inciso del artículo 1152 del Código civil «si otra cosa no se hubiere pactado», en caso de que efectivamente las partes así lo hubieran acordado (con base en el principio de autonomía de la voluntad *ex* art. 1255 CC), se podrían acumular las sanciones derivadas de la cláusula penal y de la indemnización (en su caso, intereses moratorios) buscando con esa cláusula penal una función o finalidad no resarcitoria, sino más sancionadora o punitiva; ahora bien, respecto a esta posibilidad sancionadora cumulativa la STS núm. 530/2016, de 13 de septiembre, advirtió que:

a) No se permite en los contratos con consumidores.
b) Debe respetar en todo caso los límites a la autonomía de la voluntad previstos en el artículo 1255 del Código civil: ley, moral y orden público.
c) Las cláusulas penales con función punitiva no pueden ser desproporcionadas.

Expuestas las notas características de cada una de estas figuras, por lo que se refiere a la comisión por reclamación de posiciones deudoras, la STS núm. 566/2019, de 25 de octubre, determina expresa y específicamente que tal comisión no puede calificarse ni como cláusula penal ni como indemnización por mora en el cumplimiento.

Advierte esta sentencia a este respecto que tratándose de una condición general de la contratación no resulta aplicable el artículo 1255 del Código civil pues el cliente tan solo se adhiere al contrato y a su clausulado (incluida la estipulación que contiene la previsión de esa comisión) sin que tenga posibilidad de negociar nada de modo particular ni excluir tal estipulación (la única facultad que se le reconoce es la de decidir si celebra y firma el contrato o no lo hace).

Además, tratándose de una obligación dineraria, se resalta que generarían unos intereses de demora ante el incumplimiento o retraso del deudor, pero la comisión no puede incluirse en el concepto de los intereses moratorios o en su contenido como sanción de la morosidad, pues esta comisión no se prevé como retribución de la mora sino de unos servicios por reclamación de deuda (servicios que, por otro lado, deberán justificarse y acreditarse).

Asimismo, señala el Tribunal Supremo en esta sentencia de 25 de octubre de 2019 que «la comisión objeto del litigio utilizada por la entidad recurrente ni contiene un pacto de preliquidación de los daños y perjuicios, ni sustituye su indemnización, que vendrá constituida por el pago de los intereses moratorios pactados (que no sean abusivos). Y si tuviera una finalidad puramente punitiva, contravendría el artículo 85.6 TRLCU, según declaramos en la sentencia 530/2016, de 13 de septiembre. Como no parece que la entidad vaya a renunciar al cobro de los intereses moratorios por el abono de la comisión, en el mejor de los casos para la recurrente, si aceptáramos a efectos meramente dialécticos que la comi-

sión es una cláusula penal, sería nuevamente redundante y, por tanto, incurriría en desproporción».

III. CARÁCTER ABUSIVO DE LA COMISIÓN POR RECLAMACIÓN DE POSICIONES DEUDORAS

Como se ha comentado anteriormente, este tipo de comisiones *per se* no son abusivas ni nulas. Se admite su incorporación pero debe respetar su finalidad y naturaleza así como los límites que las normas y la jurisprudencia le imponen.

El Tribunal Supremo en la sentencia núm. 566/2019, de 25 de octubre, determinó recientemente la nulidad por abusiva de esta comisión en el caso concreto enjuiciado. Con ello confirmó la SAP de Álava (sec. 1.ª) de 30 de diciembre de 2016, que ya argumentaba en pro de esa nulidad y abusividad; como, por otra parte, lo han hecho varias Audiencias Provinciales hasta ahora: así, entre otras, cabe citar la SAP Guipúzcoa (sec. 2.ª) de 20 de abril de 2015, SAP de Castellón (sec. 1.ª) de 18 de mayo de 2015, SAP de Madrid (sec. 12.ª) de 29 de febrero de 2016, SAP de Asturias (sec. 6.ª) de 2 de junio de 2016, SAP de Valencia (sec. 9.ª) de 18 de julio de 2016, SAP de Álava (sec. 1.ª) de 30 de diciembre de 2016, SAP de Jaén (sec. 1.ª) de 17 de mayo de 2017, SAP de Barcelona (sec. 15.ª) de 26 de mayo de 2017, SAP de Asturias (sec. 5.ª) de 28 de julio de 2017, SAP de Asturias (sec. 1.ª) de 26 de octubre de 2017, SAP de Cáceres (sec. 1.ª) de 15 de noviembre de 2017, SAP de La Rioja (sec. 1.ª) de 19 de marzo de 2018, SAP de Valencia (sec. 9.ª) de 7 de mayo de 2018, SAP de Córdoba (sec. 1.ª) de 31 de mayo de 2018, SAP de Córdoba (sec. 1.ª) de 18 de septiembre de 2018 y SAP de Barcelona (sec. 15.ª) de 28 de enero de 2019.

Veamos los argumentos esgrimidos por esta jurisprudencia, y principalmente por el Tribunal Supremo en esa sentencia de 25 de octubre de 2019, para declarar la abusividad y, en consecuencia, la nulidad de la comisión por reclamación de posiciones deudoras. Son argumentos que inciden en la indeterminación y falta de acreditación de los servicios realmente prestados y del coste efectivo para la entidad (con infracción del artículo 87.5 TRLCU[9], por cobro de servicios no prestados), en la duplicidad o desproporción de la indemnización (contraria al art. 85.6 TRLCU[10]), en el hecho de alterar la carga de la prueba en perjuicio del consumidor (en contra del art. 88.2 TRLCU[11]) o de dejar la interpretación de la norma a la voluntad de la entidad predisponente (contrario al artículo 85.3 TRLCU[12]) y en que se alude a servicios o costes que realmente debería asumir el empresario o entidad bancaria por cuanto a ella le interesa e incumbe el desarrollo de las actuaciones propias para el cobro de los importes debidos (infringiendo el art. 89.3 TRLCU[13]).

A) Un primer argumento reiterado entre nuestros tribunales es que el cobro de la comisión realmente no retribuye un servicio efectivamente prestado por la entidad. No se acreditan oportunamente los servicios realizados o gestiones o actuaciones llevadas a cabo para la reclamación de los importes debidos y que justifiquen el cobro de esa comisión en los términos hechos ni se prueban los gastos o costes efectivamente sufridos por la entidad por esa reclamación.

Tal y como señaló ya el Tribunal Supremo en su sentencia de Pleno número 705/2015, de 23 de diciembre, se consideran siempre abusivas las cláusulas que tienen por objeto imponer al consumidor y usuario bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados (art. 89.4 TRLCU) y, correlativamente, los incrementos de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos,

recargos, indemnización o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso expresados con la debida claridad o separación (art. 89.5 TRLCU).

La entidad debe concretar y acreditar la realización efectiva de dichas gestiones y su coste, pues es lo que debe retribuirse de modo justificado. Y a este respecto, el Departamento de Conducta de Mercado y Reclamaciones del Banco de España advierte que la realización efectiva de gestiones de reclamación no queda justificada con la simple remisión periódicamente de una carta generada por ordenador, debiendo la entidad concretar y acreditar la realización de dichas gestiones[14].

B) Ahora bien, cabe advertir que esta falta de prueba no tiene lugar únicamente *a posteriori* una vez cobrada la comisión y en el proceso no se acredita la gestión realizada para la reclamación de la deuda. Es que ni siquiera en la mayoría de los contratos se identifica el tipo de gestión que se va a llevar a cabo para la reclamación y que justificaría el cobro de la comisión, por lo que no puede concretarse si en el caso concreto esa reclamación va a generar un gasto realmente ni qué gasto será: no es lo mismo que se requiera de pago simplemente por correo electrónico, o por una notificación electrónica automática o por SMS, o incluso por un requerimiento verbal cuando el cliente acuda a la oficina por cualquier otro motivo, que si la reclamación se efectúa por burofax o requerimiento notarial o carta certificada con acuse de recibo.

Es precisamente la indeterminación existente, causada voluntariamente por la entidad predisponente de la cláusula, la que determina su abusividad, pues al no concretar ni aclarar cómo se llevará a cabo el devengo y cómo se aplicará la comisión vulnera el derecho básico a la información que tiene el consumidor (*cfr*. art. 86 TRLCU) y deja la interpretación de la cláusula (que es una condición general impuesta unilateralmente por el banco) a la libre voluntad de la entidad predisponente, lo que supone una vulneración del artículo 85.3 TRLCU.

C) Con respecto a lo indicado en los dos anteriores apartados A) y B), el TJUE en su sentencia de 3 de octubre de 2019 (asunto *Gyula Kiss*, C-621/17)[15] ya advirtió que: «37. … [La] exigencia de transparencia se ha de entender como una obligación no solo de que la cláusula considerada sea comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también de que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas que para él tiene dicha cláusula (véase, en este sentido, la sentencia de 9 de julio de 2015, Bucura, C-348/14, no publicada, EU:C:2015:447, apartado 55 y jurisprudencia citada). […] 43. Ciertamente, de la jurisprudencia mencionada en el apartado 37 de la presente sentencia no se desprende que el prestamista esté obligado a precisar en el contrato de que se trate la naturaleza de todos los servicios proporcionados como contrapartida de los gastos previstos en una o varias cláusulas contractuales. No obstante, habida cuenta de la protección que la Directiva 93/13 pretende conceder al consumidor por el hecho de encontrarse en una situación de inferioridad con respecto al profesional, tanto en lo que respecta a la capacidad de negociación como al nivel de información, es importante que la naturaleza de los servicios efectivamente proporcionados pueda razonablemente entenderse o deducirse del contrato en su conjunto. Además, el consumidor debe poder comprobar que no hay solapamiento entre los distintos gastos o entre los servicios que aquellos retribuyen».

Esta STJUE alude, asimismo, a otra de este mismo tribunal (la STJUE de 26 de febrero de 2015, asunto *Matei*, C-143/13)[16] en la que, atendiendo a una

denominada «comisión de riesgo», se aludía a la necesaria valoración por el tribunal de la transparencia y adecuación entre el importe de esa comisión y los servicios prestados al respecto por el prestamista; debiendo valorar su posible abusividad «en el sentido del artículo 3 de la Directiva 93/13, en la medida en que imponen al consumidor el pago de una comisión de un importe significativo para garantizar el reembolso del préstamo, cuando tal riesgo —según se alega— ya está cubierto con una hipoteca y cuando el banco, a cambio de dicha comisión, no presta ningún servicio real que redunde solo en beneficio del consumidor».

D) En relación con lo anterior, cabe advertir que realmente con las gestiones por reclamación para cobrar las deudas el interés atendido no es el del consumidor sino el del propio empresario o entidad bancaria; por lo tanto, se tratan de unas gestiones propias de la posición de acreedor como legitimado para reclamar la deuda y, por ello, esos gastos debieran corresponder a la entidad bancaria, sin que el consumidor deba asumir su coste ni pueda repercutírseles. De modo que por repercutir esos costes o gastos al consumidor tal cláusula sería abusiva al infringir lo previsto en el artículo 89.3 TRLCU[17].

E) Además, la indeterminación a la que antes se ha aludido provoca que a los intereses de demora que surgirían ante el incumplimiento o mora en el pago se le sumaría sin más esta comisión por reclamación como sanción por el mismo concepto, provocando una indemnización duplicada, desproporcionada y abusiva (infringiendo lo previsto en los arts. 85.6 y 87.5 TRLCU). Y ello en cuanto no puede configurarse esta comisión ni como indemnización por incumplimiento o mora ni como cláusula penal, tal y como se señaló en este trabajo en un apartado anterior.

Se ha advertido por los tribunales que esta comisión por reclamación de posiciones deudoras realmente no supone una garantía para el cumplimiento de las obligaciones, ni una sanción por incumplimiento preliquidativa y sustitutiva de una indemnización de daños; no es, en definitiva, una cláusula penal y, si se configurara como tal, en todo caso cabría considerarla abusiva por determinar una sanción redundante junto con los intereses de demora y, por ello, desproporcionada (cfr. art. 85.6 TRLCU).

F) Por otro lado, en la mayoría de las ocasiones esta comisión se plantea como de cobro automático por y tras el impago, lo que es contrario a lo indicado por el Banco de España respecto a las comisiones y las buenas prácticas bancarias a desarrollar[18].

G) Igualmente contrario a esas buenas prácticas supone el hecho de que se permita el cobro de la comisión de modo reiterado por un mismo impago mantenido en distintas liquidaciones, pues en la previsión contractual no se acogen ni determinan periodos de liquidación específicos, lo que implica un cobro repetido e injustificado, contrario a la exigencia del Banco de España de que la cuantía de la comisión sea única[19]. La comisión debe responder a un concreto y único saldo deudor y cobrarse una única vez, y no cada vez que se liquida reclamándose de nuevo esa misma deuda.

H) También se ha puesto de manifiesto que en muchos casos con esta comisión incluida unilateralmente se alteraba la carga de la prueba en perjuicio del consumidor en la medida que se obligaba a este a acreditar que o no hubo gestión real por reclamación y/o que el coste no era el cobrado, cuando esa carga, al menos por facilidad probatoria, correspondería a la entidad bancaria de cara a acreditar la efectividad de ese servicio o gestión realizada y la realidad de que el importe cobrado se ajustaba al coste de la gestión realizada.

IV. CONCLUSIONES

I. No debe confundirse la comisión por descubierto con la comisión por reclamación de posiciones deudoras, pues ambas tienen una finalidad y causa distintas.

II. Igualmente debe tenerse en cuenta que la comisión por reclamación de posiciones deudoras no es una cláusula penal ni supone una indemnización por incumplimiento del contrato.

III. La comisión por reclamación de posiciones deudoras supone la retribución de las gestiones que la entidad bancaria realiza para reclamar y cobrar ciertas cantidades debidas.

IV. Estas comisiones están admitidas por nuestro ordenamiento jurídico si bien requiere su previsión expresa en el contrato y que respondan a servicios o actuaciones de reclamación realmente realizados y a costes o gastos efectivamente acreditados.

V. Además deben ser de cuantía única, sin que sea posible su aplicación reiterada por el mismo impago y saldo deudor, aunque se mantenga durante varias liquidaciones sucesivas. Tampoco puede ser de aplicación automática.

VI. Los principales argumentos jurisprudenciales que determinan la nulidad por abusivas de las comisiones por reclamación de posiciones deudoras inciden en la indeterminación y falta de acreditación de los servicios realmente prestados y del coste efectivo para la entidad (con infracción del art. 87.5 TRLCU, por cobro de servicios no prestados), en la duplicidad o desproporción de la indemnización (contraria al art. 85.6 TRLCU), en el hecho de alterar la carga de la prueba en perjuicio del consumidor (en contra del art. 88.2 TRLCU) o de dejar la interpretación de la norma a la voluntad de la entidad predisponente (contrario al art. 85.3 TRLCU) y en que se alude a servicios o costes que realmente debería asumir el empresario o entidad bancaria por cuanto a ella le interesa e incumbe el desarrollo de las actuaciones propias para el cobro de los importes debidos (infringiendo el art. 89.3 TRLCU).

ÍNDICE DE RESOLUCIONES

- STJUE de 26 de febrero de 2015 (asunto *Matei*, C-143/13).
- STJUE de 3 de octubre de 2019 (asunto *Gyula Kiss*, C-621/17).
- STS núm. 869/2001, de 2 de octubre de 2001.
- STS núm. 709/2011, de 26 de octubre de 2011.
- STS núm. 705/2015, de 23 de diciembre de 2015.
- STS núm. 530/2016, de 13 de septiembre de 2016.
- STS núm. 566/2019, de 25 de octubre de 2019.
- SAP Guipúzcoa (sec. 2.ª) de 20 de abril de 2015.
- SAP Castellón (sec. 1.ª) de 18 de mayo de 2015.
- SAP Madrid (sec. 12.ª) de 29 de febrero de 2016.
- SAP Asturias (sec. 6.ª) de 2 de junio de 2016.
- SAP Valencia (sec. 9.ª) de 18 de julio de 2016.
- SAP Álava (sec. 1.ª) de 30 de diciembre de 2016.
- SAP Jaén (sec. 1.ª) de 17 de mayo de 2017.
- SAP Barcelona (sec. 15.ª) de 26 de mayo de 2017.
- SAP Asturias (sec. 5.ª) de 28 de julio de 2017.
- SAP Asturias (sec. 1.ª) de 26 de octubre de 2017.

- SAP Cáceres (sec. 1.ª) de 15 de noviembre de 2017.
- SAP La Rioja (sec. 1.ª) de 19 de marzo de 2018.
- SAP Valencia (sec. 9.ª) de 7 de mayo de 2018.
- SAP Córdoba (sec. 1.ª) de 31 de mayo de 2018.
- SAP Córdoba (sec. 1.ª) de 18 de septiembre de 2018.
- SAP Barcelona (sec. 15.ª) de 28 de enero de 2019.

NOTAS

[1] *Vid*., páginas 306-308 de la memoria de reclamaciones del Banco de España de 2018: https://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/PublicacionesAnuales/MemoriaServicioReclamaciones/18/00_Memoria_reclamaciones_completa.pdf.

[2] Página 308 de la memoria de reclamaciones del Banco de España de 2018: https://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/PublicacionesAnuales/MemoriaServicioReclamaciones/18/00_Memoria_reclamaciones_completa.pdf. Señala también el Banco de España que: «En cualquier caso, será preciso que esta comisión venga recogida en el contrato de la cuenta afectada. Además, ha de tenerse en consideración que la entidad debe comunicar el detalle de la liquidación efectuada en la cuenta corriente, mediante la entrega del correspondiente documento de liquidación de la cuenta, con la periodicidad pactada».

[3] Página 308 de la memoria de reclamaciones del Banco de España de 2018: https://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/PublicacionesAnuales/MemoriaServicioReclamaciones/18/00_Memoria_reclamaciones_completa.pdf.

[4] Junto con esta Orden EHA/2899/2011 cabe referirse asimismo a la Circular 5/2012 del Banco de España de 27 de junio que viene a desarrollarla; e, igualmente, a la Orden EHA/1608/2010, de 14 de junio, sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago.

[5] El apartado 2 del artículo 3 de la Orden EHA/2899/2011 señala: «2. Las entidades de crédito deberán poner a disposición de los clientes, debidamente actualizadas, las comisiones habitualmente percibidas por los servicios que prestan con mayor frecuencia, así como los gastos repercutidos en dichos servicios, todo ello en un formato unificado, conforme a los términos específicos que determinará el Banco de España. Esta información incluirá, en todo caso, de manera sencilla y que facilite la comparación entre entidades, los conceptos que devengan comisión, la periodicidad con que se aplican y el importe de las mismas de manera desagregada por periodo en que se apliquen. Esta información estará disponible en todos los establecimientos comerciales de las entidades de crédito, en sus páginas electrónicas y en la página electrónica del Banco de España, y deberá estar a disposición de los clientes, en cualquier momento y gratuitamente». En los siguientes apartados 3 y 4 este precepto hace referencia a la información oportuna sobre gastos y comisiones cuando se trate de un servicio bancario prestado a un cliente a través de un medio de comunicación a distancia o de un cajero automático o de un dispositivo similar.

[6] *Vid*., páginas 132-133 y 303-304 de la referida memoria (https://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/PublicacionesAnuales/MemoriaServicioReclamaciones/18/00_Memoria_reclamaciones_completa.pdf).

[7] Conforme al artículo 1101 del Código civil: «Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquellas».

[8] Artículo 1108 del Código civil: «Si la obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero, y el deudor incurriere en mora, la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio, en el interés legal».

[9] Conforme al artículo 87.5 TRLCU: «Son abusivas las cláusulas que determinen la falta de reciprocidad en el contrato, contraria a la buena fe, en perjuicio del consumidor y usuario y, en particular: […] 5. Las estipulaciones que prevean el redondeo al alza en el

tiempo consumido o en el precio de los bienes o servicios o cualquier otra estipulación que prevea el cobro por productos o servicios no efectivamente usados o consumidos de manera efectiva».

[10] El artículo 85.6 TRLCU señala: «Las cláusulas que vinculen cualquier aspecto del contrato a la voluntad del empresario serán abusivas y, en todo caso, las siguientes: […] 6. Las cláusulas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones».

[11] Conforme indica el artículo 88.2 TRLCU: «En todo caso se consideraran abusivas las cláusulas que supongan: […] 2. La imposición de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor y usuario en los casos en que debería corresponder a la otra parte contratante».

[12] Según el artículo 85.3 TRLCU: «Las cláusulas que vinculen cualquier aspecto del contrato a la voluntad del empresario serán abusivas y, en todo caso, las siguientes: […] 3. Las cláusulas que reserven a favor del empresario facultades de interpretación o modificación unilateral del contrato, salvo, en este último caso, que concurran motivos válidos especificados en el contrato. En los contratos referidos a servicios financieros lo establecido en el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de las cláusulas por las que el empresario se reserve la facultad de modificar sin previo aviso el tipo de interés adeudado por el consumidor o al consumidor, así como el importe de otros gastos relacionados con los servicios financieros, cuando aquellos se encuentren adaptados a un índice, siempre que se trate de índices legales y se describa el modo de variación del tipo, o en otros casos de razón válida, a condición de que el empresario esté obligado a informar de ello en el más breve plazo a los otros contratantes y estos puedan resolver inmediatamente el contrato sin penalización alguna. Igualmente podrán modificarse unilateralmente las condiciones de un contrato de servicios financieros de duración indeterminada por los motivos válidos expresados en él, siempre que el empresario esté obligado a informar al consumidor y usuario con antelación razonable y este tenga la facultad de resolver el contrato, o, en su caso, rescindir unilateralmente, sin previo aviso en el supuesto de razón válida, a condición de que el empresario informe de ello inmediatamente a los demás contratantes».

[13] Conforme al artículo 89.3 TRLCU: «En todo caso tienen la consideración de cláusulas abusivas: […] 3. La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario».

[14] *Vid*., página 132 de la memoria de reclamaciones del Banco de España de 2018 (https://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/PublicacionesAnuales/MemoriaServicioReclamaciones/18/00_Memoria_reclamaciones_completa.pdf).

[15] Disponible en: http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62017CJ0621&lang1=es&type=TXT&ancre=.

[16] Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=ecli:ECLI:EU:C:2015:127.

[17] Conforme al artículo 89.3 TRLCU: «En todo caso tienen la consideración de cláusulas abusivas: […] 3. La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario».

[18] *Vid*., página 133 de la memoria de reclamaciones del Banco de España de 2018 (https://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/PublicacionesAnuales/MemoriaServicioReclamaciones/18/00_Memoria_reclamaciones_completa.pdf).

[19] *Vid*., páginas 132-133 de la memoria de reclamaciones del Banco de España de 2018 (https://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/PublicacionesAnuales/MemoriaServicioReclamaciones/18/00_Memoria_reclamaciones_completa.pdf).

1.6. Responsabilidad Civil

El deber de diligencia exigible en la responsabilidad civil del abogado: la ausencia de ejercicio de la acción en el plazo legal

The duty of diligence required on the lawyer's civil liability: the no exercise of the action in the legal term

por

ESTHER MONTERROSO CASADO
Profesora Titular de Derecho civil
Universidad a Distancia de Madrid

RESUMEN: En este artículo se hace un análisis de cómo la jurisprudencia ha ido delimitando el deber de diligencia del abogado a la hora de imputar la responsabilidad civil cuando se produce un daño derivado de su actuación. Para ello, se parte de la regulación legal de los deberes de diligencia del abogado, tomando en consideración su normativa profesional y, en especial, su regulación en el reciente Código Deontológico de la Abogacía; y se establecen las consecuencias jurídicas de su incumplimiento, que se traduce en una responsabilidad disciplinaria y una responsabilidad civil profesional si se cumplen los presupuestos que ha ido precisando la jurisprudencia. A continuación, se analiza la negligencia profesional en relación al supuesto concreto de ausencia del ejercicio de la acción en el plazo legal, la naturaleza jurídica de esta obligación y la carga de la prueba, a través de la jurisprudencia dictada por nuestro Tribunal Supremo, realizando una especial consideración a la reciente sentencia de 10 de junio de 2019.

ABSTRACT: This article analyzes how the jurisprudence has been delimiting the duty of diligence of the lawyer to attribute civil liability when there is a damage. For this, it is based on the legal regulation of the duty of diligence required on the lawyer, considering its professional regulations and, especially, its regulation in the recent Deontological Code of the Legal Profession; and the legal consequences of its default, which are a disciplinary and a professional civil liability if the requirements that have been defining the jurisprudence are met. Next, the professional malpractice is analyzed in relation to the specific case of the no exercise of the action in the legal term, the legal of this obligation and the burden of proof, through the jurisprudence dictated by our Supreme Court, performing special consideration to the recent judgment of June 10, 2019.

PALABRAS CLAVES: Responsabilidad civil. Negligencia profesional. Abogado. Deber de diligencia. Código deontológico.

KEY WORDS: Civil liability. Professional malpractice. Lawyer. Duty of diligence. Deontological code.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL DEBER DE DILIGENCIA EXIGIBLE AL ABOGADO: 1. Regulación legal del nivel de diligencia exigible. 2. Consecuencias del incumplimiento del nivel de diligencia exigible: *A) Responsabilidad dispuesta en las normas deontológicas. B) Responsabilidad civil profesional.*—III. EL DEBER DE DILIGENCIA EN EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN EN EL PLAZO LEGAL: 1. Ejercicio de la acción fuera de plazo. 2. Naturaleza jurídica de la obligación. 3. Carga de la prueba de la falta de diligencia.—IV. CONCLUSIONES.—V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. INTRODUCCIÓN

La exigencia de calidad y el aumento de la diligencia exigible en los servicios jurídicos prestados por los abogados, en consonancia con la cada vez mayor complejidad y la especialidad de las materias jurídicas, conducen a que cada vez se promuevan más reclamaciones contra estos profesionales.

En este contexto, la falta de diligencia en la actuación del abogado puede ser susceptible no solo de responsabilidad disciplinaria, cuando se infrinja alguno de sus deberes profesionales o deontológicos, sino de responsabilidad civil cuando se determine la existencia de una conducta negligente o un incumplimiento contractual que ocasione unos daños y perjuicios en el patrimonio o en los intereses del cliente.

En este trabajo nos centraremos especialmente en el supuesto del ejercicio extemporáneo por parte del abogado de las acciones de los derechos del cliente, ya que constituye uno de los supuestos de negligencia más relevantes y presenta ciertas características respecto a su propia naturaleza y a la carga de la prueba. Para ello, prestaremos una especial atención a la jurisprudencia dictada en este ámbito, pues constituye una herramienta imprescindible para determinar los aspectos más relevantes que comprende el ejercicio del deber de diligencia exigible.

II. EL DEBER DE DILIGENCIA EXIGIBLE AL ABOGADO

1. Regulación legal del nivel de diligencia exigible

El abogado en su actuación diligente debe cumplir con su normativa profesional: el Código Deontológico de la Abogacía española, el Código de Deontología de los Abogados en la Unión Europea, el Estatuto de la Abogacía Española, la normativa desarrollada por los Consejos de Colegios autonómicos y los Estatutos del Ilustre Colegio al que pertenezca, así como los del colegio de acogida o en el que desarrolle una determinada actuación profesional. Dichas normas ofrecen las pautas generales de la buena praxis profesional, elemento primordial tanto a la hora de determinar la existencia de una responsabilidad deontológica como de una responsabilidad civil profesional del abogado.

En relación con la diligencia exigible en las obligaciones derivadas de las relaciones contractuales entre el abogado y el cliente, debe tenerse en cuenta

que el objeto de este contrato es, como regla general, la prestación de un servicio, en el que se incluyen obligaciones como la defensa ante los tribunales de los derechos y libertades del cliente o el asesoramiento, el consejo jurídico y la negociación de sus intereses jurídicos.

De este modo, el abogado debe suministrar al cliente todos sus conocimientos jurídicos y emplearlos diligentemente para alcanzar el mayor beneficio de sus intereses o protección de sus derechos. En este sentido, el Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española, en su artículo 42, establece como obligaciones del abogado, además de las que se deriven de sus relaciones contractuales, «el cumplimiento de la misión de defensa que le sea encomendada con el máximo celo y diligencia y guardando el secreto profesional» (art. 42.1), debiendo realizar «diligentemente las actividades profesionales que le imponga la defensa del asunto encomendado, ateniéndose a las exigencias técnicas, deontológicas y éticas adecuadas a la tutela jurídica de dicho asunto y pudiendo auxiliarse de sus colaboradores y otros compañeros, quienes actuarán bajo su responsabilidad» (art. 42.1).

Por otro lado, el Código Deontológico de la Abogacía, aprobado por el Pleno del Consejo General de la Abogacía Española el 6 de marzo de 2019 también recoge estas exigencias en la actuación profesional del abogado, debiendo realizar una conducta íntegra, honrada, leal, veraz y diligente, en su relación con el cliente (art. 4), y contribuir a la diligente tramitación de los asuntos que se le encomienden y de los procedimientos en los que intervenga, en su relación con los tribunales [art. 10.2 e)]. Como normas generales en las relaciones del abogado con los clientes precisa que se le debe asesorar y defender con el máximo celo y diligencia, intentando encontrar la solución más adecuada al encargo recibido, incluso debiendo asesorar al cliente sobre la posibilidad y consecuencias de llegar a un acuerdo o de acudir a otros medios de resolución de conflictos (art. 12.A.8); llevar el encargo a término en su integridad, mientras se esté actuando para el cliente (art. 12.A.9); o comunicar la renuncia a la defensa o al asesoramiento de forma fehaciente, cualquiera que sea su causa, por escrito dirigido al cliente y, en su caso, al órgano judicial o administrativo ante el que hubiere comparecido (art. 12.A.11). Por otro lado, respecto a los deberes de información, el abogado debe poner en conocimiento del cliente la opinión sobre las posibilidades de sus pretensiones y el resultado previsible del asunto, procurando disuadirle de promover conflictos o ejercitar acciones judiciales sin fundamento [art. 12.B.2 a)]; informar sobre la evolución del asunto encomendado, las resoluciones trascendentes, los recursos contra las mismas, las posibilidades de transacción, la conveniencia de acuerdos extrajudiciales o las soluciones alternativas al litigio [art. 12. B. 2 e)]; o darle a conocer la inviabilidad fundada de la interposición de recursos u otras acciones contra las resoluciones que pongan fin, total o parcialmente, al proceso con plazo preclusivo, con tiempo suficiente para que el cliente pueda recabar otra opinión o encargar su defensa a un tercero [art. 12. B. 2 h)].

2. Consecuencias del incumplimiento del nivel de diligencia exigible

A) Responsabilidad dispuesta en las normas deontológicas

La vulneración de los deberes profesionales o deontológicos podrá dar lugar a una responsabilidad disciplinaria, tal y como recoge el artículo 80 del Estatuto de la Abogacía. En caso de que se produzca dicha infracción, existirá una

falta disciplinaria que, en función de su gravedad, podrá conllevar sanciones de distintos tipos (desde las más leves de amonestación o el apercibimiento hasta la suspensión en el ejercicio profesional, llegando incluso hasta la expulsión del colegio e inhabilitación profesional) y, en determinados colegios autonómicos, la imposición de multas pecuniarias.

Por otro lado, en esta normativa también encontramos disposiciones que establecen la responsabilidad civil del abogado remitiéndose a la legislación civil. De esta manera, el Estatuto General de la Abogacía Española, en su título VIII, capítulo primero, bajo el epígrafe «Responsabilidad penal y civil», posibilita que el abogado incurra en dichas responsabilidades en el ejercicio de su profesión, por un lado, por los delitos que cometan y, por otro lado, en el orden civil, «cuando por dolo o negligencia dañen los intereses cuya defensa les hubiere sido confiada, responsabilidad que será exigible conforme a la legislación ordinaria ante los tribunales de justicia, pudiendo establecerse legalmente su aseguramiento obligatorio» (art. 78). En cuanto al Código Deontológico de la Abogacía, aunque establece unas normas de comportamiento que permiten garantizar el derecho de defensa de una forma efectiva y satisfacer los derechos del cliente, no contiene ninguna disposición al respecto, solo se limita a establecer el deber de aseguramiento de la responsabilidad civil en cuantía adecuada a los riesgos que implique el ejercicio profesional (art. 20). Esta exigencia también se encuentra recogida por el Código de Deontología de los Abogados en la Unión Europea, que impone la obligación de extender el seguro a los servicios que preste en el Estado Miembro de acogida y si no fuera posible informar al cliente de esa situación (punto 3.9).

Por otro lado, en la normativa profesional también se prevé una responsabilidad por hecho ajeno, la cual aparece contemplada en diversos preceptos, por ejemplo, en el artículo 27.2 del Estatuto de la Abogacía, que establece la responsabilidad profesional del abogado titular de un despacho profesional individual frente a su cliente de las gestiones o actuaciones que efectúen sus pasantes o colaboradores, sin perjuicio de la propia responsabilidad disciplinaria; o en el artículo 12.A.8, que señala la obligación de asesorar y defender al cliente con el máximo celo y diligencia, «asumiéndose personalmente la responsabilidad del trabajo encargado sin perjuicio de las colaboraciones que se recaben».

B) Responsabilidad civil profesional

Para delimitar la responsabilidad civil por una actuación profesional negligente, debe acudirse a la legislación ordinaria, concretamente, al artículo 1101 del Código civil (CC), en el ámbito de la responsabilidad contractual, ya que «en la relación del abogado con su cliente, si el primero de ellos incumple las obligaciones contratadas, o las que son consecuencia necesaria de su actividad profesional, estamos en presencia de una responsabilidad contractual» (SSTS de 22 de abril de 2013 y 10 de junio de 2019). Ahora bien, si se contrata el servicio a un despacho profesional y el daño es causado por la falta de diligencia del abogado asignado, sería oportuno demandar al despacho de abogados, con el que se ha suscrito un contrato, en virtud de dicha responsabilidad contractual del artículo 1101 del Código civil, resultando posible también reclamar al letrado actuante, fundamentando la reclamación en la responsabilidad extracontractual del artículo 1902 del Código civil, sin perjuicio de la responsabilidad por hecho ajeno del despacho por la conducta del dependiente del artículo 1903 del Código civil. También debe tenerse en cuenta que en el caso de tratarse de una sociedad

profesional resultaría de aplicación la Ley 2/2007 de 15 de marzo, de Sociedades Profesionales, en cuanto que la sociedad profesional y los profesionales que actúan en su seno deben ejercer de conformidad con el régimen deontológico y disciplinario propio de la profesión (en este caso de la abogacía), posibilitando que el perjudicado pueda reclamar no solo al abogado por su actuación negligente sino al despacho profesional en el que presta sus servicios de manera solidaria.

A la hora de apreciar esta responsabilidad civil profesional del abogado, la jurisprudencia viene definiendo el contenido de una serie de presupuestos:

a) La existencia previa de una relación contractual entre el abogado y el cliente, mediante la cual el cliente encarga al abogado la defensa de sus derechos o intereses y este se compromete a realizar a cambio de una contraprestación.

b) Una acción u omisión profesional, puesto que el resultado dañoso puede ser producto de una acción del abogado, por ejemplo, un error en el planteamiento del asunto; o una omisión profesional, como es el caso que vamos a analizar más detenidamente de prescripción o ausencia de interposición de la acción en plazo.

c) Una conducta antijurídica o incumplimiento contractual, es decir, la acción u omisión del abogado debe infringir las normas profesionales derivadas del cumplimiento de la *lex artis*. La jurisprudencia precisa, al respecto, que «el deber de defensa judicial debe ceñirse al respeto de la *lex artis* [reglas del oficio], esto es, de las reglas técnicas de la abogacía comúnmente admitidas y adaptadas a las particulares circunstancias del caso» (SSTS de 14 de julio de 2010, 22 de abril de 2013 y 10 de junio de 2019). Teniendo en cuenta, además, que el cumplimiento de las obligaciones nacidas de un contrato «debe ajustarse a la diligencia media razonablemente exigible según su naturaleza y circunstancias» (SSTS de 22 de abril de 2013 y 10 de junio de 2019).

d) La existencia de nexo causal entre la conducta del abogado y el daño ocasionado al cliente, es decir, es necesario que la negligencia sea la causa del resultado dañoso. En este sentido, la jurisprudencia aprecia que se tome en consideración «la propia naturaleza del debate jurídico que constituye la esencia del proceso excluye que pueda apreciarse la existencia de una relación causal, en su vertiente jurídica de imputabilidad objetiva, entre la conducta del abogado y el resultado dañoso, en aquellos supuestos en los cuales la producción del resultado desfavorable para las pretensiones del presunto dañado por la negligencia de su abogado debe entenderse como razonablemente aceptable en el marco del debate jurídico procesal y no atribuible directamente, aun cuando no pueda afirmarse con absoluta seguridad, a una omisión objetiva y cierta imputable a quien ejerce profesionalmente la defensa o representación de la parte que no ha tenido buen éxito en sus pretensiones» (STS de 30 de noviembre de 2005 y 14 de julio de 2010).

e) Y, por último, la existencia de daños acreditados y derivados del incumplimiento. Ahora bien, aunque esos daños deben resultar probados, resultaría posible establecer su existencia por presunciones, si el enlace es lógico (SSTS de 5 de junio de 1985, 17 de septiembre de 1987 o 29 de mayo de 2003), por ejemplo, si el cliente se ve privado del derecho de acceso a la interposición de un recurso o a la tutela judicial efectiva al haber prescrito una acción por desidia del letrado. A este respecto, señala la STS del 28 de junio de 2012 que existe: «una relación de certeza objetiva entre el incumplimiento de su obligación por parte del profesional jurídico y la inadmisión o desestimación de las pretensiones formuladas en defensa de su cliente, como ocurre de forma señalada, entre otros, en los supuestos de falta de presentación de escritos en los plazos establecidos o de omisión de trámites exigidos por la ley como carga para hacer valer las

respectivas pretensiones o —cuando se trata de solicitar el abono de una indemnización por daños y perjuicios— la omisión de algún concepto indemnizable con arreglo a la jurisprudencia consolidada de los tribunales, como es el caso del daño moral o del lucro cesante (STS de 14 de diciembre de 2005)». Cuestión distinta es el criterio de reparación del daño que debe aplicarse ante la ausencia de ejercicio de la acción en el plazo legal ya que no existe un criterio unánime, al considerar que resulta imposible saber cuál hubiera sido el resultado, sin realizar conjeturas[1], por lo que para que proceda una indemnización derivada de la pérdida de oportunidades debe existir una razonable certidumbre de la probabilidad del resultado (SSTS de 15 y 28 de febrero, 23 de julio y 23 de octubre de 2008; 12 de mayo de 2009; 31 de marzo, 30 de abril y 27 de mayo de 2010; o 9 de marzo, 27 de septiembre y 27 de octubre de 2011). Por lo tanto, para poder determinar el daño indemnizable habrá que analizar qué consecuencias ocasionó y qué posibilidades se denegó al cliente.

III. EL DEBER DE DILIGENCIA EN EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN EN EL PLAZO LEGAL

El abogado debe prestar sus servicios profesionales con el máximo celo y diligencia, efectuando una diligente tramitación de los asuntos que se le encomienden, debiendo llevar el encargo a término en su integridad, salvo en caso de renuncia expresa, como hemos visto que señala su normativa profesional.

1. Ejercicio de la acción fuera de plazo

En el caso de incumplimiento de ejercicio de la acción en plazo, la jurisprudencia ha venido estimando la responsabilidad profesional por desidia si permite la prescripción de una acción (SSTS de 16 de diciembre de 1996, 21 de enero de 1998, 9 de julio de 2004, 27 de octubre de 2011, 4 de febrero y de 1 de julio de 2016); deja caducar una acción (SSTS de 1 de junio de 2018, 5 de julio de 2013, 27 de septiembre de 2011 o 28 de enero de 1998). En el marco de las Audiencias Provinciales, existen numerosas resoluciones que estiman la responsabilidad de letrado por no interponer la demanda o ejercitar la acción en el plazo legal (SSAP de Jaén, Sección 1.ª, de 21 de mayo de 2019; de Cáceres, Sección 1.ª, de 28 de mayo de 2019 y de 11 de julio de 2019; de Barcelona, Sección 1.ª, de 13 de junio de 2019; de Asturias, Sección 5.ª, de 30 abril de 2018; de Salamanca, Sección 1.ª, de 29 de enero de 2018, entre las más recientes).

Del mismo modo, también se ha estimado la negligencia del abogado por no interponer recurso contra la sentencia o resolución dictada (entre otras, las SSTS de 29 de mayo de 2003 o 25 de junio de 1998; o las SSAP de Alicante, Sección 8.ª, de 18 de septiembre de 2014; de La Rioja, Sección 1.ª, de 28 de marzo de 2017 o de Pontevedra, Sección 1.ª, de 22 de mayo de 2017; de Madrid, Sección 18.ª, de 3 de abril de 2017). Si bien, en ocasiones se ha desestimado la responsabilidad del letrado al considerar que en el recurso que no se había presentado prácticamente se eliminaban las posibilidades de éxito del mismo, por lo que no determinó la frustración del derecho a la indemnización que se reclamaba (STS de 19 de noviembre de 2013).

Precisamente, la última de las sentencias dictadas por nuestro Tribunal Supremo en esta materia ha sido la de fecha de 10 de junio de 2019, que resulta

ilustrativa porque desestima el recurso relativo a la responsabilidad del abogado solicitada por una empresa de servicios médicos, reclamando una indemnización de 110.469 euros en concepto de daños y perjuicios como consecuencia de la negligencia profesional del abogado por un incorrecto asesoramiento en el encargo de presentar un recurso de alzada contra una resolución administrativa, que conllevó que el consejero delegado de la entidad lo presentara fuera de plazo. La sentencia de Primera Instancia desestima la demanda argumentando la ausencia de negligencia del letrado demandado, considerando que las partes acostumbraban a relacionarse por correo electrónico y que por este medio les indicó las dudas que albergaba sobre el cómputo del plazo, aconsejando interponer el recurso sin agotar el plazo. Desestimada la demanda, se interpone recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Cádiz, argumentando un error en la apreciación de la prueba, al considerar probada la existencia de negligencia, no solo por la pérdida del plazo para la interposición del recurso sino, además, por su incorrecta información sobre el día en el que acababa el plazo. No obstante, se desestima el recurso y se confirma lo dispuesto en primera instancia. El Tribunal considera que la causa del daño fue la lectura tardía del correo por parte del consejero delegado, que se encontraba de viaje (el día 26 de junio, siendo enviado el día 23 de junio), donde se recomendaba no agotar el plazo (y presentar el recurso el día 24 o 25 de junio, y ello aunque la información facilitada por el letrado no fuera acorde con el criterio jurisprudencial sobre el cómputo), siendo dicha causa imputable solo a la actora. Contra dicha sentencia, se interpuso recurso de casación, siendo desestimada su pretensión.

El Alto Tribunal recuerda los siguientes aspectos de la doctrina jurisprudencial dictada en relación a la responsabilidad civil profesional del abogado:

• La relación contractual existente entre abogado y cliente se desenvuelve normalmente en el marco de un contrato de gestión que la jurisprudencia construye, de modo no totalmente satisfactorio, con elementos tomados del arrendamiento de servicios y del mandato. El cumplimiento de las obligaciones nacidas de un contrato debe ajustarse a la diligencia media razonablemente exigible según su naturaleza y circunstancias. En la relación del abogado con su cliente, si el primero de ellos incumple las obligaciones contratadas, o las que son consecuencia necesaria de su actividad profesional, estamos en presencia de una responsabilidad contractual.

• El deber de defensa judicial debe ceñirse al respeto de la *lex artis*, esto es, las reglas técnicas de la abogacía comúnmente admitidas y adaptadas a las particulares circunstancias del caso.

• La jurisprudencia ha precisado que, tratándose de una responsabilidad subjetiva de carácter contractual, la carga de la prueba de la falta de diligencia en la prestación profesional, del nexo de causalidad con el daño producido, y de la existencia y alcance de este corresponde a la parte que demanda la indemnización por incumplimiento contractual. El juicio de imputabilidad en que se funda la responsabilidad del abogado exige tener en cuenta que el deber de defensa no implica una obligación de resultado, sino una obligación de medios.

• Este criterio impone examinar si, como consecuencia del incumplimiento de las reglas del oficio, que deben resultar probadas, se ha producido una disminución notable y cierta de las posibilidades de defensa de la parte suficientes para ser configuradas como una vulneración objetiva del derecho a la tutela judicial efectiva y, por ello, un daño resarcible en el marco de la responsabilidad contractual que consagra el artículo 1101 del Código civil.

Por lo tanto, en este caso, se considera que no procede imputar la responsabilidad al abogado por ajustarse su actuación a la diligencia media razonablemente y cumplirse con el deber de informar al cliente sobre los plazos, aconsejando no agotarlos, aunque la información sobre el cómputo no hubiera sido correcta porque no se podría considerar como causa del daño.

De este modo, debemos recordar que no existe negligencia cuando el daño es ocasionado por la actuación poco diligente o la desidia del cliente. Existen otras resoluciones también en este sentido, incluso, en el supuesto en el que es el cliente el que da la orden de presentar una demanda de reclamación de daños cuando la acción ya está prescrita (STS de 26 de mayo de 2006). Si bien, resultaría cuestionable la exoneración de responsabilidad del abogado si se limita simplemente a seguir las instrucciones de su cliente[2], porque el propio Código Deontológico de la Abogacía establece un extenso deber de información y el deber de poner en conocimiento del cliente las probabilidades de éxito de su pretensión y el resultado previsible del asunto (art. 12. B.2). Es más, se permite rechazar tales instrucciones cuando estén en contra de los propios criterios profesionales, debiendo cesar, en ese caso, en el asesoramiento o la defensa (art. 2.4).

De acuerdo con lo expuesto, téngase en cuenta que el deber de información constituye el primer deber que incumbe al abogado, incluso antes del ejercicio de cualquier acción legal. Este deber debería extenderse a los posibles riesgos cuando el abogado va a seguir una línea de defensa minoritaria, es decir, «si el letrado decide alejarse de la opinión mayoritaria y ello conlleva riesgos añadidos para su cliente (p.ej., menores probabilidades de éxito)»[3]; y aplicarse durante todo el proceso, incluso después de que se dicte sentencia[4]. En esta línea, la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2005 pone de manifiesto la existencia de responsabilidad civil del abogado por no informar al cliente de la posibilidad de interponer un recurso de apelación frente a la sentencia de instancia que estimaba solo parcialmente su demanda.

2. Naturaleza jurídica de la obligación

Si el abogado cumple con la diligencia exigida en su profesión (*lex artis ad hoc*) no existirá responsabilidad profesional frente al cliente. En virtud de ello, el abogado no se encuentra obligado a garantizar un resultado concreto, salvo que expresamente lo haya pactado. De hecho, como regla general, la obligación contractual del abogado no es una obligación de resultado (por ejemplo, lograr la admisión y estimación de un recurso, la absolución del cliente o el éxito de un acto procesal), sino que nos encontramos ante una obligación de medios. El resultado de un proceso judicial o de una resolución administrativa y, por lo tanto, el éxito obtenido no se encuentra en consonancia con la diligencia empleada por el letrado ya que no siempre que se pierde un asunto o no se consigue el resultado previsto estamos ante un caso de negligencia profesional. Por lo tanto, el abogado no se compromete (salvo indicación expresa) a asegurar el resultado, sino únicamente a desarrollar su profesión en consonancia con la llamada *lex artis*[5].

A estos efectos, la doctrina jurisprudencial ha señalado que no se trata de una obligación de resultado, al no ser posible garantizar el éxito de cualquier decisión judicial. En este sentido, resulta ilustrativa la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2003, recogida por las sentencias 14 de julio de 2005, 30 de marzo de 2006 y 27 de octubre de 2011, que señala que «en el encargo al abogado por su cliente, es obvio que se está en presencia por lo general

y al margen de otras prestaciones, en su caso, conexas de un arrendamiento de servicios o *locatio operarum* (…), en la idea de que una persona con el título de abogado o procurador se obliga a prestar unos determinados servicios, esto es, el desempeño de la actividad profesional a quien acude al mismo acuciado por la necesidad o problema solicitando la asistencia consistente en la correspondiente defensa judicial o extrajudicial de los intereses confiados; el abogado, pues, comparte una obligación de medios, obligándose exclusivamente a desplegar sus actividades con la debida diligencia y acorde con su *lex artis*, sin que por lo tanto garantice o se comprometa al resultado de la misma —*locatio operis*— el éxito de la pretensión». Y continúa indicando que «cualquiera que hubiera sido la actuación ejemplarizante o diligente en el supuesto de que así se actuara por parte de los profesionales del Derecho, ello no condicionaría el éxito seguro, no solo de la pretensión en cuanto a la defensa de los intereses confiados por los clientes, sino también la alusión de cualquier tipo de perjuicio derivado de la existencia de un procedimiento litigioso, ya que —se repite una vez más— esos eventos dependen (o provendrán) de una decisión soberana totalmente independiente emitida por los órganos judiciales, lo que «pertenece de lleno al estricto campo de las conjeturas» (SSTS de 11 de noviembre de 1997, 25 de junio de 1998 y 29 de mayo de 2003)».

En la misma dirección, se pronuncia, como hemos visto, la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 2019, al poner de relieve dicha obligación de medios: «El juicio de imputabilidad en que se funda la responsabilidad del abogado exige tener en cuenta que el deber de defensa no implica una obligación de resultado, sino una obligación de medios, en el sentido de que no comporta, como regla general, la obligación de lograr una estimación o una resolución favorable a las pretensiones deducidas o a la oposición formulada contra las esgrimidas por la parte contraria, pues esta dependerá, entre otros factores, de haberse logrado la convicción del juzgador». Doctrina que se recoge en las SSTS de 14 de julio de 2005, 14 de diciembre de 2005, 30 de marzo de 2006, 30 de marzo de 2006, 26 de febrero de 2007, 23 de julio de 2008, 23 de febrero, 31 de marzo y 14 de julio de 2010, 27 de septiembre de 2011, 5 de junio de 2013, 1 de julio de 2016, 6 de junio de 2018, entre otras.

Ahora bien, a la hora de determinar la naturaleza jurídica, no siempre la relación existente será la de arrendamiento de servicios, ya que son posibles los supuestos en los que nos encontremos ante un contrato de obra determinada, como es el caso de un contrato suscrito entre abogado y cliente para la elaboración de un informe o un dictamen[6], o incluso para presentar un recurso ante una resolución). En tales casos, el abogado se obligaría a producir un resultado a cambio de un precio, por lo que será suficiente con que el cliente acredite el incumplimiento del resultado pactado. Cuestión distinta es el resultado que se consiga, es decir, si el abogado es contratado para interponer un recurso y lo interpone, respetando la *lex artis*, no responderá del resultado obtenido, que decidirá un tercero.

3. Carga de la prueba de la falta de diligencia

El cliente debe probar los presupuestos de la responsabilidad del abogado, el cual, *ab initio,* goza de la presunción de diligencia en su actuación profesional (STS de 30 de diciembre de 2002). Por lo tanto, la carga de la prueba de la falta de diligencia del abogado corresponde al cliente, ya que, como hemos apuntado,

la jurisprudencia considera que al tratarse de una responsabilidad subjetiva de carácter contractual, «la carga de la prueba de la falta de diligencia en la prestación profesional, del nexo de causalidad con el daño producido, y de la existencia y alcance de este corresponde a la parte que demanda la indemnización por incumplimiento contractual» (SSTS de 10 de junio de 2019, 22 de abril de 2013, 14 de julio de 2010, 23 de julio de 2008, 21 de junio de 2007, 14 de julio de 2005).

Ahora bien, es necesario realizar una matización en el supuesto que estamos analizando, es decir, cuando el abogado no actúa en cumplimiento de sus obligaciones profesionales y deja de interponer un recurso en el plazo habilitado para ello. En este caso, será suficiente con que el cliente acredite el incumplimiento del resultado pactado. Precisamente, conforme al artículo 217.7 LEC, deberá tenerse en cuenta la disponibilidad y la facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio. En consonancia con lo expresado, debería ser el abogado el que pruebe que si se produce un daño no fue debido a su actuación de no ejercitar la acción en el plazo legal, por encontrarse en mejor posición para justificar su conducta[7]. Por lo tanto, en este supuesto, se podría presumir la culpa del profesional, invirtiéndose al respecto la carga de la prueba, pudiéndose también acudir al artículo 1183 del Código civil, «aplicándolo bien por analogía o por entender que recoge un principio general aplicable no solo a la obligación de entregar una cosa sino también a la de hacer)» (STS de 28 de enero de 1998).

Cuestión distinta es que, por un lado, dicho recurso no fuera viable (STS de 15 de junio de 2018); y, por otro, que el cliente no acredite que efectivamente efectuó la orden de formalizar el recurso. Sin embargo, no debemos olvidar que el abogado tendría el deber de informar previamente al cliente de la posibilidad de interponer un recurso contra una resolución, como hemos visto que señala su Código Deontológico. Es por esta razón por la que no se les debe situar en el mismo nivel de diligencia al cliente y al abogado, ya que a este se le exige el máximo celo y diligencia en el asesoramiento y defensa del cliente y, por dicho motivo, debiera dejar constancia de su notificación al cliente y su respuesta (o ausencia de la misma) relativa a la posibilidad de interposición de dicho recurso.

IV. CONCLUSIONES

I. El abogado en su actuación diligente debe cumplir con su normativa profesional, cuyo contenido es preciso conocer, y que le impone prestar sus servicios profesionales con el máximo celo, efectuando una diligente tramitación de los asuntos que se le encomienden, que incluye llevar el encargo a término en su integridad, salvo en caso de renuncia expresa.

II. La vulneración de los deberes profesionales o deontológicos, amén de la responsabilidad disciplinaria, podrá dar lugar a una responsabilidad civil profesional, conforme al artículo 1101 del Código civil. En el caso de que se contrate la prestación del servicio jurídico con un despacho y el daño sea causado por la falta de diligencia del abogado asignado, se podrá fundamentar la reclamación frente a este último en la responsabilidad extracontractual del artículo 1902 del Código civil, sin perjuicio de la responsabilidad por hecho ajeno del despacho.

III. Existirá negligencia del abogado en el caso de incumplimiento de ejercicio de una acción en el plazo legal que corresponda. No obstante, tal y como

resuelve la STS de 10 de junio de 2019, no procede imputarle la responsabilidad si actúa con la diligencia media razonablemente y cumple con el deber de informar al cliente sobre los plazos, aconsejando no agotarlos, incluso, aunque pudiera existir algún error en la información siempre que ello no se considere causa del daño.

IV. Aunque la relación existente entre abogado y cliente suele ser la de un arrendamiento de servicios, también son posibles los supuestos de contrato de obra determinada, como es el caso de un contrato para la elaboración de un informe, un dictamen o la presentación de un recurso ante una resolución, en los que el abogado se obliga a producir un resultado a cambio de un precio, resultando suficiente que no se haya realizado para probar el incumplimiento. Cuestión distinta es el resultado que se consiga ya que el abogado no se encuentra obligado a garantizar un resultado concreto, salvo que expresamente lo haya pactado.

V. La carga de los presupuestos de la responsabilidad civil profesional del abogado, que han sido definidos por la jurisprudencia, corresponde al cliente. Esa carga se extiende también a la falta de diligencia del abogado, presumiéndose su diligencia profesional. Ahora bien, si el daño fue debido al no ejercicio de la acción en el plazo legal, es suficiente con que acredite la orden de formalizar la misma, presumiéndose la culpa del abogado en caso de incumplimiento. No obstante, el abogado tiene un deber de información previo sobre la posibilidad de interponer una acción o de efectuar un recurso contra una resolución, sin que se pueda exigir el mismo nivel de diligencia al cliente y el abogado ya que a este se le exige el máximo celo y diligencia en el asesoramiento y defensa, lo que incluiría dejar constancia de su notificación al cliente y su respuesta (o ausencia de la misma).

V. BIBLIOGRAFÍA

ARIAS TOIRÁN, V. (2017). La responsabilidad del abogado: ¿debe informar de que sigue una línea minoritaria para la defensa de su cliente? *Diario La Ley,* núm. 9051.

CERVILLA GARZÓN, M.ª D. (2000). Responsabilidad civil del abogado por incumplimiento de la obligación de información (comentario a la STS de 14 de mayo de 1999). *Revista de Derecho Patrimonial,* núm. 5, 281-286.

CRESPO MORA, M.ª C. (2005). *La responsabilidad del abogado en el derecho civil.* Madrid: Civitas.

REGLERO CAMPOS, F. (2007). La responsabilidad civil de abogados en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. *Revista de Responsabilidad Civil y Seguro,* núm. 21, 21-44.

GONZÁLEZ BARRIOS, I. (2016). Abogada que actúa en base a las instrucciones recibidas de sus clientes: inexistente responsabilidad profesional: SAP Madrid de 17 de noviembre de 2015. *Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro,* núm. 4, 34-36.

MONTERROSO CASADO, E. (2016). La responsabilidad civil del abogado. En *Responsabilidad profesional,* 2.ª ed. Madrid: CEF.

— (2018). Negligencia profesional del abogado: delimitación de cuándo la revictimización de los clientes es indemnizada. En E. Monterroso (Dir.): *Responsabilidad profesional.* Valencia: Tirant lo Blanch, 113-175.

SÁNCHEZ PEDROCHE, J. A. (2016). La responsabilidad civil del asesor fiscal. En E. Monterroso (coord.). *Responsabilidad profesional,* 2.ª ed. Madrid: CEF.

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

Sentencias del Tribunal Supremo

- STS de 10 de junio de 2019
- STS de 15 de junio de 2018
- STS de 6 de junio de 2018
- STS de 1 de junio de 2018
- STS de 1 de julio de 2016
- STS de 4 de febrero de 2016
- STS de 19 de noviembre de 2013
- STS de 5 de julio de 2013
- STS de 5 de junio de 2013
- STS de 22 de abril de 2013
- STS de 28 de junio de 2012
- STS de 27 de octubre de 2011
- STS de 27 de septiembre de 2011
- STS de 9 de marzo de 2011
- STS de 14 de julio de 2010
- STS de 27 de mayo de 2010
- STS de 30 de abril de 2010
- STS de 31 de marzo de 2010
- STS de 23 de febrero de 2010
- STS de 12 de mayo de 2009
- STS de 23 de octubre de 2008
- STS de 23 de julio de 2008
- STS de 28 de febrero de 2008
- STS de 15 de febrero de 2008
- STS de 21 de junio de 2007
- STS de 26 de febrero de 2007
- STS de 26 mayo de 2006
- STS de 30 de marzo de 2006
- STS de 14 de diciembre de 2005
- STS de 30 de noviembre de 2005
- STS de 14 de julio de 2005
- STS de 9 de julio de 2004
- STS de 12 de diciembre de 2003
- STS de 29 de mayo de 2003
- STS de 30 de diciembre de 2002
- STS de 25 de junio de 1998
- STS de 28 de enero de 1998
- STS de 21 de enero de 1998
- STS de 11 de noviembre de 1997
- STS de 16 de diciembre de 1996
- STS de 17 de septiembre de 1987
- STS de 5 de junio de 1985

Sentencias de Audiencias Provinciales

- SAP de Cáceres, Sección 1.ª, de 11 de julio de 2019

- SAP de Barcelona, Sección 1.ª, de 13 de junio de 2019
- SAP de Cáceres, Sección 1.ª, de 28 de mayo de 2019
- SAP de Jaén, Sección 1.ª, de 21 de mayo de 2019
- SAP de Asturias, Sección 5.ª, de 30 de abril de 2018
- SAP de Salamanca, Sección 1.ª, de 29 de enero de 2018
- SAP de Pontevedra, Sección 1.ª, de 22 de mayo de 2017
- SAP de Madrid, Sección 18.ª, de 3 de abril de 2017
- SAP de La Rioja, Sección 1.ª, de 28 de marzo de 2017
- SAP de Alicante, Sección 8.ª, de 18 de septiembre de 2014

NOTAS

[1] Para un mayor análisis sobre el daño causado al cliente y los criterios de reparación, véase MONTERROSO CASADO, E. (2018). Negligencia profesional del abogado: delimitación de cuándo la revictimización de los clientes es indemnizada. En E. Monterroso (Dir.): *Responsabilidad profesional.* Valencia: Tirant lo Blanch, 164-172.

[2] Véase GONZÁLEZ BARRIOS, I. (2016). Abogada que actúa en base a las instrucciones recibidas de sus clientes: inexistente responsabilidad profesional: SAP Madrid de 17 de noviembre de 2015. *Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro*, núm. 4, 34-36. Para SÁNCHEZ PEDROCHE (2016) entre el consejo al cliente y su materialización efectiva se interpone la voluntad del cliente, «lo que difumina extraordinariamente la relación de causalidad en el juicio de responsabilidad civil» (La responsabilidad civil del asesor fiscal. En E. Monterroso (coord.). *Responsabilidad profesional,* 2.ª ed. Madrid: CEF, 99).

[3] ARIAS TOIRÁN, V. (2017). La responsabilidad del abogado: ¿debe informar de que sigue una línea minoritaria para la defensa de su cliente. *Diario La Ley,* núm. 9051.

[4] Véase CERVILLA GARZÓN, M.ª D. (2000). Responsabilidad civil del abogado por incumplimiento de la obligación de información (comentario a la STS de 14 de mayo de 1999). *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 5, 281-286.

[5] MONTERROSO CASADO, E. (2016). La responsabilidad civil del abogado. En *Responsabilidad profesional,* 2.ª ed., CEF, Madrid, 2016, 64.

[6] CRESPO MORA, M.ª C. (2005). *La responsabilidad del abogado en el derecho civi*l. Madrid: Civitas, 78-89; y REGLERO CAMPOS, F. (2007). La responsabilidad civil de abogados en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. *Revista de Responsabilidad Civil y Seguro*, núm. 21, 25.

[7] MONTERROSO, E. (2018). Negligencia profesional del abogado: delimitación de cuándo la revictimización de los clientes es indemnizada., *op. cit.,* 150.

1.7. Concursal Civil

El vencimiento anticipado de los préstamos hipotecarios tras la STJUE de 26 de marzo de 2019 y la STS de 11 de septiembre de 2019*

The anticipated maturity of the mortgage loans after the STJUE of March 26, 2019 and the STS of September 11, 2019

por

TERESA ASUNCIÓN JIMÉNEZ PARÍS
Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil
Universidad Complutense de Madrid

RESUMEN: La cláusula de vencimiento anticipado del préstamo hipotecario constituye el fundamento de la ejecución hipotecaria y permite el ejercicio de la acción real hipotecaria por el acreedor sobre el bien hipotecado. Sobre la base de la inicial redacción del artículo 693.2 LEC, las cláusulas incluidas como condición general de la contratación en préstamos inmobiliarios a consumidores permitían que el deudor perdiera el beneficio del plazo por impago de una sola cuota de amortización. Estas cláusulas fueron consideradas abusivas por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE de 14 de marzo de 2013) al no determinar la pérdida de dicho beneficio en función de la cuantía y duración de la deuda. La Ley 1/2013 modificó el artículo 693.2 LEC en el sentido de permitir la validez de las cláusulas en caso de estipularse para el impago de tres cuotas mensuales. Las entidades financieras ajustaron su praxis a dicha disposición legal, pretendiendo que la ejecución hipotecaria continuara en los casos de incumplimiento de tres o más plazos mensuales, aunque el contrato contuviera la mencionada cláusula abusiva. Esta solución fue aceptada por el Tribunal Supremo considerando que pese a la nulidad de la cláusula debía valorarse el concreto ejercicio que del vencimiento anticipado hacía el acreedor (esto es, si se ajustaba al mínimo legal y los parámetros señalados por la STJUE de 14 de marzo de 2013), pues ello podía redundar en beneficio del consumidor. Planteada cuestión prejudicial por el Tribunal Supremo al Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la aplicación del *blue pencil test* y subsidiariamente, sobre la aplicación supletoria del artículo 693.2 LEC para permitir una integración *pro consumatore* del contrato, el Tribunal de Justicia considera que si el contrato de préstamo hipotecario no puede subsistir sin la cláusula de vencimiento anticipado y su nulidad total entraña consecuencias procesales particularmente perjudiciales para el consumidor procede una integración del contrato mediante

* Este trabajo se realiza en el marco del Proyecto de Investigación DER 2017-83321-P, «Tutela de los consumidores y clientes de servicios Fintech», dirigido por la Prof.ª Dra. Matilde CUENA CASAS, Catedrática de Derecho civil de la UCM.

la redacción que tenga el precepto legal base de la cláusula, con posterioridad a la celebración del contrato. La STS de 11 de septiembre de 2019 remite a estos efectos a la redacción dada al artículo 693.2 LEC por Ley 5/2019 (redacción que remite a su vez al art. 24 de esta norma).

ABSTRACT: The early maturity clause of the mortgage loan constitutes the foundation of the foreclosure and allows the real mortgage action to be exercised by the creditor on the mortgaged asset. Based on the initial wording of artículo 693.2 LEC, the clauses included as a general condition for contracting real estate loans to consumers allowed the debtor to lose the benefit of the term for non-payment of a single repayment installment. These clauses were considered abusive by the jurisprudence of the Court of Justice of the European Union (STJUE of March 14, 2013) as it did not determine the loss of said benefit based on the amount and duration of the debt. Law 1/2013 amended artículo 693.2 LEC in the sense of allowing the validity of the clauses in case of stipulation for the non-payment of three monthly installments. The financial entities adjusted their praxis to said legal provision, pretending that the foreclosure would continue in cases of non-compliance with three or more monthly installments, even if the contract contained the said abusive clause. This solution was accepted by the Supreme Court considering that despite the nullity of the clause, the specific exercise of the anticipated maturity had to be evaluated (that is, if it adjusted to the legal minimum and the parameters indicated by the STJUE of March 14 of 2013), as this could result in the benefit of the consumer. The question was referred for a preliminary decision by the Supreme Court to the Court of Justice of the European Union, specifically, on the application of the blue pencil test and, subsidiary, on the application of artículo 693.2 LEC to allow an integration of the contract in favor of the consumer. The Court considers that if the mortgage loan contract cannot subsist without the early expiration clause and its total nullity entails procedural consequences particularly harmful to the consumer, an integration of the contract proceeds through the wording that has the legal precept base of the clause, after the conclusion of the contract. The STS of September 11, 2019 refers for this purpose to the wording given to artículo 693.2 LEC by Law 5/2019 (wording that refers in turn to artículo 24 of this rule).

PALABRAS CLAVE: Vencimiento anticipado. Hipoteca. Cláusula abusiva. Integración del contrato.

KEY WORDS: Early maturity clause in the mortage. Abusive clause. Contract integration.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. LA PROBLEMÁTICA DEL VENCIMIENTO ANTICIPADO.—II. DOCTRINA MANTENIDA POR EL TRIBUNAL SUPREMO Y VOTOS PARTICULARES DEL MAGISTRADO ORDUÑA MORENO: 1. Sentencia del Tribunal Supremo (Pleno), de 23 de diciembre de 2015. *A) Argumentación y «ratio decidendi». B) Voto Particular del magistrado Orduña Moreno.* 2. Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 2016: *A) Argumentación y «ratio decidendi». B) Voto Particular del magistrado Orduña Moreno.*—III. DOCTRINA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE LOS EFECTOS

DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DE LA CLÁUSULA. STJUE DE 26 DE ENERO DE 2017.—IV. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL POR EL TRIBUNAL SUPREMO. AUTO DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 8 DE FEBRERO DE 2017.—V. CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL ANTE EL TJUE, DE 13 DE SEPTIEMBRE DE 2018. CONCLUSIONES AL ASUNTO C-70/17 Y C-179/17.—VI. LA STJUE DE 26 DE MARZO DE 2019. INTEGRACIÓN DEL CONTRATO DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO PARA EVITAR SU NULIDAD. —VII. LOS AATJUE DE 3 DE JULIO DE 2019: 1. Autos del TJUE de 3 de julio de 2019, asunto C-92/16 y C-167/16. 2. Auto del TJUE de 3 de julio de 2019, asunto C-486/16.—VIII. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (PLENO) 463/2019, DE 11 DE SEPTIEMBRE DE 2019.—IX. CONCLUSIONES.—X. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—XI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN. LA PROBLEMÁTICA DEL VENCIMIENTO ANTICIPADO

En fechas recientes, el Tribunal Supremo ha dictado la STS de 11 de septiembre de 2019 que resuelve o pretende resolver la problemática planteada por la existencia de cláusulas de vencimiento anticipado abusivas en los préstamos hipotecarios concertados antes de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social (en adelante, Ley 1/2013). Dichas cláusulas preveían el vencimiento anticipado de tales préstamos por el impago de una única cuota de amortización del préstamo (o incluso de una parte de la misma), dada la inicial dicción del artículo 693.2 Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC), que facultaba para incluir en el contrato una cláusula (condición general de la contratación) en tales términos[1].

La Ley 1/2013, consecuencia de la STJUE de 14 de marzo de 2013 que determinó unos parámetros en función de los cuales juzgar el carácter abusivo de tales cláusulas de vencimiento anticipado, introdujo en el procedimiento de ejecución hipotecaria (art. 695.1.4.ª LEC) con carácter retroactivo, la posibilidad de alegación de la existencia de cláusulas abusivas en el título ejecutivo (escritura de préstamo hipotecario); cláusulas que o bien determinaran la cantidad exigible en la ejecución, o bien constituyeran el fundamento de la misma como es el caso de la cláusula de vencimiento anticipado. Supuesto este en el que la apreciación de la abusividad debía conducir al sobreseimiento del procedimiento, según la propia dicción literal introducida por la Ley 1/2013 (arts. 695.3 y 4 LEC).

Dicha Ley 1/2013 dio también nueva redacción al artículo 693.2 LEC (que era el fundamento legal para el pacto de vencimiento anticipado en el préstamo hipotecario y la apertura de la ejecución), en el sentido de exigir para la validez del pacto (y subsiguiente superación del control notarial y registral) que previese el vencimiento anticipado por impago de *al menos* tres mensualidades o un numero de cuotas equivalente.

Así, el artículo 693.2 LEC estableció en su nueva redacción:

«Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de, al menos, tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo, al menos, equivalente a tres meses, y este convenio constase en la escritura de constitución».

Sin embargo, esta nueva redacción del artículo 693.2 LEC no respondía a los parámetros fijados por la STJUE de 14 de marzo de 2013 según la cual el vencimiento anticipado debía producirse en función de un *impago proporcional a la cuantía y duración de la deuda*. En la práctica, las entidades financieras, para evitar el cierre del procedimiento de ejecución hipotecaria, ajustaron *el ejercicio del vencimiento anticipado a este nueva redacción del artículo 693.2 LEC*, pero no estaba claro que en tales condiciones los procedimientos pudieran tramitarse pues la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que interpretaba la Directiva 93/13, de 5 de abril, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (en adelante, Directiva 93/13) *imponía también la eliminación de la cláusula abusiva y su no vinculación al consumidor, lo que parecía suponer el consiguiente cierre del procedimiento de ejecución hipotecaria*. Estas dudas motivaron diversos pronunciamientos del Tribunal Supremo al respecto (favorables, no obstante, a la continuación de la ejecución hipotecaria) y que tribunales de instancia y el propio Tribunal Supremo plantearan cuestiones de prejudicialidad al Tribunal de Justicia de la Unión Europea inquiriendo si era contraria o no a la Directiva 93/13 una aplicación supletoria del artículo 693.2 LEC que rellenase la laguna contractual dejada por la eliminación de la cláusula abusiva, permitiendo así mediante la integración del título ejecutivo la continuación del procedimiento ejecutivo *por considerarse que esta solución era más favorable a los intereses del consumidor* (además de responder a los intereses del acreedor).

El presente trabajo intenta mostrar los diversos argumentos barajados en sus resoluciones por los Tribunales a favor y en contra de la continuación de estos procedimientos de ejecución hipotecaria, así como la doctrina finalmente mantenida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y aplicada por el Tribunal Supremo en su reciente decisión de 11 de septiembre de 2019.

II. DOCTRINA MANTENIDA POR EL TRIBUNAL SUPREMO Y VOTOS PARTICULARES DEL MAGISTRADO ORDUÑA MORENO

1. Sentencia del Tribunal Supremo (Pleno), de 23 de diciembre de 2015

A) Argumentación y «ratio decidendi»

La STS (Pleno) de 23 de diciembre de 2015 señaló que en términos generales la jurisprudencia del Tribunal Supremo no ha negado la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado, citando como preceptos legales sustentadores de las mismas los artículos 1124 y 1129 del Código civil y el artículo 693.2 LEC. No obstante, es preciso que esté claramente determinado en el contrato en qué supuestos se podrá dar lugar a dicho vencimiento anticipado sin que ello pueda quedar al arbitrio del prestamista (art. 1256 CC y STS de 9 de marzo de 2001, 2 de enero de 2006, 4 de junio de 2008, 12 de diciembre de 2008, y 16 de diciembre de 2009). Esta última resolución reconoció la mencionada validez sobre la base del artículo 1255 del Código civil, *cuando concurriese justa causa, esto es, verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial, como puede ser el incumplimiento por el prestatario de la obligación de abono de las cuotas de amortización del préstamo*. Para el Alto Tribunal, la STJUE de 14 de marzo de 2013, sin declararlo de manera expresa, habría considerado que tal cláusula no es abusiva *per se*, *sino que puede considerarse como tal atendiendo a las circunstancias del caso,* debiendo comprobar el juez especialmente los parámetros señalados por

el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en dicha resolución para la apreciación del carácter abusivo de la cláusula de vencimiento anticipado *en particular*. Partiendo de estos argumentos, el Tribunal Supremo considera que la cláusula enjuiciada en el litigio, que permitía la resolución del contrato por el incumplimiento de *un solo plazo*, *incluso parcial y respecto de una obligación accesoria*, debe ser reputada abusiva, *dado que no se vincula a parámetros cuantitativa o temporalmente graves*. Y sienta la siguiente doctrina: «ante el pacto de vencimiento anticipado en un contrato celebrado con consumidores *y siempre que se cumplan las condiciones mínimas establecidas en el artículo 693.2 LEC,* los tribunales deben valorar, *además,* en el caso concreto, *si el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado por parte del acreedor está justificado, en función de los criterios antes expuestos: esencialidad de la obligación incumplida, gravedad del incumplimiento en relación con la cuantía y duración del contrato de préstamo y posibilidad real del consumidor de evitar esta consecuencia…*». Igualmente, en relación con el *efecto* de la apreciación de la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado, el Tribunal Supremo considera que *sería inadecuado que la declaración de abusividad determinara siempre el sobreseimiento de la vía ejecutiva hipotecaria pues no sería evidente que ello fuese en todo caso más favorable al consumidor.* Habría que tener en cuenta que en el seno de la misma se ofrece el remedio enervatorio del artículo 693.3 LEC (que permite, dándose ciertas condiciones, rehabilitar el contrato de crédito hipotecario); la posibilidad de condonación parcial prevista en el artículo 579 LEC (cuando queda deuda remanente tras la ejecución hipotecaria) y la previsión de que el valor de tasación a efectos de subasta (tipo de salida) no sea inferior al 75% del valor de tasación que sirvió para conceder el préstamo. Estas especialidades propias de la vía ejecutiva hipotecaria no serían aplicables si se sobreseyera este procedimiento especial de ejecución y el acreedor hubiera de recurrir a la vía declarativa para obtener la resolución contractual haciendo uso del artículo 1124 del Código civil. *«De ahí que no pueda afirmarse incondicionalmente que la decisión de proseguir la ejecución sea más perjudicial para el consumidor». Y por otro lado, el cierre de la vía ejecutiva obstaculiza la efectividad de la garantía real.* Procedería, pues, no el sobreseimiento de la ejecución hipotecaria (como consecuencia de la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado), sino *una integración del contrato sobre la base del artículo 693.2 LEC, aplicable como norma dispositiva supletoria*. En nota de la Sala de lo Civil de 21 de enero de 2016 el Tribunal Supremo, aclarando esta sentencia indicó: «si la nulidad del vencimiento anticipado conllevara el cierre del proceso ejecutivo *incluso en los supuestos en que la gravedad del incumplimiento justificara el ejercicio de la acción hipotecaria, se privaría al deudor de las especiales ventajas que contiene este procedimiento…* La nulidad de la cláusula sí puede producir el sobreseimiento de la ejecución si se dan las condiciones mínimas establecidas en la LEC (el impago de tres plazos mensuales o un número de cuotas equivalente) *y el tribunal valora además, en el caso concreto, que el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado no está justificado en función de los criterios fijados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: carácter esencial y no secundario de la obligación incumplida, importe impagado en relación con la cuantía y duración del préstamo y la posibilidad real que el consumidor haya tenido de evitar la consecuencias del vencimiento anticipado*».

En este mismo sentido, el AAP de Pontevedra, sección 1.ª, de 30 octubre de 2015, señaló: «…la reforma legal [del art. 693.2 LEC] no legitima cualquier reclamación del total adeudado por el simple dato de que haya tres cuotas pendientes, sino que *el precepto legal se limita a fijar un suelo mínimo para valorar el incum-*

plimiento, por debajo del cual se impide ex lege *el vencimiento anticipado, pero no obsta a que, en función de las circunstancias particulares de cada caso ese suelo sea irrelevante atendiendo a la cuantía y duración del contrato y, por tanto, susceptible de control de abusividad. Únicamente así cabría entender que la norma respeta la exigencia jurisprudencial [del TJUE] de que el [incumplimiento]… "tiene carácter suficientemente grave con relación a la duración y a la cuantía del préstamo"».*

En definitiva, el Tribunal Supremo entendería, que *abstracción hecha de la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado, es preciso valorar el ejercicio concreto que del vencimiento anticipado hace la entidad financiera en el proceso de ejecución hipotecaria* y, si tal ejercicio respeta los parámetros establecidos por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 14 de marzo de 2013, puede seguirse adelante la ejecución hipotecaria *dado que dicho proceso conlleva ventajas procesales y materiales para el deudor, no pudiendo afirmarse incondicionalmente que el sobreseimiento del mismo le resulte siempre más favorable*[2].

B) Voto Particular del magistrado Orduña Moreno

La STS de 23 de diciembre de 2015 (Pleno) contenía un voto particular del magistrado ORDUÑA MORENO. El magistrado expresa su convicción de que la doctrina jurisprudencial sentada por el Tribunal Supremo a favor de la continuidad del proceso de ejecución hipotecaria *mediante la aplicación supletoria del artículo 693.2 LEC* desnaturaliza el control de abusividad y neutraliza su función al suponer una integración de la cláusula declarada abusiva (que se sustituye por la aplicación del art. 693.2 LEC), contraria a la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. La STJUE de 30 de abril de 2014 solo habría autorizado excepcionalmente la integración del contrato por una disposición supletoria de Derecho nacional, cuando dicha integración, *afectante a un elemento esencial del contrato, fuese necesaria para permitir la subsistencia del mismo en beneficio de los intereses del consumidor*[3].

La integración realizada por el Tribunal Supremo *solo operaría en beneficio de la entidad bancaria, pues el despacho de la ejecución comporta la consecuencia más adversa posible para el consumidor.* El régimen de ineficacia derivado del control de abusividad constituye un elemento del concepto de orden público económico (y por lo tanto, tiene carácter imperativo). En este sentido, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea tiene declarado reiteradamente que el artículo 6 de la Directiva 93/13 debe considerarse como una norma equivalente a las disposiciones nacionales que en el ordenamiento jurídico interno tienen rango de normas de orden público. Según el mandato del artículo 3.1 de la Directiva 93/13, que ordena al juez nacional que «deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión», *no cabe otra solución jurídica que el sobreseimiento de la ejecución instada*. Por otro lado, *el pacto de vencimiento anticipado y su reflejo en la escritura de constitución de hipoteca constituyen presupuestos de la aplicación del artículo 693.2 LEC. Si tal pacto ha sido calificado de nulo, se carece entonces de título de ejecución*. Este planteamiento se integraría dentro de la doctrina consolidada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que ya ha sido aplicada por los tribunales españoles (AAP de Valencia, sección 9.ª, de 14 de julio de 2015; AAP de Zamora, sección 1.ª, de 29 de septiembre de 2015, AAP de Barcelona, Sección 16.ª, de 27 de noviembre de 2015). Una cosa es que el artículo 693.2 LEC exija que las partes hayan pactado en la escritura el reconocimiento al acreedor de la facultad de dar por vencido

anticipadamente el crédito y que el pacto se inscriba en el Registro de la Propiedad como condición *sine qua non* para que aquel pueda reclamar el importe total a través del procedimiento de ejecución hipotecaria, *y otra cosa distinta que tal reflejo en el contrato sea un mero trasunto de una disposición legal. Tan no es así, que si tal pacto no se recoge en la escritura, el acreedor no tiene tal facultad. No cabe pues aplicar supletoriamente el artículo 693.2 LEC, pues este no reconoce una facultad de dar por vencido anticipadamente el crédito, a falta de pacto expreso.* En el presente caso, la declaración de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado no afecta a la validez del contrato principal de préstamo sino a la ejecución de su garantía (elemento accesorio) *y el efecto de integración por vía de aplicación supletoria no favorece al consumidor,* pues las ventajas o beneficios señalados por la sentencia en el caso de continuarse la ejecución hipotecaria, *podrían ser objeto de aplicación extensiva si en el juicio declarativo, que declara el vencimiento anticipado de una obligación, se ordena la realización de la garantía hipotecaria que, en última instancia, lleva a la ejecución forzosa del bien hipotecado con sus reglas procesales específicas*. Máxime atendiendo a los principios de efectividad y de equivalencia en materia de consumidores y de acuerdo con los principios de buena fe y *favor debitoris* que informan la actual aplicación de los preceptos procesales en materia de ejecución hipotecaria. El voto concluye señalando que «en virtud de todo lo razonado, la doctrina jurisprudencial de esta Sala …infringe el principio de efectividad del artículo 6.1, en relación con el artículo 7 de la Directiva [93/13], y su consideración de norma integrante del orden público económico, vulnerando la doctrina jurisprudencial que el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea desarrolla… Por lo que la aplicación del artículo 693.2 LEC, tras la declaración de la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado que figura en la constitución de la garantía hipotecaria, *resulta frontalmente contraria a la citada Directiva 93/13, debiéndose proceder a la declaración del sobreseimiento del procedimiento de ejecución instado con base a una cláusula declarada abusiva*»[4].

2. Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 2016

A) Argumentación y «ratio decidendi»

Esta resolución del Tribunal Supremo, siguiendo la argumentación de la anterior, parte de que el ordenamiento jurídico español contempla tanto un vencimiento legal anticipado en que el deudor perdería el derecho al plazo (art. 1129 CC), como la resolución en caso de incumplimiento de obligaciones bilaterales (art. 1124 CC) y la posibilidad de pacto expreso de vencimiento anticipado en el préstamo hipotecario (art. 693.2 LEC) «siempre que esté claramente determinado en el contrato en qué supuestos se podrá dar lugar a dicho vencimiento anticipado *sin que ello pueda quedar al arbitrio del prestamista, en contravención de lo dispuesto en el artículo 1256 del Código civil*»; debiendo concurrir para la validez de tal cláusula una justa causa (verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial), *siendo cláusulas habituales en la práctica bancaria reciente.* Igualmente, parte de que la STJUE de 14 de marzo de 2013 dio a entender que la cláusula no era abusiva *per se*, sino que podía considerarse tal atendiendo a las circunstancias del caso. Para su validez era necesario que el consumidor hubiera incumplido una obligación esencial (no accesoria) en el marco de la relación jurídica contractual; que el vencimiento

anticipado estuviese previsto para los casos en los que el incumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo; que dicha facultad del acreedor constituyera una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia y que el Derecho nacional previera medios adecuados y eficaces para que el consumidor pudiera poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo.

Sobre estas bases el Tribunal Supremo entiende que la cláusula controvertida en el litigio no supera tales requisitos al no modular la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo y al permitir el vencimiento anticipado por incumplimiento de un solo plazo, incluso parcial y respecto de una obligación accesoria. En efecto, la cláusula cuestionada era del siguiente tenor: «No obstante el plazo pactado, el Banco podrá exigir anticipadamente, total o parcialmente, la devolución del capital con los intereses y gastos hasta el día de la completa solvencia, en los siguientes casos: a) Falta de pago en sus vencimientos *de una parte cualquiera* del capital del préstamo o de sus intereses».

El Alto Tribunal considera, pues, que la cláusula es abusiva y por ende nula e inaplicable. No obstante, a continuación indica: «Pero ha de tenerse presente que la abusividad proviene de *los términos en que la condición general predispuesta permite el vencimiento anticipado, no de la mera previsión de vencimiento anticipado, que no es* per se *ilícita*». Por lo que, «en su caso, y dado que la cláusula impugnada se refiere a la ejecución de bienes hipotecados, habrá que estar a lo dispuesto en el artículo 693.2 LEC, cuando afirma que "Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de, al menos tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo, al menos, equivalente a tres meses, y este convenio constase en la escritura de constitución en el asiento respectivo"…». «*Es decir, ante el pacto de vencimiento anticipado en un contrato celebrado con consumidores y siempre que se cumplan las condiciones mínimas establecidas en el artículo 693.2 LEC los tribunales deben valorar, además, en el caso concreto, si el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado por parte del acreedor está justificado, en función de los criterios antes expuestos: esencialidad de la obligación incumplida, gravedad del incumplimiento en relación con la cuantía y duración del contrato de préstamo y posibilidad real del consumidor de evitar esta consecuencia…*».

Y para justificar esta solución (que permitiría la continuación de las ejecuciones hipotecarias y no su sobreseimiento) añade: «Declarada la admisibilidad de las cláusulas de vencimiento anticipado en los términos expuestos, *el mismo principio de equilibrio en las prestaciones que ha de presidir su interpretación, revela lo inadecuado de obligar a las entidades prestamistas, ante comportamientos de flagrante morosidad, a acudir en exclusiva a la vía declarativa para obtener la resolución contractual* (art. 1124 CC), *con cierre de la vía ejecutiva especial legalmente prevista y correlativa obstaculización de la efectividad de la garantía real*»… siendo inconveniente «*obligar a la espera de un incumplimiento total [al final del plazo pactado] en todos los préstamos vigentes a largo plazo que contengan cláusulas de vencimiento anticipado abusivas [para que el acreedor pueda reclamar]*».

Si la declaración de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado cerrara el proceso de ejecución incluso en los casos en que el *incumplimiento efectivo haya tenido una gravedad adecuada a la consecuencia del vencimiento anticipado, el consumidor quedaría expuesto a consecuencias perjudiciales, por lo que estaríamos ante un supuesto que justificaría aplicar la excepción a la regla de*

no integración del contrato. Al consumidor le benefician los artículos 579, 682.2.1.º y 693.3 LEC, especialidades previstas a favor del deudor hipotecario cuando la ejecución se sigue por la vía de los artículos 681 y siguientes de la LEC «pero que no resultarían aplicables en el juicio declarativo. En el cual ni siquiera es claro que la posición procesal del consumidor fuese más favorable puesto que los medios de defensa respecto de posibles cláusulas abusivas serían los mismos que en el proceso de ejecución hipotecaria [dado el art. 695.1.4 LEC]… *y mientras se sustancia, se seguirían devengando nuevos intereses y aumentando la deuda. De ahí que no pueda afirmarse incondicionalmente que la decisión de proseguir la ejecución sea más perjudicial para el consumidor*».

B) Voto particular del magistrado Orduña Moreno

El voto es emitido por el magistrado a la luz de las Conclusiones del Abogado General de 2 de febrero de 2016, en el asunto C-421/14, en donde sostiene el sobreseimiento de la ejecución hipotecaria tras la declaración de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado.

ORDUÑA MORENO insiste en que *el control de abusividad es un control abstracto de legalidad de la reglamentación impuesta en la contratación mediante condiciones generales de la contratación*, para la protección de la parte débil del contrato, que incrementa la seguridad jurídica del tráfico y mejora la competencia y que se refiere al momento de la celebración del contrato, *sin que pueda venir condicionado por el cumplimiento o incumplimiento efectivo que pueda haberse producido*.

El plano valorativo de calificación del carácter abusivo debe diferenciarse del plano de las consecuencias derivadas de tal declaración. *Si bien aquel permite la interpretación, el segundo (que tiene por objeto el régimen de ineficacia subsiguiente), no la permite, pues la propia norma establece imperativamente las consecuencias de la abusividad*. La STJUE de 30 de abril de 2014 que la sentencia del Tribunal Supremo cita, pero desvirtuándola, solo autoriza la integración de la cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional *cuando dicha integración afecte a un elemento esencial del contrato principal, permitiendo así la subsistencia de este en exclusivo beneficio de los intereses del consumidor, de modo que no quede expuesto a consecuencias perjudiciales derivadas de la anulación del contrato en su totalidad (restitución del capital prestado). Sin embargo, la integración que verifica la Sala no afecta a un elemento esencial y opera en beneficio exclusivo del acreedor*, pues el despacho de la ejecución comporta la consecuencia directa más adversa posible o perjudicial para el consumidor, que no solo queda obligado a la restitución del capital sino que queda sujeto a la ejecución patrimonial. *La especialidad tuitiva del régimen de ineficacia en caso de cláusulas abusivas es la plena desvinculación del consumidor con los efectos de la cláusula (ejecución, en este caso), constituyendo una norma integrante del orden público económico,* como tiene declarado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación con el artículo 6 de la Directiva 93/13. Aplicar el artículo 693.2 LEC supletoriamente infringe, pues, una norma imperativa de la Directiva y vulnera la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que la interpreta y desarrolla *y supone que el consumidor queda vinculado por la cláusula nula (a pesar de su nulidad). El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha señalado que la no vinculación para el consumidor se consigue en aquellos ordenamientos jurídicos que sancionan las cláusulas abusivas con la nulidad de*

pleno derecho, que lo es ex tunc, *desde el momento de la celebración del contrato, y que afecta materialmente al acto jurídico que se sustente en la cláusula abusiva (en este caso la ejecución hipotecaria).*

Debe diferenciarse también el régimen de la ineficacia derivada de la abusividad y las circunstancias que acompañan al cumplimiento o ejecución del contrato. Del mismo modo que las circunstancias que acompañan al cumplimiento (retrasos injustificados, incumplimientos parciales, etc.) no se pueden tener en cuenta en la valoración del carácter abusivo, tampoco las circunstancias concretas que acompañen el curso de la ejecución pueden ser tenidas en cuenta para establecer el régimen de ineficacia. Lo cual no ha sido tenido en cuenta por la sentencia de la Sala, vulnerando con ello la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (ATJUE 11 de junio de 2015).

La aplicación del artículo 693.2 LEC no solo es contraria a la lógica jurídica según lo expuesto, sino también a la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la materia. De hecho, la reciente Ley 3/2014, de 17 de marzo, siguiendo la doctrina del Tribunal de Justicia contemplada en su STJUE de 14 de junio de 2012, modificó el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, *para subrayar la consecuencia jurídica de nulidad de pleno derecho sin posibilidad de integración en su artículo 83*. Existiendo solo la excepción señalada por la STJUE de 30 de abril de 2014 que facultaría para proceder a la integración. El mandato del artículo 3.1 de la Directiva es claro (deducir todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión), que en el caso presente supone el sobreseimiento de la ejecución instada. *Del mismo modo que contra dicho mandato no cabe alegar una disposición nacional «tampoco se pueden alegar mecanismos de aplicación analógica o supletoria que conduzcan finalmente a la aplicación de una disposición nacional que comporte una vulneración de este mandato»*[5].

Si el argumento de la sentencia «pero ha de tenerse presente que la abusividad proviene de los términos en que la condición general predispuesta permite el vencimiento anticipado, *no de la mera previsión de vencimiento anticipado, que no es* per se *ilícita»,* fuera válido se desnaturalizaría el control de abusividad, *pues este debe realizarse conforme al concreto contenido de la condición general de la contratación predispuesta en el momento de la celebración del contrato* (SSTJUE de 21 de febrero y 14 de marzo de 2013) *y no conforme a la previsión abstracta de una institución jurídica. Ello daría lugar a un círculo vicioso. Por otro lado, la aplicación del artículo 1129 del Código civil, una vez declarada la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado, exigiría un pronunciamiento judicial al respecto en un procedimiento declarativo, por lo que tampoco cabría aplicar supletoriamente el artículo 693.2 LEC con referencia a dicho instituto jurídico pues lesionaría el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución.*

En efecto, *el artículo 693.2 LEC no contiene una norma imperativa sino regula una facultad que puede tener el acreedor si se le concede mediante pacto. Por lo que la cláusula no es trasunto de una disposición legal sino una reglamentación expresamente incorporada al contrato, que produce sus efectos en caso de ser válida y estar inscrita en el Registro de la Propiedad (art. 12 LH).*

En definitiva, la aplicación supletoria de una norma nacional solo puede verificarse cuando, por un lado, la nulidad afecte a un elemento esencial del contrato principal, de manera que este no puede subsistir sin tal cláusula y cuando, por otro lado, la integración favorezca exclusivamente al deudor pues la anulación del contrato supondría consecuencias gravemente perjudiciales para el mismo.

En el presente caso, la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado no afecta per se *a la validez del contrato principal de préstamo, que puede subsistir sin tal cláusula, sino a la ejecución de la garantía accesoria, lo que es distinto al caso analizado por la STJUE de 30 de abril de 2014, donde la nulidad de la cláusula sí que afectaba a la validez del contrato de préstamo.* Por otro lado, tampoco la aplicación supletoria beneficia al consumidor, pues la continuación del procedimiento de ejecución hipotecaria representa la consecuencia patrimonial más adversa al consumidor, *sin que este pueda hacer valer sus derechos con las garantías que le ofrece un juicio declarativo, por lo que se vulneraría su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE)*. Por otro lado, *dado que no hay pronunciamiento de la Sala al respecto, no puede afirmarse que los beneficios propios de la ejecución hipotecaria no puedan ser objeto de aplicación extensiva en el juicio declarativo que declare el vencimiento anticipado de la obligación y ordene la realización de la garantía hipotecaria, lo que en última instancia llevaría a la ejecución forzosa del bien hipotecado con sus reglas procesales específicas*. «Máxime atendiendo a «los principios de efectividad y equivalencia» en materia de consumidores, y de acuerdo, además, con los principios de buena fe y «*favor debitoris*» que informan la actual aplicación de los preceptos procesales en materia de ejecución hipotecaria». *De lo contrario, el ejercicio de sus derechos por el consumidor (alegación de la cláusula abusiva) le harían de peor condición en el juicio declarativo, lo que no tendría sentido.*

El voto concluye señalando: «En definitiva, tras la declaración de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado, el acreedor no puede sustentar su pretensión en que el curso de la ejecución instada respeta lo previsto en el artículo 693.2 LEC (se han impagado 3 cuotas mensuales o más). En primer lugar, porque no es cierto, pues dicha previsión *no consta configurada negocialmente en el título de constitución de la hipoteca que se hace con referencia a "cualquier incumplimiento del deudor"*». En segundo lugar *porque no cabe excepcionar el régimen de ineficacia derivado de la abusividad en función del cumplimiento o incumplimiento contractual observado*. La aplicación del artículo 693.2 LEC vulnera, pues, la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y comporta una integración de la cláusula ya declarada abusiva, *transmitiéndose con tal integración el mensaje de que el acreedor predisponente puede volver a utilizar la misma u otras cláusulas abusivas, sin sanción concluyente, pues, en todo caso, su cláusula abusiva será integrada y validada en atención a los supuestos previstos en el artículo 693.2 LEC*. La resolución de la Sala, pues, contraría frontalmente la Directiva 93/13, debiéndose proceder al sobreseimiento del procedimiento de ejecución.

III. DOCTRINA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE LOS EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DE LA CLÁUSULA. STJUE DE 26 DE ENERO DE 2017

Esta sentencia resuelve el asunto C-421/14 Banco *Primus*, S.A, y Jesús Gutiérrez García. La petición de decisión prejudicial fue planteada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Santander, mediante auto de 10 de septiembre de 2014.

El 12 de junio de 2018, el Banco *Primus* concedió al Sr. Gutiérrez García un préstamo hipotecario sobre su vivienda por un plazo de 47 años (amortización en 564 cuotas mensuales). Impagadas siete mensualidades consecutivas, el Banco *Primus* declaró el vencimiento anticipado del préstamo e inició un proceso

especial de ejecución hipotecaria el 23 de marzo de 2010. El Banco se adjudicó el bien por el 50% del valor de tasación inicial. El 11 de junio de 2014, el Sr. Gutiérrez García formuló un incidente extraordinario de oposición, invocando el carácter abusivo de la cláusula de vencimiento anticipado. A raíz de esta oposición, y tras suspender el lanzamiento, el órgano judicial planteó la cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea de «si de conformidad con la Directiva 93/13, y en particular de sus artículos 6.1 y 7.1, a fin de garantizar la protección de consumidores y usuarios de acuerdo con los principios de equivalencia y efectividad, cuando un juez nacional aprecie la existencia de una cláusula abusiva acerca del vencimiento anticipado debe tenerla por no puesta y extraer las consecuencias a ello inherentes, *incluso aun cuando el profesional haya esperado el tiempo mínimo previsto en la norma nacional [art. 693.2 LEC en redacción dada por Ley 1/2013]*».

Tras reiterar la doctrina sentada en la STJUE de 14 de marzo de 2013, en cuanto a los criterios que el juez nacional puede o debe aplicar al examinar una cláusula contractual a la luz de las disposiciones de la Directiva 93/13, y en particular al examinar la cláusula de vencimiento anticipado, el Tribunal de Justicia señala:

«Mediante las cuestiones prejudiciales sexta y séptima …el órgano jurisdiccional remitente pregunta, fundamentalmente, *si la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una interpretación jurisprudencial de una disposición de Derecho nacional* relativa a las cláusulas de vencimiento anticipado de los contratos de préstamo, como el artículo 693.2 de la LEC, *que prohíbe al juez nacional que ha constatado el carácter abusivo de una cláusula contractual de este tipo declarar su nulidad y dejarla sin aplicar cuando, en la práctica, el profesional no la ha aplicado, sino que ha observado los requisitos establecidos por la disposición de Derecho nacional*».

A esta cuestión prejudicial el Tribunal de Justicia de la Unión Europea responde que «por lo que se refiere a las consecuencias que deben extraerse del eventual carácter abusivo de una cláusula de esa índole, es preciso recordar que resulta de la redacción del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 que el juez nacional está obligado únicamente a dejar sin aplicación una cláusula contractual abusiva para que no surta efectos vinculantes respecto del consumidor, *sin que esté facultado para variar su contenido. En efecto, el contrato debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas de Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible*» (véanse, en particular, STJUE de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, C-618/10; STJUE de 30 de mayo de 2013, *Asbeek Brusse* y de Man Garabito, C-488/11; STJUE de 21 de enero de 2015, Unicaja Banco y *Caixabank*, C-482/13, C-484/13, C-485/13 y 487/13).

«… *Por consiguiente, y a fin de garantizar el efecto disuasorio del artículo 7 de la Directiva 93/13, las prerrogativas del juez nacional que constata la existencia de una cláusula abusiva, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la misma Directiva, no pueden depender del hecho de que esa cláusula se aplique o no en la práctica.* De este modo, el Tribunal de Justicia *ya ha declarado* que la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, cuando el juez nacional haya constatado el carácter «abusivo»— en el sentido del artículo 3, apartado 1, de esa Directiva, de un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, *la circunstancia de que tal cláusula no haya llegado a aplicarse no se opone por sí sola a que el*

juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión» (véase, en este sentido, el auto de 11 de junio de 2015, Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, C-602/13).

«En estas condiciones, tal y como señaló el Abogado General en el punto 85 de sus conclusiones, la circunstancia de que en este caso, el profesional haya observado en la práctica lo dispuesto en el artículo 693.2 LEC y no haya iniciado el procedimiento de ejecución hipotecaria hasta que se produjo el impago de siete mensualidades, en lugar de en el momento en que se produjo la falta de pago de cualquier cantidad adeudada, tal como prevé la cláusula 6 bis del contrato controvertido en el litigio principal, no exime al juez nacional de su obligación de deducir todas las consecuencias oportunas del eventual carácter abusivo de esa cláusula».

En consecuencia, «la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una interpretación jurisprudencial de una disposición de Derecho nacional relativa a las cláusulas de vencimiento anticipado de los contratos de préstamo, como el artículo 693, apartado 2, de la LEC, que prohíbe al juez nacional que ha constatado el carácter abusivo de una cláusula de este tipo declarar su nulidad y dejarla sin aplicar cuando, en la práctica el profesional no la ha aplicado, sino que ha observado los requisitos establecidos por la disposición de Derecho nacional».

Por lo tanto, el TJUE considera que, verificado un control abstracto de la cláusula de vencimiento anticipado (omisión hecha de si se aplicó efectivamente o no), es *imprescindible extraer todas las consecuencias jurídicas de tal calificación, aunque el profesional no la haya aplicado y haya respetado las previsiones del artículo 693.2 LEC, debiendo eliminarla del contrato, y por lo tanto, denegar el despacho de la ejecución (art. 552 LEC) o acordar el sobreseimiento de la ejecución (art. 695.1.4.ª y 3 LEC).*

IV. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL POR EL TRIBUNAL SUPREMO. AUTO DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 8 DE FEBRERO DE 2017

No obstante ser clara la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación con los efectos a extraer de la declaración de la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado, el Tribunal Supremo, cuya doctrina discrepa de aquella pues realiza una suerte de integración del contrato mediante la aplicación del artículo 693.2 LEC, como hemos visto, planteó una nueva cuestión prejudicial por auto de 8 de febrero de 2017, *en relación con el alcance de la declaración de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado.*

El Tribunal Supremo considera que «ante el incumplimiento contractual del deudor, el acreedor dispone de una acción declarativa de resolución del contrato, o de un proceso especial de ejecución hipotecaria, que le permite dirigirse directamente contra el bien hipotecado sin necesidad de una previa sentencia de condena» y que «aunque pudiera parecer, en principio, que la aplicación del procedimiento ejecutivo especial es más perjudicial para el prestatario consumidor, y así parecieron entenderlo —aunque de manera no taxativa— la STJUE de 21 de enero de 2015 (asuntos acumulados C-482/ C-484/13, C-485/13 y C-487/13) y el ATJUE de 17 de marzo de 2016 (asunto C-613/15), *ello no tiene por qué ser necesariamente así», dado que en el proceso especial de ejecución hipotecaria se contemplan unas ventajas para el consumidor (arts. 693.3, 579.2 y 682.2 LEC) que no se prevén en el proceso de ejecución ordinaria de sentencia firme dictada en el juicio declarativo, proceso este en el que se podrán embargar y subastar todos los bienes del deudor, incluyendo también su vivienda habitual. Es por este motivo que*

el Tribunal Supremo en las sentencias de 23 de diciembre de 2015 y 18 de febrero de 2016, «al enjuiciar la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado incluidas en contratos de préstamo con garantía hipotecaria concertados con consumidores, …declaró que para que este tipo de estipulaciones contractuales puedan ser válidas deberían modular la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo, y permitir al consumidor evitar su aplicación mediante una conducta diligente de reparación. No obstante*, matizó que podía continuar la ejecución hipotecaria si la facultad de vencimiento se había ejercitado de modo no abusivo, por las ventajas que el proceso especial reportaba al consumidor*».

No puede «afirmarse incondicionalmente y en todos los casos que la decisión de proseguir la ejecución hipotecaria sea más perjudicial para el consumidor. Al contrario, sobreseer el procedimiento especial de ejecución hipotecaria para remitir a las partes al juicio declarativo, puede privar a todos los compradores de viviendas mediante préstamos hipotecarios a largo plazo, que contengan cláusulas abusivas de vencimiento anticipado, de una regulación que contempla especiales ventajas, como las de liberación del bien y rehabilitación del contrato…

Aparte de la pérdida de estas ventajas, la apertura de un juicio declarativo para declarar vencido o resuelto el préstamo hipotecario por incumplimiento del deudor, conforme al artículo 1124 del Código civil (facultad legal, no contractual), conllevará dos efectos perjudiciales adicionales para el consumidor: la previsible acumulación de condenas al pago de las costas procesales en la fase declarativa y en la ejecutiva, y un incremento de los intereses de demora procesales por el tiempo de duración del procedimiento.

Incluso en el supuesto hipotético de que la entidad acreedora esperase al tiempo completo de amortización pactado y no instase la resolución del contrato, la deuda por intereses de demora del deudor sería extraordinariamente cuantiosa, dados los largos plazos de amortización de estos contratos.

En consecuencia, no es correcta la afirmación de que en la ejecución hipotecaria el prestatario consumidor vaya a perder su vivienda en todo caso, y que la conservaría en caso de que se le reclamara en el juicio declarativo la resolución del contrato o el cumplimiento forzoso del contrato, ya que en estos supuestos también podría acabar perdiéndola, y además, no gozaría de las ventajas que antes se han expuesto que se le conceden en el proceso ejecutivo especial. Es más, no gozaría de la posibilidad de evitar la pérdida de la vivienda pagando solamente las cuotas impagadas, pues en el declarativo no tiene esa facultad, si se allana, y para evitar perder la vivienda, tendría que pagar todo».

Sentado lo anterior, el Tribunal Supremo pregunta al Tribunal de Justicia de la Unión Europea si sería posible realizar *una declaración parcial de la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado, separando el elemento abusivo (relativo al número y entidad de los impagos que permiten su activación, como puede ser el impago de una sola cuota de amortización mensual del préstamo) de la parte no abusiva (relativa a la posibilidad general de acordar el vencimiento anticipado por incumplimiento) y si esta solución sería conforme con el artículo 6.1 de la Directiva 93/13.* Es decir, si puede circunscribirse «el alcance de la nulidad derivada de la abusividad a un inciso específico de la cláusula enjuiciada, de manera que pueda mantener la validez del resto de la cláusula que no se considera abusivo, *siempre que esta parte resulte gramaticalmente comprensible, tenga sentido jurídico y no suponga incorporar una regulación nueva o distinta de la que inicialmente estaba comprendida en la propia cláusula*». Se trata de tachar la parte ineficaz de la cláusula, y si el clausulado restante arroja un resultado razonable y transparente, considerarlo válido y eficaz. Se trata de aplicar el *blue pencil test en la manera*

en que lo hacen otros Tribunales Supremos de otros Estados miembro, como el Tribunal Supremo Federal alemán; no de integrar el contrato. La aplicación de este *blue pencil test*, daría lugar a una *nulidad parcial, mediante la separación de la parte admisible de una cláusula, de la parte inadmisible*, siempre que tal separación sea posible *porque la parte ineficaz admita ser tachada sin que el sentido de la otra parte eficaz se resienta.*

Junto a esta cuestión prejudicial, el Tribunal Supremo formula una segunda relativa a la posibilidad de aplicar el artículo 693.2 LEC *para integrar el contrato una vez apreciada la abusividad de la cláusula y expulsada del mismo. Se trataría de una solución alternativa a la anterior.*

El Tribunal Supremo señala que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha permitido esta aplicación supletoria del Derecho nacional en los supuestos en los que la declaración de nulidad de la cláusula abusiva obliga al juez a decretar la nulidad del contrato en su totalidad, quedando el consumidor expuesto a consecuencias que representan una penalización. Precisamente para la evitación de estas, se ha permitido sustituir la cláusula abusiva por la norma dispositiva nacional y así mantener la validez del contrato en beneficio del consumidor.

Para el Tribunal Supremo una situación similar se plantearía si la declaración de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado en todo caso cerrara el proceso de ejecución hipotecaria, incluso en los casos en que el incumplimiento efectivamente producido haya tenido una especial gravedad, pues no puede considerarse que tal sobreseimiento sea en todo caso más favorable al consumidor. De ahí que el Alto Tribunal pregunte al Tribunal de Justicia de la Unión Europea si sería conforme a la Directiva 93/13, una decisión de un tribunal nacional que, ante el pacto de vencimiento anticipado, y siempre que se cumplan las condiciones mínimas establecidas en el artículo 693.2 LEC (incumplimientos superiores a tres meses), *valore, además, en el caso concreto, si el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado por parte del acreedor está justificado, en función de los criterios establecidos por la STJUE de 14 de marzo de 2013, y si la aplicación supletoria de una norma dispositiva nacional (art. 693.2 LEC), aunque determine el inicio o la continuación de la ejecución hipotecaria, resulta más favorable al consumidor que sobreseer dicho procedimiento y permitir al acreedor instar la resolución del contrato o la reclamación de las cantidades debidas y la subsiguiente ejecución de la sentencia condenatoria, sin las ventajas que la ejecución hipotecaria reconoce al consumidor.*

V. CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL ANTE EL TJUE, DE 13 DE SEPTIEMBRE DE 2018. CONCLUSIONES AL ASUNTO C-70/17 Y C-179/17

El asunto C-70/17 tiene su origen en la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo en el Auto de 8 de febrero de 2017. El asunto C-179/17 tiene su origen en otra cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Barcelona, mediante auto de 30 de marzo de 2017[6].

El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Barcelona, manifiesta en dicho auto sus dudas sobre la compatibilidad de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre los efectos de la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado que hemos explicado antes, con la Directiva 93/13 (arts. 6 y 7) ya que no parece tener en cuenta que el artículo 1124 del Código civil «no es aplicable al contrato de préstamo, al ser un contrato real y unilateral que no se perfecciona hasta la

entrega del dinero y que, por ello, solo genera obligaciones para el prestatario y no para el prestamista (acreedor), *con lo que, de seguirse esta doctrina del mismo Tribunal Supremo en el proceso declarativo, el consumidor podría obtener un pronunciamiento desestimatorio de la pretensión resolutoria e indemnizatoria y ya no podría sostenerse que la continuación de la ejecución hipotecaria le resultase más beneficiosa*».

Y por otro lado, si se aplicara el artículo 1124 del Código civil (porque el Tribunal Supremo admitiera que se aplicara este artículo a los contratos de préstamo), el órgano judicial que conociese del proceso declarativo podría aplicar la previsión del mismo artículo 1124 del Código civil según la cual «el tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo», lo que sería relativamente probable especialmente cuando el incumplimiento efectivo de la obligación de pago no haya sido muy grave, ya que los contratos de préstamo para la adquisición de viviendas tienen duraciones prolongadas (20 o 30 años). Todo lo cual hace dudar de que continuar la ejecución hipotecaria aplicando el artículo 693.2 LEC de forma supletoria sea más beneficioso para el consumidor que el sobreseimiento del procedimiento[7].

Finalmente, el artículo 693.2 LEC solo sería aplicable si existe un pacto válido inscrito en el Registro, condición que no concurre por definición si la cláusula es declarada nula, por lo que no parece posible tal aplicación supletoria, improcedente además, de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria, porque el contrato puede subsistir sin la cláusula nula.

A las cuestiones planteadas, el Abogado General responde en sus conclusiones indicando, primeramente, que el Tribunal Supremo (en su auto de 8 de febrero de 2017) y el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Barcelona (en su auto de 30 de marzo de 2017) han presentado una interpretación distinta (no coincidente) del marco jurídico nacional controvertido.

En segundo término, el Abogado General recuerda que en el proceso de control de las cláusulas abusivas por el juez nacional se distinguen dos fases: la calificación como abusiva de la cláusula contractual y la deducción de las consecuencias de tal calificación.

En relación con la calificación, la sentencia *Aziz*, reiterada por la sentencia *Primus,* habrían precisado los elementos que el juez nacional debe tener en cuenta en el examen del carácter abusivo de esta cláusula. Además el Tribunal de Justicia de la Unión Europea habría precisado también que para la valoración del carácter abusivo de la cláusula, conforme al artículo 4.1 de la Directiva 93/13, *el juez nacional debe situarse en el momento de la celebración del contrato, no en el momento de la ejecución del contrato, apreciando las consecuencias que la cláusula puede tener en el marco del Derecho aplicable al contrato (lo que implica un examen del sistema jurídico nacional).*

En relación con la deducción de las consecuencias de tal calificación, el Abogado General señala que «la regla general, bien consolidada en reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y que refleja el contenido del artículo 6, apartado 1 de la Directiva 93/13, consiste en que el juez nacional está obligado a *inaplicar una cláusula abusiva*. Hasta el momento, esta regla solo conoce una excepción», la STJUE de 30 de abril de 2014. Los jueces nacionales estarían obligados a dejar sin aplicar la cláusula contractual abusiva, a fin de que esta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma. El contrato debe subsistir, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida, en que, en virtud de las normas de Derecho interno, tal

persistencia del contrato sea *jurídicamente posible*. El artículo 6 de la Directiva 93/13 constituye una disposición imperativa que, tomando en consideración la inferioridad de una de las partes del contrato, el consumidor, trata de reemplazar el equilibrio formal que tal contrato establece por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre estas.

La excepción a esta regla, sentada en la STJUE de 30 de abril de 2014, surge cuando el contrato no puede subsistir tras la supresión de la cláusula abusiva. Entonces el juez nacional puede aplicar una disposición supletoria de Derecho nacional para sustituir dicha cláusula y mantener el contrato, siempre que con ello se pretenda evitar que el consumidor quede expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales derivadas de la ineficacia del contrato.

En cuanto a la aplicación de la *blue pencil rule o blue pencil test*[8], o fraccionamiento de la cláusula abusiva para dar lugar a una nulidad parcial de la parte inválida, manteniendo el resto de la cláusula siempre que sea gramaticalmente inteligible, tenga sentido jurídico y la supresión de la parte abusiva no suponga introducir una norma nueva o distinta de la inicialmente recogida en la cláusula, el Abogado General no valora su compatibilidad con el Derecho de la Unión *pero considera evidente que la propuesta del Tribunal Supremo no constituye un blue* pencil test, *sino una modificación de la cláusula abusiva.*

En efecto, el Tribunal Supremo proponía suprimir las partes de la cláusula que figuran entre corchetes y en cursiva:

«[El banco], sin necesidad de requerimiento previo, podrá dar por vencido el préstamo y exigir judicialmente la totalidad de la deuda, tanto de las cantidades vencidas como pendientes de vencer, con sus intereses, intereses de demora, gastos y costas, en los siguientes casos: a) falta de pago de [*cualquiera*] de los vencimientos de intereses o cuotas de amortización, incluidos todos los conceptos que la integran, solicitando expresamente las partes la constancia de este pacto en los libros del Registro de la Propiedad, según lo dispuesto en el artículo 693 de la [LEC]».

El Abogado General considera que esta cláusula no es divisible, pues la escisión de la parte entre corchetes no permite un claro resultado gramaticalmente inteligible, ya que no es posible deducir con claridad cuántas cuotas mensuales deben dejar de pagarse para que el acreedor pueda invocar el vencimiento anticipado, lo que entiende lesiona la seguridad jurídica [art. 1256 CC]. Además, después de tachar la parte abusiva, *la finalidad inicial de la cláusula quedaría en entredicho*, puesto que esta, «al mencionar con carácter general la "falta de pago de los *vencimientos"*, presentaría inevitablemente un sentido jurídico nuevo».

No concurriendo, pues, los requisitos establecidos en la regla del *blue pencil test, el Abogado General concluye que «lo que propone el Tribunal Supremo no es un «fraccionamiento» de la cláusula controvertida, sino una «reducción/modificación conservadora de la validez» de la misma que implica su reformulación», pues para preservar la finalidad de dicha cláusula habría que introducir una norma nueva o distinta de la original, acudiendo al artículo 693.2 LEC, de forma supletoria. Esto es, la finalidad de la cláusula no se preserva sin una referencia precisa al número de cuotas mensuales no satisfechas que permiten su aplicación.*

En relación con la aplicación supletoria de una norma nacional para permitir continuar la ejecución hipotecaria por ser esta solución más favorable al deudor, el Abogado General recuerda que la STJUE de 26 de enero de 2017 «declaró que, para garantizar el efecto disuasorio del artículo 7 de la Directiva

93/13, las prerrogativas del juez nacional que constata la existencia de una cláusula abusiva *no pueden depender del hecho de que esa cláusula se aplique o no en la práctica» y que la circunstancia de que el profesional hubiera observado en la práctica lo dispuesto en el artículo 693.2 LEC, «no exime al juez nacional de su obligación de deducir todas las consecuencias oportunas del eventual carácter abusivo» de la cláusula. En consecuencia, el respeto del artículo 693.2 LEC en la práctica comercial de los bancos no puede subsanar la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado, sustituyéndola. Pues la excepción a la norma general de inaplicación sin integración, tampoco está presente en este caso, puesto que la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado no entraña la nulidad del contrato de préstamo en su conjunto.*

Por otro lado, la simple lectura del artículo 693.2 LEC permite constatar que no es una norma de carácter supletorio sino que para su aplicación requiere un pacto expreso entre las partes y su inscripción registral, y por lo tanto, sin dicho pacto, no cabe aplicar tal disposición.

Así pues, la declaración de abusividad debe tener como consecuencia el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido tal cláusula, «concretamente mediante la constitución de un derecho a la restitución de las ventajas obtenidas indebidamente por el profesional en detrimento del consumidor en virtud de la cláusula abusiva».

*A la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea el Abogado General concluye que una cláusula abusiva declarada nula «se considera que nunca ha existido y no ha producido efectos». Por lo tanto, en este caso, si el juez nacional declara la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado, no podrá iniciarse el procedimiento de ejecución hipotecaria o, si estuviera ya iniciado no podría proseguir, aunque el juez nacional estimase que continuar dicha ejecución resulta más favorable al con*sumidor. De hecho, la afirmación de que continuar la ejecución hipotecaria favorece los intereses del consumidor «está, cuando menos, sujeta a salvedades y depende de las circunstancias concretas de cada caso». El Abogado General duda de que tales ventajas expuestas por el Tribunal Supremo beneficien a todos los consumidores sin excepción.

Y termina señalando: «En todo caso, con independencia de que los consumidores puedan obtener, en su caso, ventajas del procedimiento de ejecución hipotecaria, a mi parecer es incuestionable que, habida cuenta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre el alcance de la declaración del carácter abusivo de una cláusula de vencimiento anticipado, *…la repercusión de dichas ventajas en la respuesta que procede dar a las cuestiones que nos ocupan, que versan sobre las consecuencias que deben extraerse de la declaración del carácter abusivo de la cláusula controvertida, parece cuando menos incierta. Por consiguiente, a la luz de esta jurisprudencia, opino que el juez nacional que ha declarado el carácter abusivo de la cláusula de vencimiento anticipado no puede iniciar o, en su caso, proseguir, pese a esta declaración, una ejecución hipotecaria contra el consumidor deudor, aunque estime que ese procedimiento le resulta más favorable*».

El Abogado General acoge, pues, en sus conclusiones los mismos planteamientos y argumentos expuestos por el magistrado ORDUÑA MORENO en sus votos particulares.

Ahora bien, matiza el Abogado General si el consumidor, *tras haber sido debidamente informado por el juez nacional del carácter no vinculante de la cláusula, prestase su consentimiento libre e informado y manifestase su intención de no hacer valer el carácter abusivo y no vinculante de tal cláusula, la ejecución hipotecaria podría continuar*, pues el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha declarado

en sus SSTJUE de 4 de junio de 2009 y 21 de febrero de 2013, que a la hora de cumplir la obligación de examinar de oficio las cláusulas abusivas, «el juez nacional no tiene, en virtud de [la Directiva 93/13], el deber de excluir la aplicación de la cláusula en cuestión si el consumidor, tras haber sido informado al respecto por dicho juez, manifiesta su intención de no invocar el carácter abusivo y no vinculante de dicha cláusula» pues el juez nacional también tiene la obligación de «tener en cuenta, en su caso, la voluntad manifestada por el consumidor cuando, consciente del carácter no vinculante de una cláusula abusiva, manifiesta, no obstante, que es contrario a que esta se excluya, *otorgando así un consentimiento libre e informado a dicha cláusula*».

En su momento entendí que el principal beneficio que obtenía el deudor si continuaba el procedimiento de ejecución hipotecaria era evitar la aplicación del artículo 693.1 LEC, es decir, una ejecución hipotecaria solo por el impago de las cuotas vencidas[9]. Así como evitar el riesgo en esa ejecución de que la vivienda se adjudicase por una cantidad mínima en relación al valor de esta (art. 670.4.3.º LEC), aparte de seguir vinculado obligatoriamente con el acreedor, y por lo tanto, sujeto su patrimonio al pago de la deuda (art. 1911 CC), ya que la doctrina entiende que es cuestionable la vigencia del artículo 127.2.º de la Ley Hipotecaria. Este artículo disponía que «si el comprador no quisiere la finca con la carga de la hipoteca que queda por satisfacer, se depositará su importe con los intereses que le correspondan, para que sea pagado el acreedor al vencimiento de los plazos pendientes»[10]. Por ello consideré posible una integración *pro consumatore, sobre la base del artículo 693.2 LEC en línea con la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. No obstante, esta interpretación tenía sus debilidades, las cuales han sido puestas de manifiesto por el magistrado ORDUÑA MORENO en sus votos particulares analizados. Argumentos que son coincidentes con los expuestos por el Abogado General ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sr. MACIEJ SZPUNAR, y que entiendo no son acogidos por la STJUE de 26 de marzo de 2019 que resuelve la cuestión prejudicial. Pues para el Abogado General la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado no entraña la nulidad del contrato de préstamo hipotecario, posibilidad, sin embargo que el Tribunal de Justicia acoge como base de su resolución (*ratio decidenci* del fallo).

VI. LA STJUE DE 26 DE MARZO DE 2019. INTEGRACIÓN DEL CONTRATO DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO PARA EVITAR SU NULIDAD

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea comienza indicando que las cuestiones de fondo planteadas se reducen a dos: si los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que cuando se declare la abusividad de una cláusula de vencimiento anticipado, esta puede conservarse *parcialmente, mediante la supresión solo de aquellos elementos que la hacen abusiva y* si, caso de no ser posible tal interpretación, el procedimiento de ejecución hipotecaria iniciado en aplicación de dicha cláusula puede seguir tramitándose, no obstante su abusividad, mediante la aplicación supletoria de una norma de Derecho nacional (art. 693.2 LEC en la redacción vigente en el momento de la ejecución de la garantía) *en la medida en que la imposibilidad de recurrir a este procedimiento puede ser contraria a los intereses de los consumidores.*

El Tribunal de Justicia recuerda, en primer lugar, que de acuerdo con el artículo 6.1 de la Directiva 93/13, los órganos judiciales deben abstenerse de aplicar las cláusulas abusivas con el fin de que no produzcan efectos vinculantes

para el consumidor, *salvo si el consumidor se opone a ello* (STJUE de 4 de junio de 2009, asunto C-243/08 y STJUE de 14 de junio de 2012, asunto C-618/10).

En segundo término, que el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a la existencia de una norma nacional que permita al órgano judicial integrar el contrato sustituyendo el contenido de la cláusula nula por las previsiones de la norma nacional (STJUE de 14 de junio de 2012, asunto C-618/10 y STJUE de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13), dado que si el juez tuviera facultades de integración, se eliminaría el efecto disuasorio de utilización de tales cláusulas por los profesionales que proporciona la sanción de eliminación de la cláusula abusiva del contrato. En el presente asunto, la mera supresión del motivo del vencimiento (impago de una sola cuota mensual, de acuerdo con la redacción del artículo 693.2 LEC vigente en el momento de la celebración del contrato), «equivaldría a modificar el contenido de dichas cláusulas afectando a su esencia», por lo que no cabe el mantenimiento parcial de las mismas. El Tribunal de Justicia sigue así la opinión del Abogado General de no ser viable la aplicación del *blue pencil test* al ser indivisible la cláusula.

No obstante, el Tribunal de Justicia señala que si la supresión de la cláusula abusiva obligase al juez nacional a anular el contrato en su totalidad, quedando el consumidor expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales que representen una penalización para el mismo, entonces el artículo 6.1 de la Directiva no se opone a que se sustituya la cláusula nula por una disposición supletoria de Derecho nacional, pues ello se ajustaría al objetivo del artículo 6.1 mencionado de reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre las partes por un equilibrio real que restablezca la igualdad entre estas. En el caso de un contrato de préstamo la anulación del mismo tendría el efecto de hacer inmediatamente exigible el pago del importe del préstamo pendiente de amortización en una cuantía que puede exceder de la capacidad económica del consumidor y por ello penalizaría más a este que al prestamista, a quien, por lo tanto, no disuadiría de utilizar tales cláusulas (STJUE de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13).

En consecuencia, *si un contrato de préstamo hipotecario no pudiera subsistir tras la supresión de una cláusula abusiva de vencimiento anticipado cuya redacción estuviese inspirada en una disposición legal solo aplicable en caso de convenio entre las partes, de acuerdo con el artículo 6.1 de la Directiva 93/13, el juez nacional para evitar la nulidad de tal contrato, podría sustituir dicha cláusula con la nueva redacción dada a dicha disposición legal tras la celebración del contrato, «en la medida en que la anulación del contrato exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales»*. En el presente caso, incumbe a los órganos judiciales remitentes comprobar, con arreglo a las normas de Derecho interno y adoptando un enfoque objetivo (STJUE de 15 de marzo de 2012, asunto C-453/10) *si la supresión de esas cláusulas tendría como consecuencia que los contratos de préstamo hipotecario no pudieran subsistir. Si en efecto no pudieran subsistir, correspondería a los órganos judiciales comprobar si la anulación de los contratos expone a los consumidores a consecuencias especialmente perjudiciales. Como de los autos de remisión se desprende que en caso de anulación se produciría un deterioro de la posición procesal de los consumidores afectados, al determinar la anulación del préstamo hipotecario que hubiera de seguirse los cauces de una ejecución ordinaria, mientras que en caso de mantenimiento del contrato mediante la aplicación supletoria del artículo 693.2 LEC (vencimiento por impago de al menos tres mensualidades), podrían seguirse los cauces de la ejecución hipotecaria (con posibilidad de cierre del procedimiento mediante la consignación de la cantidad debida, de condonación parcial de la deuda remanente, y con garantía de que*

el bien hipotecado no será vendido por un precio inferior al 75% de su valor de tasación); dicho deterioro procesal puede ser tenido en cuenta a efectos de apreciar las consecuencias de la anulación del contrato de préstamo y «podría justificar por consiguiente, siempre que se exponga a dichos consumidores a consecuencias especialmente perjudiciales, que los órganos jurisdiccionales remitentes sustituyeran las cláusulas abusivas por la versión del citado artículo 693, apartado 2 de la LEC posterior a la celebración de los contratos controvertidos en los litigios principales. No obstante, dado que las características de estos procedimientos de ejecución se enmarcan exclusivamente en la esfera del Derecho nacional, corresponde en exclusiva a los órganos jurisdiccionales remitentes llevar a cabo las comprobaciones y las comparaciones necesarias a tal efecto».

Si tales comprobaciones llevaran a la conclusión de que los contratos de préstamo hipotecario en cuestión pueden subsistir sin las cláusulas de vencimiento anticipado controvertidas, los órganos judiciales remitentes deberían abstenerse de aplicar tales cláusulas, salvo que el consumidor se oponga a ello, en particular si considera que continuar la ejecución hipotecaria abierta por tal cláusula le sería más favorable que el cauce del procedimiento de ejecución ordinaria (STJUE de 26 de enero de 2017, asunto C-421/14).

VII. LOS AATJUE DE 3 DE JULIO DE 2019

1. Autos del TJUE de 3 de julio de 2019, asunto C-92/16 y C-167/16

El auto reitera la doctrina ya expuesta en la STJUE de 26 de marzo de 2019. El Tribunal de Justicia señala que los órganos judiciales deben abstenerse de aplicar cláusulas abusivas a fin de que no produzcan efectos vinculantes para el consumidor, salvo si el consumidor se opone a ello. Declarada abusiva una cláusula, el juez nacional no puede integrar dicho contrato aplicando una norma nacional, modificando el contenido de dicha cláusula. Pero si el contrato no puede subsistir sin la aplicación de tal cláusula, si cabría tal integración por una disposición supletoria de Derecho nacional, cuando la anulación del contrato en su totalidad deje expuesto al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales que impliquen una penalización. En el caso de un contrato de préstamo tendría el efecto de hacer inmediatamente exigible el pago del capital pendiente de devolución, en una cuantía que puede exceder de la capacidad económica del consumidor, y por ello penalizaría más al consumidor que al prestamista y no disuadiría a este de utilizar tales cláusulas en el contrato.

«Por *análogos motivos*» [el TJUE percibe que la situación no es exactamente la descrita] el Tribunal de Justicia considera que si un contrato de préstamo hipotecario no puede subsistir tras la supresión de una cláusula abusiva [la de vencimiento anticipado] cuya redacción está inspirada en una disposición legal aplicable en caso de convenio, el artículo 6.1 de la Directiva no se opone a que el juez nacional con el fin de evitar la nulidad de ese contrato, sustituya esa cláusula con la nueva redacción de esta disposición legal de referencia posterior a la celebración del contrato, en la medida en que la anulación del contrato exponga al consumidor a consecuencias perjudiciales. Incumbe en el caso presente apreciar al juez nacional, con arreglo a las normas de Derecho interno «y adoptando un enfoque objetivo» si la supresión de esa cláusula tendría como consecuencia que el contrato de préstamo hipotecario no pueda subsistir. Y si la anulación del contrato expusiera al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales.

«A este respecto —indica el auto— el Tribunal de Justicia ha destacado que tal anulación podría incidir, en particular en los cauces procesales de Derecho nacional con arreglo a los cuales los bancos pueden reclamar judicialmente el pago de la totalidad del importe del préstamo pendiente de devolución…». En caso de anulación del contrato el cobro debería tener lugar a través de un procedimiento de ejecución ordinaria, mientras que si el contrato se mantiene sustituyendo la cláusula abusiva por la nueva redacción del artículo 693.2 LEC, seguirá siendo aplicable el procedimiento de ejecución hipotecaria con los beneficios que este reporta al consumidor. «Pues bien, tal deterioro de la posición procesal de los consumidores afectados en caso de recurrirse al procedimiento de ejecución ordinaria en lugar de seguir el cauce del procedimiento especial de ejecución hipotecaria, *es pertinente a efectos de apreciar las consecuencias de la anulación del contrato en cuestión, y, … podría justificar por consiguiente … que el órgano jurisdiccional remitente sustituya las cláusulas abusivas por la versión del citado artículo 693, apartado 2, de la LEC, posterior a la celebración del contrato controvertido en el litigio principal.* No obstante, dado que las características de estos procedimientos de ejecución se enmarcan exclusivamente en la esfera del Derecho nacional, corresponde en exclusiva al órgano jurisdiccional remitente llevar a cabo las comprobaciones y las comparaciones necesarias a tal efecto…». Si el juez nacional llegara por el contrario a la conclusión de que el contrato puede subsistir sin la aplicación de la cláusula de vencimiento anticipado abusiva, deberá inaplicarla, salvo que el consumidor se oponga a ello, particularmente si considera que la ejecución hipotecaria seguida al amparo de dicha cláusula le sería más favorable que una ejecución ordinaria». Esta misma doctrina es reiterada por el ATJUE de 3 de julio de 2019, en el asunto C-167/16.

2. Auto del TJUE de 3 de julio de 2019, asunto C-486/16

El órgano jurisdiccional remitente en la cuestión prejudicial a que da respuesta este auto inquiría si la Directiva 93/13 se opone a que un órgano judicial de primera instancia quede vinculado por una resolución dictada en apelación que le ordena iniciar *un nuevo procedimiento de ejecución, en atención a la gravedad del incumplimiento del préstamo hipotecario por el consumidor, a pesar que ese contrato contenga una cláusula declarada abusiva en una resolución recaída en un procedimiento de ejecución hipotecaria anterior, que ha adquirido firmeza, pero a la que el Derecho nacional no reconoce fuerza de cosa juzgada*. Tras reiterar la doctrina sentada en la STJUE de 26 de marzo de 2019, el Tribunal de Justicia señala que *en este caso la cláusula abusiva no ha sido aplicada, pues la demanda de ejecución hipotecaria primeramente presentada, con fundamento en tal cláusula fue desestimada. La segunda ejecución hipotecaria planteada, pendiente ante el órgano judicial remitente, no se basaría en tal cláusula, sino en el artículo 693.2 LEC, tal como quedó redactado en la versión posterior a la firma de ese contrato y tal como lo ha interpretado el Tribunal Supremo español*.

Incumbe, pues, al órgano remitente apreciar, basándose en la STJUE de 26 de marzo de 2019, si el contrato de préstamo controvertido puede subsistir sin la cláusula abusiva. Si no fuera posible tal subsistencia, podría, teniendo en cuenta las razones alegadas en la STJUE de 26 de marzo de 2019 (perjuicio procesal apreciable para el consumidor derivado de la anulación total del contrato), sustituir esa cláusula por la nueva versión del artículo 693.2 LEC. *En tal caso, la segunda demanda de ejecución hipotecaria presentada por Bankia no*

implicaría que la cláusula abusiva siguiera teniendo efectos vinculantes para los consumidores, ya que la acción hipotecaria se fundamentaría en el artículo 693.2 LEC y no en dicha cláusula. La normativa nacional no vulneraría el principio de efectividad porque la primera demanda basada en la cláusula nula fue desestimada y porque las consecuencias económicas derivadas de la presentación de la segunda demanda, basada en el artículo 693.2 LEC (sustituyendo su redacción la cláusula nula conforme al Derecho de la Unión tal y como se describe en la STJUE de 26 de marzo de 2019), se derivarían no de la cláusula abusiva, sino del incumplimiento contractual de una obligación esencial en el marco del contrato. En materia procesal, los Estados gozan de autonomía, siempre que respeten los principios de equivalencia y efectividad, es decir siempre que las normas de un procedimiento no sean menos favorables para el consumidor que las que rigen situaciones similares de carácter interno y siempre que dichas normas no hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que confiere a los consumidores el ordenamiento jurídico de la Unión.

VIII. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (PLENO) 463/2019, DE 11 DE SEPTIEMBRE DE 2019

Como consecuencia de la STJUE de 26 de marzo de 2019 y los tres AATJUE de 3 de julio de 2019 antes mencionados, el Tribunal Supremo ha dictado sentencia en el asunto origen de la cuestión prejudicial resuelta por aquella, teniendo presente dichas resoluciones del Tribunal de Justicia así como su propia jurisprudencia sentada en las SSTS 705/2015 de 23 de diciembre y 79/2016, de 18 de febrero, antes analizadas.

El Alto Tribunal debe plantearse en primer término si declarada abusiva la cláusula de vencimiento anticipado, el contrato puede subsistir o no. Para tomar tal decisión sobre la subsistencia del contrato, el apartado 60 de la STJUE de 26 de marzo de 2019 establece que deberá adoptarse un *enfoque objetivo*, remitiendo expresamente al apartado 32 de la STJUE de 15 de marzo de 2012, asunto C-453/10[11], según el cual el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 y los requisitos relativos a la seguridad jurídica de las actividades económicas abogan por un enfoque objetivo a la hora de determinar si un contrato puede subsistir sin las cláusulas declaradas abusivas, *de manera que la posición (y actitud) subjetiva de una de las partes en el contrato (el consumidor) hacia el contrato residual no puede considerarse un criterio decisivo que decida sobre el ulterior destino del contrato. Pues una actividad comercial solo podrá desarrollarse allí donde se garantice la seguridad jurídica de los agentes económicos lo que incluye la protección de la confianza en la continuidad de las relaciones contractuales*. De manera que una normativa según la cual la eficacia de un contrato en su conjunto dependa únicamente del interés de una parte contractual podría quebrantar tal confianza a largo plazo y reducir la disposición de los profesionales a contratar con los consumidores. *Será pues decisivo para decidir la subsistencia del contrato la posibilidad material objetivamente apreciable de la aplicación subsiguiente del contrato.* Tal aplicación no sería posible *si como consecuencia de la nulidad de la cláusula abusiva hubiera desaparecido el fundamento para la celebración del contrato desde la perspectiva de ambas partes contratantes. Si el negocio no se habría realizado sin las cláusulas nulas conforme a la voluntad común real o hipotética de ambas partes, porque la finalidad o naturaleza del contrato ya no serían las mismas, puede determinarse excepcionalmente la nulidad total del contrato.*

El Tribunal Supremo, en SSTS (Pleno) 46/2019, 47/2019, 48/2019 y 49/2019, todas de 23 de enero, ha declarado que en el Derecho español «aunque en el contrato de préstamo hipotecario se incluyen dos figuras jurídicas diferentes, el préstamo (contrato) y la hipoteca (derecho real), ambas son inescindibles y conforman una institución unitaria», pues como estableció la STS 1331/2007, de 10 de diciembre, «*el crédito garantizado con hipoteca (crédito hipotecario) no es un crédito ordinario, ya que está subsumido en un derecho real de hipoteca, y por ello es tratado jurídicamente de forma distinta», así en el concurso de acreedores, como crédito privilegiado, con privilegio especial.* También el Tribunal de Justicia en los apartados 59 y 60 de la STJUE de 26 de marzo de 2019 y los apartados 49 y 50 de los AATJUE de 3 de julio de 2019 (asuntos C-92/16 y C-167/16), considera el contrato de préstamo hipotecario como un solo contrato y lo mismo hace la Directiva 2014/17/UE de 4 de febrero de 2014 sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial.

Partiendo de estas premisas el Alto Tribunal señala *que si bien la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado no implica la desaparición completa de las facultades del acreedor hipotecario (o sea la desaparición de la garantía real), sí que tiene como resultado la desnaturalización de la garantía ya que se restringe la facultad esencial del acreedor hipotecario de promover la venta de la cosa hipotecada para satisfacer con ello el crédito asegurado (art. 1858 CC).* Precisamente, en el préstamo hipotecario la causa del préstamo y la causa de la hipoteca están entrelazadas, son interdependientes y no pueden fragmentarse: *el consumidor pretende obtener el préstamo en condiciones económicas más ventajosas y el prestamista crear un derecho real con función de garantía,* que es accesorio y exige la previa existencia y licitud del crédito para la validez del contrato de garantía, siguiendo la hipoteca la suerte de dicho crédito. Por eso el artículo 12 de la Ley Hipotecaria exige hacer constar en la inscripción del derecho real de hipoteca las obligaciones garantizadas. La propia Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 indicaba que *el valor de la finca hipotecada (su valor en cambio) es la causa por la que entra en la obligación el que presta con hipoteca, resaltando así que el fin de la constitución de la hipoteca es conseguir la seguridad en el pago de lo prestado (a cambio de lo cual el prestatario recibe el préstamo en condiciones más ventajosas que si la garantía real no existiese).*

Partiendo de estas premisas, si la causa de la celebración del contrato de préstamo hipotecario fue para ambas partes obtener un crédito más barato (consumidor) a cambio de una garantía eficaz en caso de impago (banco), *la supresión de la cláusula de vencimiento anticipado afecta a la garantía y, por tanto, a la economía del contrato y a su subsistencia, por lo que procedería la nulidad del contrato* (al devenir inexistente la causa, *arg. ex* art. 1275 en relación con el art. 1274 CC), ya que el negocio no se habría realizado sin la cláusula nula, conforme a la voluntad común real o hipotética de las partes. *Sin dicha cláusula el contrato residual sería un contrato cuya naturaleza jurídica o finalidad ya no sería la misma.*

En tal caso, para evitar al consumidor que la nulidad del contrato le exponga a consecuencias procesales especialmente perjudiciales (obligación de devolver la totalidad del saldo vivo del préstamo, con pérdida de las ventajas previstas para la ejecución hipotecaria, dado el riesgo de que dicho saldo sea reclamado mediante una acción de resolución del artículo 1124 del Código civil que, estimada con arreglo a la STS (Pleno) 432/2018, de 11 de julio, conduzca a una ejecución ordinaria), podría sustituirse la cláusula anulada por la aplicación del artículo 693.2 LEC, *pero no en su literalidad sino conforme a la interpretación que del mismo se hizo en las SSTS 705/2015, de 21 de diciembre y 79/2016, de 18 de febrero*. De

tal manera que siempre que se cumplan las condiciones mínimas establecidas en el artículo 693.2 LEC (en redacción dada por Ley 1/2013), los tribunales deberán valorar en el caso concreto, si el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado por parte del acreedor está justificado, en función de la esencialidad de la obligación incumplida, la gravedad del incumplimiento en relación con la cuantía y duración del contrato de préstamo hipotecario y la posibilidad real del consumidor de evitar esta consecuenci*a. Dentro de dicha interpretación casuística un elemento orientativo de primer orden es 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 [en adelante Ley 5/2019], puesto que la STJUE de 20 de septiembre de 2018, asunto C-51/2017, permite que quepa la sustitución de una cláusula abusiva por una disposición de imperativa de Derecho nacional aprobada con posterioridad, lo cual también ha sido admitido por la STJUE de 26 de marzo de 2019, si bien refiriéndose al artículo 693.2 LEC en su redacción conforme a la Ley 1/2013. Además, conforme al ATJUE de 3 de julio de 2019 (asunto C-486/16), dada la autonomía procesal que tienen los Estados miembros, el que una demanda de ejecución hipotecaria pueda sustentarse en la nueva redacción de una norma legal de carácter imperativo, no menoscaba el principio de efectividad del Derecho de la Unión.*

Sentada esta doctrina y como en las SSTJUE de 7 de agosto de 2018 (asunto C-96/16 y C-94/17) y la STJUE de 14 de marzo de 2019 (asunto C-118/17), el Tribunal de Justicia recuerda que no puede excluirse que los órganos judiciales superiores de un Estado miembro al ejercer su funciones de armonización de la interpretación del Derecho y en aras de la seguridad jurídica estén facultados para elaborar, dentro del respeto a la Directiva 93/13, criterios que sirvan de guía a los tribunales inferiores a la hora de examinar el carácter abusivo de las cláusulas contractuales, el Tribunal Supremo procede en esta sentencia a *fijar unas pautas orientativas aplicables a los procedimientos de ejecución hipotecaria en curso, en los que no se haya producido todavía la entrega de la posesión al adquirente o adjudicatario en la subasta*. Dichos criterios serían los siguientes:

a) Los procedimientos de ejecución hipotecaria en curso en los que el vencimiento anticipado tuvo lugar antes de la entrada en vigor de la Ley 1/2013, en aplicación de una cláusula nula, deberán sobreseerse.

b) Los procedimientos en que, con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1/2013, se dio por vencido el préstamo en aplicación de una cláusula nula, siempre que el incumplimiento del deudor no revista los requisitos de gravedad y proporcionalidad a que se refiere la STJUE de 14 de marzo de 2013, deben ser sobreseídos. *Si el incumplimiento del deudor revistiese la gravedad prevista en la Ley 5/2019 podrán continuar su tramitación (art. 24 LCCI en relación con art. 693.2 en su nueva redacción)*[12].

Es decir, si la cuantía de las cuotas vencidas y no satisfechas equivale al menos al 3 por ciento de la cuantía del capital concedido (si la mora se ha producido dentro de la primera mitad de la duración del préstamo) o se han impagado doce mensualidades o un número de cuotas equivalente. O bien equivale al 7 por ciento de la cuantía del capital concedido (si la mora se ha producido dentro de la segunda mitad de la duración del préstamo) o se han impagado 15 plazos mensuales o un número de cuotas equivalente.

c) En todo caso, si se dictase un auto de sobreseimiento según los parámetros indicados, tal auto *no surtiría efecto de cosa juzgada respecto de una nueva demanda ejecutiva basada, no en la cláusula contractual nula, sino en la aplicación*

de las disposiciones legales (vía integración del contrato en los términos antes expuestos). Esta solución no sería contraria al artículo 552.3 LEC puesto que se trataría de un segundo despacho de ejecución con fundamento en un *título distinto (el primero tuvo por fundamento el contrato y este segundo la ley), y las consecuencias del mismo no se deberían a la cláusula nula sino al incumplimiento del deudor*[13].

d) La ley aplicable para integrar el contrato y evitar su nulidad total (contraria a los intereses del consumidor) y abrir el nuevo procedimiento ejecutivo sería no el artículo 693.2 LEC en redacción dada por la Ley 1/2013 e interpretado según la jurisprudencia del TS (STS de 23 de diciembre de 2015 y 18 de febrero de 2016), sino el artículo 24 de la Ley 5/2019, de modo que dicho precepto sería aplicable retroactivamente a los contratos *anteriores a su entrada en vigor cuyo vencimiento anticipado se hubiera producido en virtud de una cláusula nula con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley*, es decir, con anterioridad al 16 de junio de 2019 y ello pese a que tal interpretación pueda originar alguna discordancia con la disposición transitoria 1.ª.4.º de la Ley 5/2019 (que literalmente impide tal retroactividad)[14]. El Tribunal Supremo se basaría para sostener esta interpretación en que la nueva redacción del artículo 693.2 LEC dada por la Ley 5/2019 remite al artículo 24 de la misma, que es norma imperativa (pues no admite pacto en contra) y, aunque el Tribunal no lo indica expresamente, en que el Tribunal de Justicia permite integrar el contrato para evitar su nulidad *con la redacción que tenga el precepto legal en que se inspiró la cláusula nula que sea posterior a la celebración del contrato*. Y esta última redacción sería la dada por la Ley 5/2019, más protectora del consumidor que la intermedia resultante de la Ley 1/2013, que permitía el vencimiento anticipado por impago de tres mensualidades. De este modo el Tribunal Supremo quiere impedir que haya disparidades de criterio en los órganos inferiores a la hora de valorar un nuevo despacho de la ejecución (lo que quedaría al buen sentido del juzgador de instancia si se aplicase la regla del artículo 693.2 LEC en redacción dada por Ley 1/2013 e interpretado con arreglo a la jurisprudencia anterior del Tribunal Supremo y a la STJUE de 14 de marzo de 2013). Todo pasaría, pues, en última instancia por la interpretación del artículo 24 de la Ley 5/2019 que se convierte así en única norma reguladora del vencimiento anticipado para los contratos de préstamo inmobiliario con garantía hipotecaria a consumidores *anteriores y posteriores a la Ley 5/2019*[15].

IX. CONCLUSIONES

I. Tanto el magistrado Orduña Moreno en los votos particulares a las SSTUE de 23 de diciembre de 2015 (Pleno) y 18 de febrero de 2016, como el Abogado General ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sus Conclusiones de 2 de febrero de 2016, al asunto C-421/14 y sus Conclusiones de 13 de septiembre de 2018, al asunto C-70/17 y C-179/17, consideraban procedente, como también lo entendió la STJUE de 26 de enero de 2017, deducir todas las consecuencias del control abstracto de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado y determinar el cierre del procedimiento de ejecución hipotecaria al ser un acto procesal basado en la cláusula ineficaz.

II. En la STJUE de 26 de marzo de 2019 y los tres AATJUE de 3 de julio de 2019, el TJUE matiza su posición anterior considerando que si la eliminación de la cláusula abusiva tuviera como consecuencia (según el Derecho interno) la nulidad total del contrato de préstamo hipotecario y ello perjudicase procesalmente

al consumidor, podría integrarse dicho contrato con la redacción posterior que tuviera la ley en que se basó la cláusula de vencimiento anticipado abusiva. Se trataría de una excepción a la regla de no integración *análoga* a la asumida en STJUE de 30 de abril de 2014.

III. El Tribunal Supremo en STS (Pleno) de 11 de septiembre de 2019 ha considerado que la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado conlleva la nulidad del contrato de préstamo hipotecario en su totalidad al afectar a la causa del mismo (que devendría inexistente), de modo que el contrato residual respondería a una naturaleza y finalidad diversa a la que pretendieron inicialmente las partes.

IV. Conllevando dicha nulidad efectos perjudiciales para el consumidor (al impedir tramitar el procedimiento de ejecución hipotecaria, que comporta beneficios de orden procesal y material para el consumidor), el contrato debería integrarse para permitir su subsistencia y la del título ejecutivo con la redacción que la Ley 5/2019 ha dado al artículo 693.2 LEC, que remite al artículo 24 de aquella ley.

X. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STJUE de 4 de junio de 2009
- STJUE de 15 de marzo de 2012
- STJUE de 14 de junio de 2012
- STJUE de 21 de febrero de 2013
- STJUE de 14 de marzo de 2013
- STJUE de 30 de mayo de 2013
- STJUE de 30 de abril de 2014
- STJUE de 21 de enero de 2015
- STJUE de 26 de enero de 2017
- STJUE de 7 de agosto de 2018
- STJUE de 20 de septiembre de 2018
- STJUE de 14 de marzo de 2019
- STJUE de 26 de marzo de 2019

- ATJUE de 11 de junio de 2015
- ATJUE de 17 de marzo de 2016
- ATJUE de 3 de julio de 2019, asunto C-92/16
- ATJUE de 3 de julio de 2019, asunto C-167/16
- ATJUE de 3 de julio de 2019, asunto C-486/16

- Conclusiones del Abogado General de 2 de febrero de 2016, al asunto C-421/14
- Conclusiones del Abogado General de 13 de septiembre de 2018, al asunto C-70/17 y C-179/17
- Conclusiones del Abogado General de 13 de septiembre de 2018, a los asuntos C-92/16, C-167/16
- Conclusiones del Abogado General de 13 de septiembre de 2018 al asunto C-486/16

- STS de 9 de marzo de 2001
- STS de 2 de enero de 2006

- STS de 10 de diciembre 2007
- STS de 4 de junio de 2008
- STS de 12 de diciembre de 2008
- STS de 16 de diciembre de 2009
- STS (Pleno) de 23 de diciembre de 2015
- STS de 18 de febrero de 2016
- STS (Pleno) de 11 de julio de 2018
- STS (Pleno) 46/2019, de 23 de enero de 2019
- STS (Pleno) 47/2019, de 23 de enero de 2019
- STS (Pleno) 48/2019, de 23 de enero de 2019
- STS (Pleno) 49/2019, de 23 de enero de 2019
- STS (Pleno) de 11 de septiembre de 2019

- ATS 8 de febrero de 2017

- Nota de la Sala de lo Civil del TS de 21 de enero de 2016

- AAP de Valencia, sección 9.ª, de 14 de julio de 2015
- AAP de Zamora, sección 1.ª, de 29 de septiembre de 2015
- AAP de Pontevedra, sección 1.ª, de 30 octubre de 2015
- AAP de Barcelona, Sección 16.ª, de 27 de noviembre de 2015

- AJPI núm. 2 de Santander, de 10 de septiembre de 2014
- AJPI núm. 1 de Barcelona, de 30 de marzo de 2017.

XI. BIBLIOGRAFÍA

ADÁN DOMÉNECH, F. (2019) (1). ¿Ejecuciones hipotecarias por tres impagos? STJUE 26 de marzo de 2019, sobre el vencimiento anticipado. *Diario La Ley,* núm. 9395, 1-11 (formato PDF).

— (2019) (2). La STS de 11 de septiembre de 2019 sobre vencimiento anticipado. Más sombras que luces. *Diario La Ley,* núm. 9498, 1-14 (formato PDF).

ARIAS RODRÍGUEZ, J. M. (2019). Vencimiento anticipado: Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de marzo de 2019. *Actualidad Civil,* núm. 5, mayo de 2019, 1-10 (formato PDF).

CABANAS TREJO, R. (2019). La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el vencimiento anticipado y la nueva Ley de Crédito Inmobiliario ¿en verdad, problema resuelto? *Diario La Ley,* núm. 9387, 1-8 (formato PDF).

COUSO PASCUAL, J. R. (2019). Veredicto «final»: la posición del Tribunal Supremo sobre el vencimiento anticipado de las hipotecas. *El Notario del Siglo XXI,* núm. 87, septiembre-octubre, 37-46.

FERNÁNDEZ SEIJO, J. M.ª (2019). La cláusula de vencimiento anticipado y la reciente STS de 11 de septiembre de 2019. Una sentencia pedagógica. *Diario La Ley,* núm. 9479, 1-22 (formato PDF).

FERNÁNDEZ DE SENESPLEDA, I. (2019). Consecuencias del sobreseimiento de la ejecución hipotecaria. *Diario La Ley,* núm. 9493, 1-12 (formato PDF).

FONT DE MORA RULLÁN, J *et alii.* (2018). Alternativas en orden a la ejecución de la garantía hipotecaria: problemas prácticos y dudas jurídicas. *Diario La Ley,* núm. 9217, 1-66 (formato PDF).

GARCÍA-VALDECASAS DORREGO, M.ª J. (2019). La sentencia Abanca Corporación bancaria: una aproximación distinta del Tribunal de Justicia a la cláusula de vencimiento anticipado. *Revista Jurídica sobre Consumidores y Usuarios,* núm. 6, 44-65. Disponible en http://2019.vlex.com/#vid/sentencia-abanca-corporacion-bancaria-799315809, 1-24 (formato PDF).

JIMÉNEZ PARÍS, T. A. (2016). Las cláusulas abusivas de intereses moratorios y vencimiento anticipado en la reciente jurisprudencia comunitaria y nacional. La integración *pro consumatore* de la cláusula de vencimiento anticipado. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* número 755, 1677-1705.

— (2019). Breve exposición del *status quaestionis* de la cláusula de vencimiento anticipado, en espera de la sentencia del TJUE que resuelva la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* número 772, 1014-1040.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (2001). *Derechos Reales. Derecho Hipotecario.* Tomo II. Madrid: Centro de Estudios Registrales.

SÁNCHEZ GARCÍA, J. M.ª. Breves comentarios a la sentencia de la Sala 1.ª del TS de 11 de septiembre de 2019. *Diario La Ley,* número 9479, 1-11 (formato PDF).

NOTAS

[1] Artículo 693.2 LEC en su redacción inicial y previa a la Ley 1/2013: «Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago *de alguno de los plazos diferentes* y este convenio constase inscrito en el Registro».

[2] *Vid.*, más extensamente, JIMÉNEZ PARÍS, 2016.

[3] STJUE de 30 de abril de 2014 (asunto C-26/13). El Tribunal de Justicia de la UE resuelve aquí una cuestión prejudicial planteada por la Curia de Hungría el 15 de enero de 2013, acerca del carácter abusivo de una cláusula contractual relativa al tipo de cambio aplicable a los pagos para la devolución de un préstamo denominado en una divisa extranjera (francos suizos). Unos prestatarios habían concluido con Jelzálogbank un préstamo hipotecario denominado en divisas y garantizado mediante hipoteca. El préstamo concedido lo fue por un importe de 14.400.000 forintos húngaros (HUF), estableciendo la cláusula I/1 que la determinación de la cuantía del préstamo se realizaría al tipo de cotización de compra de la divisa extranjera (franco suizo, CHF), ascendiendo así el préstamo a 94.240,84 francos suizos. Los prestatarios debían devolver dicha suma en 25 años mediante cuotas mensuales denominadas en francos suizos. De acuerdo con la cláusula III/2 del contrato, el prestamista *fijaría el importe en forintos húngaros de cada una de las cuotas mensuales adeudadas en función de la cotización de venta de la divisa extranjera. De manera que si el precio de venta del franco suizo ascendía, ascendía el importe de la cuota de amortización. Si el precio de venta bajaba, bajaba la cuota de amortización del préstamo.* Los prestatarios ejercieron una acción contra la entidad financiera alegando el carácter abusivo de dicha cláusula. En instancia y en apelación se estimó la demanda. El órgano de apelación consideró que Jezálogbank hacía depender el importe de la cuota mensual de devolución de la cotización corriente del franco suizo, considerando que al no realizar ninguna prestación de servicios financieros de compra o venta de divisas, no podía aplicar un tipo de cambio a efectos de la amortización del préstamo *distinto del utilizado en el momento de entrega* en concepto de contrapartida de una prestación de servicio virtual. Dicho órgano concluyó igualmente que la cláusula III/2 *no era clara y comprensible porque no permitía conocer la justificación de la diferencia en el modo de calcular el importe del préstamo según se tratara de su entrega o de su devolución*. La entidad financiera recurrió en casación ante la Curia, que planteó las siguientes cuestiones prejudiciales al TJUE. Por un lado, si teniendo presente el artículo 4.2 de la Directiva que señala que «la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio o

retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible», si la cláusula contractual relativa al tipo de cambio de la divisa de un préstamo denominado en moneda extranjera y que debe ser devuelto en moneda nacional, que no ha sido objeto de negociación individual, puede ser considerada como «definición del objeto principal del contrato» o, en su defecto, si la diferencia entre el tipo de cambio de compra y venta de la divisa constituye una retribución cuya adecuación al servicio prestado no puede ser analizada para apreciar su carácter abusivo según el citado artículo 4.2. Por otro lado, si hay que interpretar el artículo 4.2 de la Directiva 93/13 en el sentido de que el tribunal nacional, con independencia de lo dispuesto en su derecho nacional, puede examinar el carácter abusivo de las cláusulas contractuales a que se refiere dicho precepto, siempre que dichas cláusulas no estén redactadas de manera clara y comprensible, entendiendo por este último requisito no solo la claridad desde el punto de vista gramatical, sino también que deben ser claros y comprensibles los motivos económicos del empleo de la cláusula contractual y su relación con las demás cláusulas contractuales. Y, finalmente, si sobre la base del artículo 6.1 de la Directiva, la eliminación de una cláusula abusiva debe producirse sin integración del contrato, aunque el contrato no pueda subsistir sobre la base de las cláusulas restantes, teniendo o no relevancia la existencia de una norma supletoria nacional que, en caso de que se omita la cláusula inválida, regule, en su lugar, la cuestión jurídica de que se trate. En relación con la primera cuestión prejudicial planteada, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea indica que el artículo 4.2 de la Directiva 93/13, en relación con su artículo 8, permite a los Estados miembros prever en la legislación de transposición de esta Directiva que la apreciación del carácter abusivo no abarque las estipulaciones esenciales del contrato, siempre que dichas cláusulas se hayan redactado de manera clara y comprensible. Ahora bien, al establecer el artículo 4.2 una excepción al control de fondo de las cláusulas abusivas, debe ser objeto de interpretación restrictiva. Corresponde al tribunal remitente pronunciarse sobre la calificación de la cláusula III/2 en cuento a si integra o no el objeto principal del contrato en función de las circunstancias propias del asunto de que conoce, pero el Tribunal de Justicia de la UE es competente para deducir del artículo 4.2 de la Directiva los criterios que el juez nacional puede o debe aplicar al apreciar una cláusula a la luz de dicha disposición. En primer lugar, de acuerdo con el artículo 3.1 de la Directiva, las cláusulas negociadas individualmente no entran por principio en el ámbito de aplicación de la Directiva. Sentado lo anterior, las cláusulas del contrato incluidas en el concepto de objeto principal del contrato deben entenderse como las que regulan las prestaciones esenciales de ese contrato y que como tales lo caracterizan. Las cláusulas de carácter accesorio en relación con las que definen la esencia misma de la relación contractual no pueden formar parte del concepto de objeto principal del contrato. Corresponde al tribunal remitente, atendiendo a la naturaleza, sistema general y las estipulaciones del contrato de préstamo y su contexto jurídico y de hecho, apreciar si la cláusula que determina el tipo de cambio de las cuotas mensuales constituye un componente esencial de la prestación del deudor consistente en la devolución del importe que puso a su disposición el prestamista.

El artículo 4.2 excluye también del control de abusividad la adecuación entre el precio o retribución prevista y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida. «Como ha observado el Abogado General en el punto 69 de sus conclusiones, la exclusión del control de las cláusulas contractuales en lo referente a la relación calidad/precio de un bien o un servicio se explica porque no hay ningún baremo o criterio jurídico que pueda delimitar y orientar ese control». Pero esa exclusión «no se puede aplicar a cláusulas que, como la cuestionada, se limitan a determinar el tipo de conversión de la divisa extranjera en la que está denominado el contrato de préstamo con vistas al cálculo de las cuotas de devolución, sin que no obstante, el prestamista realice ningún servicio de cambio con ocasión de ese cálculo, y que no establecen por tanto ninguna «"retribución"…». En relación con la segunda cuestión prejudicial, el TJUE indica que si atendiendo a la respuesta dada a la primera cuestión prejudicial, el tribunal remitente llegara a considerar que la cláusula III/2 forma parte del objeto principal del contrato, solo estaría excluida la apreciación de abusividad si la cláusula estuviera redactada de forma clara y comprensible. El artículo 209.4 del Código civil húngaro que pretendía transponer el artículo 4.2 de la

Directiva 93/13 no contenía esa exigencia de redacción clara y comprensible, pues solo indicaba que «las disposiciones relativas a las cláusulas contractuales abusivas no podrán aplicarse a las estipulaciones que definan la prestación principal ni a las que determinen el equilibrio entre prestación y contraprestación». Pero el Tribunal recuerda que «cuando un tribunal nacional conoce de un litigio entablado exclusivamente entre particulares, está obligado, al aplicar las normas del Derecho interno, a tomar en consideración todas las normas del Derecho nacional y a interpretarlas, en la medida de lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva aplicable en la materia para llegar a una solución conforme con el objetivo perseguido por esta (véase, en particular, la sentencia OSA, C-351/12)», si bien tal interpretación no puede servir de base para una interpretación *contra legem* del Derecho nacional. Si, teniendo en cuenta este principio de interpretación conforme así delimitado, la Curia llegara a considerar que la disposición nacional puede entenderse en el sentido de que exige una redacción clara y comprensible, se plantearía la cuestión del alcance de esta exigencia. La exigencia del artículo 4.2 de la Directiva tiene el mismo alcance que la formulada en el artículo 5 («En los casos de contratos en que todas las cláusulas propuestas al consumidor o algunas de ellas consten por escrito, estas cláusulas deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensible…). «Pues bien, acerca de este artículo 5, el Tribunal de Justicia ya ha afirmado que tiene una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. En función, principalmente, de esa información el consumidor decide si desea quedar vinculado contractualmente adhiriéndose a las condiciones redactadas de antemano por el profesional … Por tanto, la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales establecida por la Directiva 93/13 no puede reducirse solo al carácter comprensible de estas en un plano formal y gramatical». Dicha exigencia de transparencia debe entenderse en forma extensiva dado que el consumidor se halla en una situación de inferioridad respecto al profesional en lo referido, en particular, al nivel de información. En relación con la cláusula III/2, cuyo efecto es elevar los gastos del servicio financiero a cargo del consumidor, en apariencia sin límite máximo, de los artículos 3 y 5 de la Directiva 93/13 resulta que tiene una importancia esencial para el respeto de la exigencia de transparencia la cuestión de si el contrato exponía de manera transparente el motivo y particularidades del mecanismo de conversión de la divisa extranjera, de forma que un consumidor pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo. El Tribunal remitente debe determinar si, a la vista de la publicidad e información ofrecidas por el prestamista, un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y cuidadoso podría no solo conocer la existencia de la diferencia entre el tipo de cambio de venta y el de compra de una divisa extranjera, aplicada en general en el mercado de valores mobiliarios, sino también evaluar las consecuencias económicas potencialmente importantes para él de la aplicación del tipo de cambio de venta para el cálculo de las cuotas de devolución, y por tanto, el coste total de su préstamo. En relación con la tercera cuestión prejudicial, el Tribunal de Justicia de la UE indica que su jurisprudencia ha indicado que el artículo 6.1 de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que se opone a una regla del Derecho nacional que permita al juez nacional, cuando este constata la nulidad de una cláusula abusiva, integrar el contrato modificando el contenido de dicha cláusula, dado que de lo contrario se podría poner en peligro el objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva, ya que los profesionales seguirían estando tentados de utilizar esas cláusulas al saber que, aun cuando llegara a declararse la invalidez de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, protegiendo de este modo el interés de esos profesionales. «Sin embargo, de ello no se sigue que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 se oponga a que en una situación como la del asunto principal el juez nacional, aplicando los principios del Derecho contractual, suprima la cláusula abusiva y la sustituya por una disposición supletoria del Derecho nacional. Por el contrario, *la sustitución de una cláusula abusiva por una disposición de esa clase, que se presume no contiene cláusulas abusivas, según expresa el decimotercer considerando de la Directiva 93/13, está plenamente justificada por la finalidad de la Directiva 93/13, ya que consigue el resultado de que el contrato pueda subsistir pese a la supresión de la*

cláusula III/2 y siga obligando a las partes. En efecto, la sustitución de una cláusula abusiva por una disposición supletoria nacional se ajusta al objetivo del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, ya que según constante jurisprudencia esa disposición pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre estas, y no anular todos los contratos que contengan cláusulas abusivas … En cambio, si en una situación como la del asunto principal no se permitiera sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria y se obligara al juez a anular el contrato en su totalidad, el consumidor podría quedar expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales, de modo que el carácter disuasorio derivado de la anulación del contrato podría frustrarse. En efecto, tal 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 estas en los contratos que ofrezca. Por las anteriores consideraciones se ha de responder a la tercera cuestión prejudicial que el artículo 6, apartado 1 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en una situación como la que es objeto del litigio principal, en la que un contrato concluido entre un profesional y un consumidor no puede subsistir tras la supresión de una cláusula abusiva, dicha disposición no se opone a una normativa nacional que permite al juez nacional subsanar la nulidad de esa cláusula sustituyéndola por una disposición supletoria del Derecho nacional».

[4] Directiva 93/13. Artículo 6.1: «Los Estados miembro establecerán que *no vincularán al consumidor,* en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre este y un profesional *y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si este puede subsistir sin las cláusulas abusivas*». Artículo 7.1: «Los Estados miembro velarán por que, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores».

[5] Artículo 83 TRLGDCU: Nulidad de las cláusulas abusivas y subsistencia del contrato. «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*. Las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho».

[6] Sobre las Conclusiones del Abogado General de fecha 13 de septiembre de 2018, a los asuntos C-92/16, C-167/16 y C-486/16, *vid*., JIMÉNEZ PARÍS, 2019, 1031-1034.

[7] El Tribunal Supremo ha admitido la aplicación del artículo 1124 del Código civil a los contratos de préstamo en sentencia del Pleno de la Sala 1.ª, de 11 de julio de 2018. Así considera que si el prestatario solo asume el compromiso de devolución de la cosa (señaladamente dinero) no es aplicable el artículo 1124 del Código civil. Pero que la situación es diferente cuando el prestatario asume junto con la devolución de la cosa, otros compromisos (*arg*. *ex* art. 1274 en relación con el art. 1124 CC). En particular, en el préstamo con interés cabría apreciar dos prestaciones recíprocas, pudiendo aplicarse el artículo 1124 del Código civil ya que este precepto no requiere que las dos prestaciones se encuentren sin cumplir cuando se celebra el contrato ni tampoco que sean exigibles simultáneamente. Al tratarse de una sentencia del Pleno se cierra la controversia sobre la aplicabilidad del artículo 1124 del Código civil al contrato de préstamo.

[8] Esta expresión introducida en 1988 por la doctrina alemana, hace alusión al acto de tachar con un rotulador azul el elemento que se estima abusivo.

[9] Artículo 693.1 LEC: «Lo dispuesto en este Capítulo será aplicable al caso en que deje de pagarse una parte del capital del crédito o los intereses, cuyo pago deba hacerse en plazos, *si vencieren al menos tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a tres meses. Así se hará constar por el notario en la escritura de constitución y por el registrador en el asiento correspondiente. Si para el pago de alguno*

de los plazos del capital o de los intereses fuere necesario enajenar el bien hipotecado, y aún quedaren por vencer otros plazos de la obligación, se verificará la venta y se transferirá la finca al comprador con la hipoteca correspondiente a la parte del crédito que no estuviere satisfecha».

[10] *Cfr.:* PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, 2001, 158.

[11] A dicha STJUE de 15 de marzo de 2012 también se remiten los tres AATJUE de 3 de julio de 2019.

[12] Artículo 693.2 LEC, en redacción dada por Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario: «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». Este artículo 129 bis de la Ley Hipotecaria regula el vencimiento anticipado de los préstamos hipotecarios dentro de la Ley Hipotecaria (novedad importante, pues hasta la Ley 5/2019, la Ley Hipotecaria parecía contemplar un préstamo en el que el capital se devolvía al final del plazo, devengándose intereses anuales (*arg. ex* arts. 114 LH y 693.1 LEC). El precepto se ubica a continuación del artículo 129 LH que señala los procedimientos ejecutivos directos que caben contra los bienes hipotecados, el judicial del título IV, libro III de la LEC, con las especialidades contenidas en su capítulo V y la venta extrajudicial ante notario, siempre que se haya pactado en la escritura de constitución.

[13] De acuerdo con el artículo 552.3 LEC: «*Una vez firme el auto que deniegue el despacho de la ejecución, el acreedor solo podrá hacer valer sus derechos en el proceso ordinario correspondiente*, si no obsta a este la cosa juzgada de la sentencia o resolución firme en que se hubiese fundado la demanda de ejecución».

[14] Disposición transitoria primera Ley 5/2019: 1. Esta Ley no será de aplicación a los contratos de préstamo suscritos con anterioridad a su entrada en vigor. … 4. 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.

[15] Para los contratos de crédito inmobiliario celebrados antes de la entrada en vigor de la Ley 5/2019, que estén incluidos dentro de su ámbito de aplicación, gocen o no de garantía real accesoria, el legislador sustituye el contenido de la cláusula de vencimiento anticipado pactada *y que no ha sido activada antes del 16 de junio de 2019* por el contenido fijado en el régimen legal semiimperativo, de manera que si el prestamista quiere dar por vencido el préstamo con posterioridad al 16 de junio de 2019 debe cumplir con los requisitos señalados en el artículo 24 de la Ley 5/2019 (que están incorporados por ley al contrato).

2. DERECHO MERCANTIL

Preaviso y buena fe en la separación *ad nutum* en las sociedades profesionales

Advance notice and good faith in ad nutum *separation in professional corporates*

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación
Profesor de Derecho civil y abogado

RESUMEN: El ejercicio del derecho de separación del socio de las sociedades profesionales puede someterse a un plazo de preaviso y deberá ejercitarse en todo caso conforme a las exigencias de la buena fe.

ABSTRACT: The exercise of the right of separation of the partner from professional corporates may be subject to a period of notice and must be exercised in any case in accordance with the requirements of good faith.

PALABRAS CLAVE: Derecho de separación. Preaviso y buena fe.

KEY WORDS: Right of separation. Advance notice and good faith.

SUMARIO: I. DE LA VALIDEZ DE LA CLÁUSULA ESTATUTARIA DE PREAVISO PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO DE SEPARACIÓN DEL SOCIO PROFESIONAL.—II. DE LA BUENA FE EN EL EJERCICIO DEL DERECHO DE SEPARACIÓN.—III. DE LA RETENCIÓN DE LA LIQUIDACIÓN Y DE LAS CONSECUENCIAS INDEMNIZATORIAS RESULTANDO EL SOCIO INCUMPLIDOR UN DEUDOR DOLOSO.—IV. BIBLIOGRAFÍA.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. LA VALIDEZ DE LA CLÁUSULA ESTATUTARIA DE PREAVISO PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO DE SEPARACIÓN DEL SOCIO PROFESIONAL

La validez de la fijación del plazo de preaviso en los Estatutos Sociales de una Sociedad Profesional ha sido específicamente admitida por nuestra práctica notarial y registral y refrendada por la Dirección General de los Registros y del Notariado. De esta forma, la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 7 de febrero de 2012, *(«RDGRN»)* en el recurso interpuesto por JGBR Abogados y Asesores Tributarios, S.L. Profesional, contra

la negativa del registrador mercantil VIII de Barcelona a inscribir determinada disposición de los estatutos sociales de una entidad (*BOE* núm. 54 sábado 3 de marzo de 2012 Sec. III, 18388) se pronuncia sin dudas sobre dicha posibilidad. En el caso, analizado por la referida RDGRN el registrador suspende la inscripción de dicha disposición estatutaria porque, a su juicio, «Los términos en los que se regula el derecho de separación de los socios profesionales —en las sociedades constituidas por tiempo indefinido— en el artículo 13 de la Ley de Sociedades Profesionales, no permiten condicionar su ejercicio estableciendo un plazo de preaviso, por cuanto que la ley configura el derecho de separación de los socios profesionales como un derecho libremente ejercitable por este en cualquier tiempo, siendo eficaz, desde el momento en que se notifique a la Sociedad».

Hemos de recordar que el artículo 13.1 de la Ley de Sociedades Profesionales *(«LSP»)* expresamente prevé lo siguiente:

«1. Los socios profesionales podrán separarse de la sociedad constituida por tiempo indefinido en cualquier momento. El ejercicio del derecho de separación habrá de ejercitarse de conformidad con las exigencias de la buena fe, siendo eficaz desde el momento en que se notifique a la sociedad».

Por lo tanto, desde la exigencia de ejercicio del derecho de separación *ad nutum* conforme a la buena fe es como se fundamenta la validez del establecimiento del plazo de preaviso por parte de la DGRN que razona al respecto del siguiente tenor:

«Indudablemente, este derecho de separación legalmente establecido es de "ius cogens", pero tal carácter no impide toda modalización de su ejercicio. Así —y aparte la previsión legal que contiene el mismo artículo 13.1 de la Ley de Sociedades Profesionales de necesario ajuste del ejercicio del derecho de separación a las exigencias de la buena fe—, no debe rechazarse la previsión estatutaria de cautelas como la constituida por la cláusula de preaviso cuestionada en el presente caso, toda vez que contribuye a salvaguardar tanto los intereses de los acreedores (mediante las normas establecidas para la necesaria reducción del capital social) como los de la propia sociedad (evitando así que un ejercicio abusivo de ese derecho pudieran abocarla a la disolución), y tampoco puede estimarse contraria al fundamento del derecho de separación «ad nutum» que se establece en interés del socio profesional. En este sentido, no perturba la realización del valor patrimonial de las participaciones con una dificultad objetiva que sea prácticamente insalvable ni implica para el socio una vinculación excesiva o abusiva, máxime si se tiene en cuenta que, al ser aplicada, deben respetarse los límites impuestos por los usos, la buena fe y la prohibición de abuso del derecho —cfr. artículos 1 y 57 del Código de Comercio y 7, 1258, 1287 y 1291 del Código civil—».

Sin embargo, en la exigencia de ejercicio del derecho de separación *ad nutum* conforme a la buena fe reside en la validez del plazo de preaviso estatutario fijado para su práctica, pero también en la modalización de este derecho ya que el preaviso exigido se basa igualmente en que también contribuye a salvaguardar los intereses de los acreedores (mediante las normas establecidas para la necesaria reducción de capital) y los de la propia sociedad (evitando que un ejercicio abusivo e intempestivo del derecho por su no sujeción a plazo pudiera incluso llevar a la disolución social).

Coincidimos con los argumentos del notario recurrente que dio lugar a la RDGRN que expuso en cuanto a la razonabilidad del plazo de preaviso «… prudente y, en todo caso, dentro del plazo que establece el artículo 4.5 de la Ley de Sociedades Profesionales para regularizar situaciones de incumplimiento de condiciones (de tres meses en la redacción original del precepto y de seis meses en la redacción actual vigente) y es que, no puede olvidarse que pese a que se haya cursado la notificación de ejercicio del derecho de separación, ello conlleva una serie de actuaciones en orden a su materialización mediante el oportuno negocio jurídico, incluyendo el cálculo de la cuota de liquidación que le pudiera corresponder al socio profesional…la sociedad precisa de prácticamente unos veinte días para poder adoptar las decisiones oportunas en orden a dar solución a la salida del capital social de un socio. El estatuido plazo de dos meses, en este aspecto, concede cierta flexibilidad a la compañía. Sin perjuicio de lo anterior, insistiendo en la viabilidad del plazo de dos meses establecido en los Estatutos Sociales, debe recordarse igualmente la relevancia que para la Sociedad tienen los socios profesionales unidos, no solo por especiales vínculos propios de las sociedades de capital basado en una relación *intuitu personae* (como es el caso) sino por la obligación (legal y estatutaria) de prestar sus servicios a la compañía dentro del ámbito de acción de las prestaciones accesorias que por obligación les corresponde».

En realidad, esta interpretación del artículo 13.1 de la LSP que efectúa la DGRN no supone más que consensuar y entender el régimen societario y la necesidad de oportunidad en el ejercicio de la renuncia que ya se exigieran por los artículos 1705 y 1706 del Código civil («CC»)[1].

El artículo 1705 del Código civil regula la renuncia social de la siguiente forma:

«*Artículo 1705:*

La disolución de la sociedad por la voluntad o renuncia de uno de los socios únicamente tiene lugar cuando no se ha señalado término para su duración, o no resulta este de la naturaleza del negocio.

Para que la renuncia surta efecto, debe ser hecha de buena fe en tiempo oportuno; además debe ponerse en conocimiento de los otros socios».

Mientras que el artículo 1706 del Código civil, nos califica la renuncia como inoportuna en los siguientes casos:

«*Artículo 1706:*

Es de mala fe la renuncia cuando el que la hace se propone apropiarse para sí solo el provecho que debía ser común. En este caso el renunciante no se libra para con sus socios, y estos tienen facultad para excluirle de la sociedad.

Se reputa hecha en tiempo inoportuno la renuncia, cuando, no hallándose las cosas íntegras, la sociedad está interesada en que se dilate su disolución. En este caso continuará la sociedad hasta la terminación de los negocios pendientes».

Así, una primera aproximación a la invalidez de la renuncia es la intempestividad de la misma, que tiene lugar cuando se efectúa de forma que no se atiende al plazo de preaviso estipulado.

Como dice PAZ-ARES[2] «la renuncia ha de hacerse en tiempo oportuno». «Se reputa hecha en tiempo inoportuno la renuncia —precisa el párrafo segundo del artículo 1706—, cuando, no hallándose las cosas íntegras, la sociedad está interesada en que se dilate la disolución».

1. La Ley sanciona así el que quizá sea el supuesto más típico de infracción del deber de fidelidad con ocasión de la denuncia de la sociedad. Lo que se trata de impedir son los daños que ocasiona a los consocios (v. CAPILLA, Com. Edersa, XXI, 1, 674-675); no los daños que se derivan de no poder obtener los beneficios que se esperaban (v. STS de 21 de marzo de 1988). El reproche de intempestividad se funda en el ejercicio que se ocasiona a los consocios privándoles de la posibilidad de adaptarse a la disolución. Los inconvenientes que les acarree la disolución como tal son irrelevantes. Podría decirse que la exigencia de oportunidad trata de proteger el interés negativo, no el interés positivo.

Para que proceda la excepción de intempestividad no es preciso que intervenga dolo o culpa en la conducta del que la ejercita. No obstante, entendemos que la excepción de intempestividad puede neutralizarse mediante la justificación por parte de quien ejercita la denuncia de una justa causa (que no confundirse con la contemplada en el artículo 1707 para la denuncia extraordinaria). El supuesto más característico se produce cuando la sociedad va en detrimento suyo (en este sentido podría invocarse la aplicación analógica del art. 1736). La mejor manera de evitar esos conflictos es previendo un plazo de preaviso. De hecho, la función que cumple el artículo 1706 es someter a preaviso la denuncia. Si no fija un plazo, es porque la extensión de este varía notablemente en función del tipo de sociedad de que se trate»[3].

Como se razona por nuestra doctrina científica[4] «al ser el preaviso un término suspensivo de la eficacia del desistimiento, hay que entender que el contrato continúa vigente durante ese período y que ambos contratantes siguen obligados a cumplir sus respectivas prestaciones hasta que llegue el término final del preaviso, momento en que finaliza la relación contractual en virtud de la producción de los efectos diferidos de aquel acto extintivo. Ahora bien, si por un lado se afirma que el contrato prosigue su marcha, también es cierto que, otro lado, esta continuación debe permitir que paralelamente se cumpla la finalidad a que está destinado el período de preaviso: permitir que el contratante frente a quien se desiste pueda proveer lo necesario para que la terminación de esa relación le resulte lo menos dañosa posible.

Este período previo a la extinción definitiva no es por tanto de carácter liquidatorio, pues aún están en vigor las obligaciones contractuales de las partes —la fase de liquidación comienza propiamente cuando cesa el vínculo contractual inicialmente previsto y solo quedan las obligaciones derivadas de la finalización de la relación económica».

Expresa y específicamente sobre el mantenimiento del contrato de sociedad durante el inválido preaviso y considerando —como no podía ser de otra forma— la ineficacia del acto de desistimiento efectuado de mala fe *ex* artículo 1706 del Código civil, se pronuncia nuestra doctrina (*vid.* por todos, KLEIN, *El desistimiento unilateral…* 229 y 230) cuando razona lo siguiente: «Sin embargo, no puede dejar de destacarse la técnica adoptada por el artículo 1706 del Código civil para el supuesto de la renuncia hecha de mala fe, en cuyo caso se dispone que "el renunciante no se libra para con sus socios, y estos tienen la facultad de excluirle de la sociedad". Se trata, a mi juicio, de una solución excepcional que consiste en la ineficacia del acto de desistimiento, unida a la disolución parcial de la sociedad mediante la exclusión del socio que actuó de mala fe, y que es posible en virtud de las específicas características de la sociedad: su carácter plurilateral y la existencia de un interés común a los socios, además del particular de cada uno».

Por lo tanto, la oportunidad de la denuncia del contrato social se mide mediante la estipulación de un plazo de preaviso al respecto para mitigar los daños

que una denuncia intempestiva puede ocasionar a la sociedad de la que el socio pretende separarse.

En conclusión, el derecho de separación ejercitado sin cumplimiento del preaviso estatutario no supone más que la calificación del referido derecho de separación no pueda por más que ser considerada abusiva en su ejercicio por intempestiva, durante el cual debería haberse seguido desarrollando la relación social con pleno cumplimiento a las normas legales y estatutarias aplicables.

II. DE LA BUENA FE EN EL EJERCICIO DEL DERECHO DE SEPARACIÓN

Adicionalmente al incumplimiento del plazo de preaviso que por sí solo ya supondría la invalidez del derecho de separación ejercitado con incumplimiento del mismo, hemos de sentar las bases de que dicho derecho de separación no solo ha de ser oportuno y tempestivo con atención al preaviso estatutario pactado sino ejercitado conforme a las exigencias de la buena fe, que si bien una primera manifestación de la misma reside en sí mismo en la necesaria observación del correspondiente preaviso, también abarca dicha atención a la buena fe las circunstancias inherentes al propio derecho de separación ejercitado.

La denuncia del contrato social mediante el intempestivo ejercicio del derecho de separación antes referido, no pueda por más que tildarse también efectuada de mala fe en virtud de lo anterior y por tanto que la contravención del artículo 13 de la LSP (denuncia o derecho de separación de buena fe), lo sea no solo por la intempestividad de la denuncia sino también en cuanto al ejercicio de la misma.

Es decir, la buena fe *ex* artículo 13 de la LSP no solo se mide a través de la modalización del derecho de separación que supone la inclusión de un preaviso estatutario al mismo, sino también a raíz de un juicio ponderado sobre la conducta del socio que se pretende separar.

De nuevo la interpretación de qué ha de entenderse por separación de acuerdo con las exigencias de la buena fe, que impone el artículo 13 de la LSP, ha de buscarse en nuestro Derecho de Sociedades general, o sea, en lo previsto en los artículos 224 y 225 del Código de Comercio, como en los artículos 1705 y 1706 del Código civil, que requieren el ejercicio de la denuncia de buena fe.

Recordamos que el artículo 224.2 del Código de Comercio estable una ejemplificación de la denuncia mala fe, con el siguiente tenor: «*Se entenderá que un socio obra de mala fe cuando, con ocasión de la disolución de la sociedad, pretenda hacer un lucro particular que no hubiera obtenido subsistiendo la compañía*». Mientras que la literalidad del artículo 1706 del Código civil nos ofrece lo siguiente: «*Es de mala fe la renuncia cuando el que la hace se propone apropiarse para sí solo el provecho que debía ser común*».

Para comprender el alcance del actuar de buena fe general que tiene el socio y obligada conexión con el deber de buena fe particular que ha de presidir el derecho de desistimiento hemos de atender necesariamente al obligado deber de fidelidad o lealtad que tiene el socio, mereciendo la pena exponer dos ejemplos que ALFARO ÁGUILA REAL[5] extrae de la literatura jurídica clásica en una exposición que realiza sobre el tema:

«… el egoísmo no representa el mismo papel en la asociación que en el contrato de cambio. En el contrato de cambio, los dos contratantes tienen intereses diametralmente opuestos; si la venta es favorable para el comprador, lo

es en detrimento del vendedor y viceversa. Su daño, mi beneficio es la divisa de cada contratante. Ninguno de ellos puede reprochar al otro porque vele exclusivamente por sus intereses… en la asociación, el interés particular (de cada socio) y el de otro marchan de acuerdo. Si uno de los asociados sufre un perjuicio, el otro lo experimenta igual: la ventaja del uno es la del otro… Si uno de los asociados, en vez de perseguir la ventaja común busca solo su propio interés, destruye la esencia misma de la institución… un asociado infiel es un traidor; según el Derecho Romano, incurría en infamia, pena que no se aplicaba jamás al engaño en el cambio».

IHERING, *El fin en el Derecho*

«Está bien establecido que uno de los socios no puede, directa o indirectamente, utilizar los activos de la sociedad para su propio beneficio; que no puede, al llevar a cabo las actividades de una sociedad, obtener clandestinamente beneficios para sí mismo; que no puede llevar a cabo las actividades de la sociedad para su propio beneficio; que no puede llevar a cabo otra actividad en competencia o rivalidad con la de la empresa, privándola así del beneficio de su tiempo, habilidad y fidelidad, sin rendir cuentas a sus copartícipes por los beneficios que puedan derivarse de ella; que no se le puede permitir obtener para sí mismo lo que es su deber obtener, si es que lo hace, para la compañía de la que es miembro; tampoco puede hacer uso de conocimientos o información que puedan considerarse propiedad de la sociedad, en el sentido de que están a disposición o son útiles para la empresa para cualquier propósito dentro del ámbito de la actividad de la sociedad».

Latta v. Kilbourn, 150 U.S. 524, 543-44 (1893)

PAZ-ARES[6] nos razona sobre el deber de fidelidad o deber de lealtad del socio ubicado en el principio general de actuación de buena fe (arts. 7 y 1258 CC) de la siguiente forma: «c) El deber de fidelidad o deber de lealtad, dada su centralidad en el sistema del derecho de sociedades, merece una consideración especial. Constituye la condensación en el derecho de sociedades del principio general de la buena fe. Su fundamento positivo debe ubicarse, consiguientemente, en los artículos 7 I y 1258 del Código civil (así también CAPILLA, *Sociedad civil*, 189-100). […]. El contenido del deber de fidelidad es muy amplio y articulado. A lo largo de este comentario tendremos ocasión de descubrir algunas de sus aplicaciones más salientes. Con carácter general ha de decirse que el deber de lealtad actúa como elemento modulador de los derechos y obligaciones tipificados y como fundamento de nuevos derechos y obligaciones no especificados (deber de confidencialidad, deber de abstenerse de competir, deber de no explotar las oportunidades de negocio de la sociedad, etc.). La máxima fundamental puede cifrarse, como ha señalado el profesor Girón, en la *prohibición de obtener ventajas a costa del sacrificio de la sociedad*. Esta idea de subordinación de los intereses propios a los intereses sociales se halla, por lo demás, y bajo distintas formulaciones, muy extendida en nuestra doctrina (v., por ejemplo, DE BUEN, EJE XVIII [1910], 870; ALBALADEJO, *Derecho civil, II-2,* 339). Desde el punto de vista económico, podría decirse que el deber de fidelidad constituye el principal instrumento con que cuenta el sistema para impedir la externalización de costes. Las posibilidades de influir sobre la esfera ajena inherente al fenómeno societario ha de moderarse por medio del deber de fidelidad».

En la jurisprudencia también se ha reconocido el deber de fidelidad del socio. En este sentido, destacamos la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo

de 1992 *(RJ* 1992, 2398), que reconoce expresamente dicho principio en un caso de expulsión de un socio por contrariar el interés social, al razonar lo siguiente:

«Esta conducta contravino no menos que la denominada "affectio societatis", como serie de elementos contrapuestos que son base de la constitución de la sociedad y que cada socio asume en su parte correspondiente, sino sobre todo el deber de fidelidad ("Treupflicht" según la técnica jurídica germánica) en que se inspiran numerosos preceptos del Código civil, expresivos de la prevalencia del interés común que inspira la sociedad sobre el interés contrapuesto de los socios en particular (arts. 1683, 1684, 1685, 1705, párr. 1 y 1706): No debe olvidarse que, mediante la sociedad, varias personas aúnan sus esfuerzos para la consecución de un fin común, normalmente a través de la cooperación duradera, y en los casos de conflicto entre el interés individual extrasocial del socio y el interés social común a todos, aquel interés particular ha de respetar el interés social, libremente asumido por el socio, y ha de estar limitado por la subordinación del interés personal del socio al interés social, que debe ser preferido; ideas que inspiran el artículo 8 de los Estatutos, a las que no se atuvo, sino que más bien infringió el recurrente. De todo ello resulta en cambio que evidentemente la Sala de instancia siguió las reglas del criterio humano cuando sancionó la separación del socio recurrente de la sociedad, a virtud de la conducta que dedujo de las pruebas practicadas, con lo que no resultó indebidamente aplicado el artículo 1253 del Código civil y el motivo ha de sucumbir».

Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 12 de septiembre de 2017 (Ind. Cendoj. 08019370152017100306) en el marco de un proceso de impugnación de acuerdos sociales donde se fijaba la retribución del administrador de la sociedad, expresa que:

«Los socios de una sociedad mercantil tienen un deber de fidelidad frente a la sociedad y frente a sus consocios, deber que se impone siempre que el socio tenga la posibilidad de influir sobre los derechos ajenos sin el consentimiento de sus titulares. Por eso la jurisprudencia ha controlado las decisiones mayoritarias, en el marco de la impugnación de los acuerdos sociales, desde la perspectiva del abuso de derecho: abusa de su derecho de voto el socio mayoritario que adopta decisiones sociales con clara desconsideración de los intereses de los demás socios. Y entre los acuerdos a los que con frecuencia se ha aplicado esa doctrina se encuentran precisamente los de fijación de la remuneración del administrador (STS 13 de junio de 2012), particularmente cuando el cargo de administrador sea ostentado por el socio mayoritario, en la medida en que la fijación de una retribución excesiva pueda convertirse en instrumento a través del cual la mayoría imponga a la minoría una distribución de los beneficios distinta a la que determina la respectiva participación en el capital».

Argumentado lo anterior en cuanto al necesario ejercicio del derecho de separación de buena fe en sede de deber de fidelidad o lealtad del socio (obteniendo ventajas particulares a costa de la sociedad) amén de la necesaria tempestividad en su práctica por cumplimiento del preaviso estatutario fijado), la consecuencia de su no observación por un socio profesional no puede ser otra que la invalidez de la denuncia ejercitada por el mismo.

La conclusión de una denuncia o derecho de separación ejercitado de mala fe, en función de la argumentación razonada efectuada, es la ineficacia o invalidez del mismo. De nuevo coincidimos con PAZ-ARES[7], en lo siguiente: «2. La denuncia

ejercitada de mala fe es ineficaz (v. SCAEVOLA/BATLLE, *Código* XXV, 2, 179; CAPILLA, Com. Edersa, XXI, 1, 678-679; GIRÓN, Der. Soc., I, 636; etc.). Esta es, en efecto, la solución que establece la ley para el caso previsto («el renunciante no se libra para sus consocios») y que debe extenderse a los no específicamente previstos. Pero, además, en la medida en que se infringe un deber contractual de fidelidad, ha de estimarse que hay obligación de indemnizar los daños ocasionados (cfr. SCAEVOLA/BATLLE, *Código,* XXV, 2, 179). 3. El problema más espinoso es el relativo a la exclusión del socio que ejercita deslealmente la denuncia. El artículo 1706 I, en su inciso final, reconoce a los demás socios la «facultad para excluirle de la sociedad». El tenor literal de la norma es infranqueable: en ella *se reconoce, con absoluta claridad, la posibilidad de exclusión de un socio por infracción de un deber contractual* (el deber de fidelidad) (doctrina dominante: v. SCAEVOLA/BATLLE, *Código,* XXV, 2, 179; GULLÓN, *Contratos especiales,* 354; GARCÍA VILLAVERDE, *Exclusión,* 186-187; etc.)».

En el ámbito de las sociedades mercantiles, aplicaría la misma consecuencia para la denuncia del contrato social con mala fe proscrita por el artículo 224.1 del Código de Comercio por remisión de la cláusula general de exclusión a la que hace referencia el artículo 218.7 del Código de Comercio, que prescribe la misma, «*Por faltar de cualquier otro modo uno o varios socios al cumplimiento de las obligaciones que se impusieron en el contrato de compañía*»[8], lo que ocurriría igualmente para las sociedades profesionales puesto que su artículo 14 LSP prevé que *todo socio profesional podrá ser excluido, además de por las causas previstas en el contrato social, cuando infrinja gravemente sus deberes para con la sociedad* [deber de fidelidad] *o los deontológicos, perturbe su buen funcionamiento o sufra una incapacidad permanente para el ejercicio de la actividad profesional,* recordándose además que conforme al artículo 16 LSP se puede fijar estatutariamente la cuota de liquidación del socio excluido.

O sea, desde la perspectiva del Derecho de Sociedades general, es decir, se reconoce sin ambages la posibilidad de excluir a un socio como consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones legales y contractuales, donde incluimos —como no— una denuncia o derecho de separación efectuado intempestivamente y de mala fe, resultando como no podía ser de otra forma que dicho incumplimiento legal por parte de un socio profesional supondría la obligación de indemnización de daños y perjuicios causados.

III. DE LA RETENCIÓN DE LA LIQUIDACIÓN Y DE LAS CONSECUENCIAS INDEMNIZATORIAS RESULTANDO EL SOCIO INCUMPLIDOR UN DEUDOR DOLOSO

Sentadas las bases del incumplimiento del deber de fidelidad del socio incumplidor, la invalidez del acto jurídico, consistente en el derecho de separación actuado de mala fe y de forma intempestiva por la parte demandada, así como de la pervivencia de la relación societaria (socio-sociedad) durante la denuncia inválida hasta la exclusión legítima por la meritada denuncia de separación intempestiva y de mala fe, no resta más en estos momentos que sostener la necesaria indemnización de daños y perjuicios a satisfacer por el socio incumplidor.

No obstante y con carácter previo, de nuevo hemos de recurrir a la normativa general de la sociedad colectiva ante el silencio de la LSP y la LSC de determinados aspectos relevantes del proceso de separación y exclusión de socios (vgr.

vid. art. 1706 CC sobre la invalidez de la separación efectuada de mala fe siendo causa de exclusión social).

En primer lugar, hemos de mencionar la previsión del artículo 219 del Código de Comercio que regula la siguiente retención o minusvaloración de la cuota del socio excluido:

Artículo 219.

La rescisión parcial de la compañía producirá la ineficacia del contrato con respecto al socio culpable, que se considerará excluido de ella, exigiéndole la parte de pérdida que pueda corresponderle, si la hubiere, y quedando autorizada la sociedad a retener, sin darle participación en las ganancias ni indemnización alguna, los fondos que tuviere en la masa social, hasta que estén terminadas y liquidadas todas las operaciones pendientes al tiempo de la rescisión.

Como afirma la doctrina, *vid.* por todos, PAZ-ARES (*Curso de Derecho…*, 701): «en el supuesto concreto de la exclusión por incumplimiento del socio, el valor real puede verse minorado por el importe de los daños y perjuicios causados a la sociedad y, en todo caso, el pago puede retenerse hasta tanto no «*estén terminadas y liquidadas todas las operaciones pendientes al tiempo de la rescisión*» (art. 219 C. de C. *in fine*)»[9].

Sin lugar a duda, el incumplimiento del socio excluido ha de calificarse como doloso por el incumplimiento del plazo de preaviso, debiéndose tratar por tanto al socio incumplidor excluido o que se excluyera, con las consecuencias que para tal prevé el artículo 1107.2 del Código civil, sobre todo en relación con la ausencia de necesaria previsibilidad para el resarcimiento del daño reclamado.

Así se pronuncia nuestra doctrina (*vid.* por todos, KLEIN, *El desistimiento unilateral…,* 230 y 231) cuando razona lo siguiente: «Por lo que se refiere al alcance de los daños resarcibles, será necesario delimitar el grado de culpa o dolo que se aprecian en la actuación del sujeto que desiste, a los efectos de aplicar el artículo 1107 del Código civil. En este sentido, puede influir el hecho de la efectiva predeterminación de los deberes mencionados, especialmente del preaviso: en efecto, si la ley o las partes han previsto un concreto plazo de preaviso, su omisión por parte de quien desiste —salvo que exista justa causa— puede considerarse, sin duda, como una actuación dolosa, que llevará como consecuencia que este contratante deba responder de todos los daños y perjuicios que conocidamente deriven de la falta de cumplimiento de la obligación (art. 1107)».

El Código civil, en uno de los preceptos mediante los que regula la responsabilidad contractual, que han sido extendidos por la jurisprudencia a la responsabilidad extracontractual, dispone que, mientras el deudor de buena fe responde de los «daños previstos» y de los «daños previsibles» (art. 1107 I CC), el deudor en caso de dolo responde de los daños «que conocidamente se deriven del hecho generador» (art. 1107 II CC). Interpretando este precepto, la jurisprudencia (SSTS de 23 de febrero de 1973, 16 de julio de 1982 *(RJ* 1982, 4249) y 23 de octubre de 1984 *[RJ* 1984, 4971]) ha centrado el ámbito de la responsabilidad del deudor doloso en el nexo de causalidad, privándole de toda limitación o moderación legal, convencional o judicial de la responsabilidad.

Pero el artículo 1107 del Código civil comporta también una ampliación de los criterios de imputación objetiva para la determinación de los daños que deben ser resarcidos por parte del deudor que incumple, pues establece que estos comprenderán no solamente los que pudieron preverse en el momento de contraerse

la obligación, sino los que conocidamente se deriven del incumplimiento, de donde se infiere que, en la línea propuesta por la doctrina para la interpretación del artículo 1107 del Código civil, es procedente, en caso de dolo, además de la aplicación del criterio del carácter relevante del daño, la aplicación de un criterio de imputación fundado en la conexión objetiva del daño con el incumplimiento.

En nuestra doctrina consideramos que ha sido PANTALEÓN PRIETO quien ha ofrecido con gran acierto una correcta interpretación del artículo 1107.2 del Código civil en función de sus antecedentes históricos, con crítica de la redacción ofrecida por GARCÍA GOYENA al problema en el artículo 1016 del Proyecto de 1851[10], al proponer lo siguiente[11]: «El artículo 1107 del Código civil sigue el modelo del Anteproyecto 1882-1888, bien que añadiendo al final del párrafo primero las palabras «y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento». Como una interpretación literal de su párrafo segundo es totalmente rechazable, por apoyo que pueda encontrar en los antecedentes legislativos narrados, cabe proponer las dos interpretaciones correctoras siguientes:

i) Partir de que la expresión «consecuencia necesaria» del párrafo primero de dicho artículo pretende limitar la responsabilidad del deudor no doloso a los daños intrínsecos o *circa rem* —los extrínsecos no serían resarcibles, aunque previsibles al tiempo de contratar—, e interpretar las palabras «todos los que conocidamente se deriven» del párrafo segundo del artículo 1107 como «todos los que sean consecuencia inmediata y directa», en el sentido de los artículos 1151 del Código civil francés y 1223 del vigente Código civil italiano.

ii) O mantener que, cuando el artículo 1107 II del Código civil dice que el deudor doloso habrá de responder de todos los daños que «conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación», no ha querido sino dejar claro que se excluye para dicho deudor el límite de la previsibilidad del daño al tiempo de contratar; pero no, el criterio de que el daño tenga que ser «consecuencia necesaria» de la falta de cumplimiento, entendida ahora esta expresión como equivalente a la «consecuencia inmediata y directa» de los Códigos Civiles francés e italiano.

Con ambas interpretaciones correctoras se llega a la que estimamos única conclusión razonable: el deudor doloso deberá indemnizar los daños que cabría imputar objetivamente a su conducta, de no haber mediado un contrato entre él y el acreedor dañado, esto es, de haberse tratado de un caso de responsabilidad extracontractual dolosa. Y si, desde mi tesis doctoral, he preferido la segunda de ellas, es solo porque armoniza nuestro Código con los más característicos de la «familia latina», también por lo que respecta a la responsabilidad del deudor no doloso».

De esta forma, entendemos también que la interpretación del artículo 1107.2 del Código civil conforme a sus antecedentes históricos supone ciertamente la eliminación de la regla de la previsibilidad que se establece para el deudor no doloso, es decir, el resarcimiento de todos los daños *circa rem* (intrínsecos) y de los daños *extra rem* (extrínsecos), ¿pero se resarcen todos estos daños?, evidentemente no, solo los que sean consecuencia necesaria o directa e inmediata de la falta de cumplimiento, es decir, los objetivamente imputables.

Más recientemente MORALES MORENO[12] expone la solución a la imputación objetiva que ha de ser objeto de razonamiento en el ámbito de la responsabilidad extracontractual y en el del artículo 1107.2 del Código civil, sobre la base de la teoría de la adecuación, de la siguiente forma: «A mi modo de ver, la teoría de la

adecuación debe ser hoy el punto de partida para resolver los problemas de imputación objetiva en la responsabilidad extracontractual y en la del artículo 1107 II. Dicha teoría se asienta en unas bases dogmáticas razonables de tratamiento de tales problemas, y no existen razones de tipo valorativo que justifiquen que se aparte de ella nuestro ordenamiento. La teoría de la adecuación permite utilizar una regla suficientemente amplia para operar con ella de manera general, a diferencia de otros criterios de imputación objetiva que se limitan a ciertos cursos causales en supuestos concretos.

El artículo 1107 II del Código civil hemos de referirlo al criterio de la adecuación. No hemos de encontrar en su texto graves obstáculos para ello, si entendemos que "conocidamente" no significa "probadamente", aunque por supuesto los daños deban ser probados, sino daños cuya causación es conocida (cuando no querida) por el deudor incumplidor, en el momento de ejecutar la acción dolosa, así como daños cuyo conocimiento le puede ser imputado, conforme al conocimiento de un observador imparcial».

Es decir, con ello MORALES MORENO entiende que el deudor doloso solo responde de los daños cuya causación es conocida en el momento de ejecutar la acción dolosa, o bien, de los que le puedan ser imputados según el conocimiento de un observador imparcial, o sea, el deudor responde de los daños que por el conocimiento de la situación particular tenga prevé que causará en el acreedor del daño, o bien, los que le pudieran ser imputados objetivamente según el juicio cognoscitivo de un tercero imparcial[13].

Por tanto, la fórmula propuesta de forma correcta en nuestra opinión es la imputación objetiva —en este caso— al deudor doloso del correspondiente daño a efectos de su resarcimiento, distinguiéndola de la mera causalidad ofrecida por el conocido principio «*causa como condición*» asentado en la llamada teoría de la equivalencia de condiciones, según la cual la causa es la condición *sine qua non* del daño, de tal forma que de no haber acaecido tal causa no se hubiera producido el correspondiente daño[14].

Esta teoría de la equivalencia de condiciones ya fue criticada de antaño por nuestra doctrina civilista[15], ya que como razonó PANTALEÓN PRIETO[16], dicha crítica «no podía ser de otra forma: si las cuestiones de causalidad en sentido propio no se diferencian de las de imputación objetiva, es claro que aquella teoría no puede ser aceptada, porque conduciría a un indeseable, por ilimitada, extensión de la responsabilidad. Cuando lo cierto es que la dificultad surge al pretender utilizar la teoría de la equivalencia de condiciones, o la fórmula de la *condicio sine qua non*, en algo para lo que no sirven ni han servido nunca: para determinar los límites de la imputación objetiva de las consecuencias dañosas a la conducta del responsable».

En nuestra opinión, consideramos que sí puede ser así, en nuestro caso, para los daños que se reclamen al socio incumplidor por mor de la aplicación de lo previsto en el artículo 1107 del Código civil al tener el mismo la consideración de deudor doloso por el incumplimiento de las observancias de la buena fe incluyendo la intempestividad del pretendido derecho de separación al no respetar el plazo de preaviso estatutariamente establecido.

Pero el análisis del artículo 1107.2 del Código civil y su correcta aplicación al caso no termina con lo anterior, es decir, mediante la consideración de deudor doloso del socio incumplidor de su deber de preaviso lo que conlleva como decíamos la obligación de resarcir todos los daños y perjuicios que sean consecuencia necesaria o directa e inmediata de la falta de cumplimiento, es decir, los objetivamente imputables, sino que supone también por la referida

calificación dolosa la eliminación del carácter previsible del daño para su resarcimiento. Es decir «daño previsible» (art. 1107.1 CC) y «consecuencia necesaria» (art. 1107.2 CC) no se encuentran en el mismo plano ya que el primer concepto trata de excluir ciertos daños sin predicar conexiones causales que es a lo que se refiere el segundo concepto.

Intentando conjugar ambos párrafos del artículo 1107 del Código civil, CARRASCO PERERA[17] opina que «Como se desprende de su texto, existen tres criterios, distintos y parcialmente cumulativos, de exclusión de daños que hubieren de ser resarcidos por el deudor que incumple. Primero, solo se responde de los daños *previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación*. Segundo, solo se indemnizan los daños que sean *consecuencia necesaria de la falta de cumplimiento*. Tercero, el deudor doloso no resarcirá los daños que *conocidamente (no) se deriven de la falta de cumplimiento*. Los dos primeros son *cumulativamente* aplicables cuando el deudor incumplidor es de «buena fe» (es decir, no procedió con dolo), y solo responderá de los daños previstos/previsibles y que sean, además, consecuencia necesaria del incumplimiento. En definitiva, *aquellos que estuvieran dentro de la órbita del contrato o del fin de protección de intereses amparados por el mismo* 1). El tercer criterio es la medida de imputación de daños al deudor de mala fe, que responde de todos los que conocidamente se deriven del incumplimiento. En consecuencia, y por exclusión, el deudor de mala fe respondería también de daños que no fueren previsibles y no estuvieran vinculados por una relación causal adecuada con el incumplimiento».

Al ser el socio incumplidor un deudor doloso por incumplimiento de su deber de preaviso ha de responder necesariamente *ex* artículo 1107.2 del Código civil del daño emergente y del lucro cesante[18] tanto previsible (*circa rem* o daño intrínseco) como imprevisible (*extra rem* o daño extrínseco), o sea, tanto si el daño deriva propiamente tanto del incumplimiento de su deber de fidelidad (así, respecto de los daños previsibles) pero también de aquellos daños que se produzcan en el resto de la esfera del damnificado que sean consecuencia necesaria o directa e inmediata, es decir, que le sean imputables (así, para los daños imprevisibles directos).

En cuanto al lucro cesante, la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de abril de 2012 recordó que «*[l]a determinación de lucro cesante exige, como ocurre con todo daño o perjuicio, que se pruebe. El lucro cesante futuro presenta dificultades probatorias, pues solo puede ser calculado mediante evaluaciones de carácter prospectivo y no mediante mediciones efectuadas sobre situaciones económicas ya realizadas*».

Sin perjuicio de lo anterior, es reiterada también la jurisprudencia que admite como excepción a la regla general cierta relajación en la actividad probatoria del lucro cesante única y exclusivamente en aquellos supuestos en los que tiene cabida la aplicación del principio «*res ipsa loquitur*».

La sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 2012 declara «*No obstante, no cabe confundir la prueba de la existencia del "lucro cesante" con la de su alcance económico. En ocasiones el "lucro cesante" no necesita ser probado porque claramente se desprende del incumplimiento y consiguiente frustración del contrato*». *(…)*

Tal y como tiene declarado el Tribunal Supremo, (…) su prueba está sometida a «*criterios de razonabilidad… para la estimación del lucro cesante se atenderá a la probabilidad de su obtención según el curso normal de los hechos y circunstancias*» (STS de 30 de julio de 2012), en conclusión, la doctrina del Tribunal Supremo exige que el lucro cesante «*ha de presentarse con cierta consistencia*».

Ejemplo de lo anterior, es que en la denuncia de mala fe del contrato de sociedad *ex* artículo 1706 del Código civil como sucede en este caso de socio incumplidor del preaviso según hemos argumentado, la jurisprudencia ha tenido la ocasión de obligar a resarcir por lucro cesante al socio denunciante de mala fe, así citamos a título de ejemplo la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15.ª) 254/2014 de 17 de junio de 2014.

En conclusión, el lucro cesante reclamable sin duda gozaría de la probabilidad exigida jurisprudencialmente *(res ipsa loquitur)* resultando esta ganancia frustrada de obtener claramente imputable directamente al socio incumplidor como daño *extra rem*.

IV. BIBLIOGRAFÍA

ALFARO ÁGUILA REAL. https://almacendederecho.org/el-deber-de-lealtad-del-socio-no-es-un-deber-fiduciario/

CARRASCO PERERA. Racionalidad económica y deberes de lealtad de los socios, *Foro de Derecho Mercantil: Revista internacional,* Bogotá, Legis editores, núm. 40, 2013.

CARRASCO PERERA. *Derecho de Contratos.* Thomson Reuters, 2017.

GIRÓN TENA. Derecho de Sociedades, 1976.

LARENZ. *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung* (1927).

MICHELE KLEIN. *El desistimiento unilateral del contrato,* Civitas, 1997.

MORALES MORENO. *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*. Civitas, 2010.

PANTALEÓN PRIETO. *Causalidad e imputación objetiva: Criterios de imputación. Centenario del Código civil.* Editorial de Estudios Ramón Areces, Vol. II. Madrid, 1990.

— El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate). *Anuario de Derecho Civil.* Tomo XLV, Fascículo 3.º, 1991.

— *Comentarios al Código civil.* Ministerio de Justicia. BOE, 1990, T II.

— *Curso de Derecho Mercantil,* 1.ª ed., 2006, Civitas.

SÁEZ LACAVE. Reconsiderando los deberes de lealtad de los socios: el caso particular de los socios de control de las sociedades cotizadas. Indret, 1/2016.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 6 de marzo de 1992
- STS de 9 de abril del 2012
- STS de 24 de mayo de 2012
- STS de 30 de julio de 2012
- SAP de Barcelona de 17 junio de 2014
- SAP de Barcelona de 12 de septiembre de 2017
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 7 de febrero de 2012

NOTAS

[1] PAZ-ARES. *Comentarios al Código civil.* Ministerio de Justicia. BOE, 1990, T II, 1314, nos explica la función de la sociedad civil en el sistema de derecho de sociedades de la siguiente forma: «De acuerdo con lo anteriormente expuesto, podemos afirmar que la sociedad regulada por el Código civil *es la sociedad general del tráfico, cuya disciplina entra en juego siempre que no reclame su vigencia la correspondiente a un tipo especial* (o cuando la normativa del tipo especial no contemple la cuestión disputada). Cabe hablar por ello de una función residual de la sociedad del Código civil (sociedad general) que, por su importancia, se sobrepone a la que podríamos llamar su función central de regular los supuestos normales que se coordinan en el tipo —sociedades externas del tráfico agrícola, artesanal y profesional— previsto por el legislador (sociedad civil en sentido estricto). Esta doble función de una única disciplina permite sostener que la llamada sociedad civil no constituye, en rigor, una forma social (el tipo no está formalizado, es un mero «tipo de frecuencia» en el que la ausencia de uno o varios elementos lo único que determina es la inaplicación de aquella parte de la disciplina dictada en atención a los mismos), sino un esquema positivo elemental que carece de identidad estructural y causal. La disciplina del Código civil es, *sic et simpliciter,* el régimen general de la actividad societaria».

[2] PAZ-ARES. *Comentarios al Código civil.* Ministerio de Justicia. BOE, 1990, T II, 1511.

[3] Una postura crítica con la existencia de este deber de fidelidad del socio, puede encontrarse en SÁEZ LACAVE, Reconsiderando los deberes de lealtad de los socios: el caso particular de los socios de control de las sociedades cotizadas. *Indret,* 1/2016; y, CARRASCO PERERA, Racionalidad económica y deberes de lealtad de los socios, *Foro de Derecho Mercantil: Revista internacional*, Bogotá, Legis editores, núm. 40, 2013.

[4] MICHELE KLEIN, *El desistimiento unilateral del contrato,* Civitas, 1997, 217 y sigs.

[5] ALFARO ÁGUILA REAL: https://almacendederecho.org/el-deber-de-lealtad-del-socio-no-es-un-deber-fiduciario/

[6] PAZ-ARES. *Comentarios al Código civil.* Ministerio de Justicia. BOE, 1990, T II, 1326 y 1327.

[7] PAZ-ARES. *Comentarios al Código civil.* Ministerio de Justicia. BOE, 1990, T II, 1510 y 1511.

[8] En cuanto a la función de la sociedad colectiva como sociedad general del tráfico mercantil, PAZ-ARES, *Curso de Derecho Mercantil,* 1.ª ed., 2006, Civitas, 614 y 615 nos expone lo siguiente: «No obstante su declive en la vida económica de nuestro tiempo, la sociedad colectiva conserva una notable importancia tanto sistemática como funcional. En atención al primer punto de vista, conviene tener en cuenta que el régimen de la sociedad colectiva, al igual que el régimen de la sociedad civil, representa la base de la parte general del Derecho de sociedades y, en esa medida, puede servir para cubrir lagunas y deshacer incertidumbres en la parte especial. En algunas ocasiones, la remisión es expresa y directa. Tal es el caso, muy significadamente, de la sociedad comanditaria simple o de la agrupación de interés económico, que en su estructura elemental son sociedades colectivas (v. arts. 145, 148 y 149 C. de C. y 1 LAIE). Pero aunque la ley guarde silencio, habrá muchas ocasiones en que lo indicado sea dirigir la mirada al régimen de la colectiva. Pensamos fundamentalmente en la sociedad limitada, cuya regulación en no pocos supuestos o aspectos necesita ser contemplada e incluso rectificada a la luz del Derecho de la sociedad colectiva».

[9] La explicación de las consecuencias del artículo 219 *in fine* del Código de Comercio, nos las realiza GIRÓN TENA (*Vid.* GIRÓN TENA, *Derecho de Sociedades,* 1976, pág. 681 de la siguiente forma: «Hay, en primer término, un particular derecho de retención a favor de la sociedad. Está claro que la sociedad puede no hacer ninguna entrega por cuenta de la parte de socio del excluido hasta que no estén terminadas las operaciones pendientes —artículo 219—. Lo que no está claro en cambio es si el inciso de dicho artículo que dice «…retener si darle participación en las ganancias ni indemnización alguna, los fondos que tuviere en la masa social…», quiere hacer una extensión de la retención a las cantidades correspondientes a aquellos conceptos, pero para ser pagados en su momento o imponer una sanción de pérdida definitiva. No parece que sea esto último porque, de una parte, no es razonable que se hagan perder indenmizaciones, y de otra, porque el precedente del

C. de c. del 29, de igual contenido que el presente, expresamente remitía a las sanciones por el incumplimiento que la exclusión sanciona a las expresadas en los lugares en que dichos incumplimientos se tratan. Con todo, y como regla, dado que la exclusión contempla, en nuestro Derecho, incumplimientos, ha de estarse (en lo compatible con el tratamiento específico en cada supuesto) a la regla de indemnización de daños y perjuicios por parte del culpable excluido a los demás. El tiempo de duración de esta facultad de retener se extiende hasta la terminación y liquidación de las operaciones pendientes».

[10] PANTALEÓN PRIETO. El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate). *Anuario de Derecho Civil.* Tomo XLV, Fascículo 3.º, 1991, 1089 y 1090. La interpretación histórica que realiza este autor es el siguiente:

«Naturalmente, el hecho de que la citada ley de Codex, que fijaba para el *id quod interest* el límite máximo del doble del valor de la prestación, no fuese aplicable a los incumplimientos dolosos, en modo alguno implica que en estos tuviera el deudor que responder de todos los daños de los que el incumplimiento fuese condición *sine qua non*. A mi juicio, el despropósito de GARCÍA GOYENA solo puede comprenderse desde una de estas dos hipótesis, o desde una combinación de ambas:

i) Dicho autor interpretó erróneamente las palabras *une suite immédiate et directe* del artículo 1151 del Código Napoleón, por creer que conllevaban considerar indemnizables solo los daños intrínsecos, los daños *circa ipsam rem* de D. 19,1,21,3. En efecto, en su glosa al artículo 1016 del Proyecto de 1851, escribió GARCÍA GOYENA que, en él, las referencias a lo previsto o previsible del Código francés «se hallan reemplazadas por la de "consecuencia inmediata y necesaria" que parecen equivaler a las de la ley 21, párrrafo 3, título 1, libro 19 del Digesto, *utilitas quae circa ipsam rem consistit* (¿leería García Goyena la exposición de motivos del Código civil francés de Bigot-Préameneu, cometiendo el mismo error que este?). Se comprende, entonces, que se separase del modelo francés, que, desde su equivocada interpretación, establecería una limitación absolutamente excesiva de la responsabilidad por dolo; tan excesiva que, como hemos indicado ya, a los pandectistas alemanes les pareció tal, incluso para el deudor no doloso.

ii) GARCÍA GOYENA partió de la premisa de que el deudor doloso, por ser autor de un *delictum*, tenía que ser tratado por que el deudor no doloso; y puesto que en el Proyecto de 1851 se prescindía de la limitación del *quantum respondeatur* a los daños previstos o previsibles al tiempo de contratar, que era precisamente la que marcaba la diferencia entre uno y otro tipo de deudor en el Código civil francés, no se le ocurrió mejor solución que la de extender la responsabilidad del deudor doloso más allá de los daños que fueren *suite immédiate et directe* (en el sentido históricamente correcto de esta expresión del incumplimiento doloso».

[11] PANTALEÓN PRIETO, *op. cit.,* 1090 y 1091.

[12] MORALES MORENO, *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*. Civitas, 2010, 179.

[13] PANTALEÓN PRIETO. —Causalidad e imputación objetiva: Criterios de imputación. *Centenario del Código civil.* Editorial de Estudios Ramón Areces, Vol. II. Madrid, 1990, 1590 y 1591—, también entiende que el criterio de la adecuación es útil para la resolución de problemas con cursos causales completamente irregulares o anormales. A estos efectos y de forma ilustrativa, cita la siguiente decisión del Common Law, Overseas Tankship (U.K) v. Mortss Dock and Engineering Co. (The Wagon Mound) [1961] A.C. 388 (p.C): «A causa de la negligencia de los demandados, una gran cantidad de aceite de las calderas se descargó desde el barco de aquellos a la bahía, extendiéndose sobre una buena parte de ella. Llegó, en concreto, cerca de un muelle perteneciente a los demandantes, constructores y reparadores de barcos, que estaban ocupados en el arreglo de uno, y utilizaban al efecto equipo de soldadura eléctrico y de oxiacetileno. Los demandantes, creyendo que el aceite sobre el agua no era inflamable, continuaron sus trabajos. Al día siguiente, empero, metal incandescente que cayó desde el muelle hizo arder el aceite, y el incendio causó muy graves daños en la propiedad de los demandantes. Se absolvió a los demandados, sobre la base de que ni conocieron ni pudieron razonablemente conocer que el aceite de las calderas, extendido sobre el agua, podía prenderse fuego».

[14] Para un estudio histórico de la teoría de la imputación objetiva, *vid.* Larenz, *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung* (1927).

[15] *Vid.* DE COSSÍO. La causalidad en la responsabilidad civil: Estudio de Derecho español. *Anuario de Derecho Civil,* 1966, 531 y sigs..

[16] *Vid.* PANTALEÓN PRIETO. *Causalidad…* 1566.

[17] CARRASCO PERERA. *Derecho de Contratos.* Thomson Reuters, 2017, 1203 y 1204.

[18] Como recoge CARRASCO PERERA (*vid. op. cit.*) 1207 y 1208. En la tradición del *Ius Commune,* DONELLO formularía la síntesis de los casos partiendo de una distinción elegante. Sería *circa rem* el lucro cesante que deriva necesariamente de la cosa, sin interposición de un suceso externo o una conducta del acreedor; sería de esta forma indemnizable la herencia deferida al esclavo del que se me ha privado por evicción. Pero sería *extra rem* aquello que, no proviniendo de la cosa, podía tanto tener como no tener (los peces que no pesqué por haber roto un tercero la red), o aquello que, aunque el deudor tuviera, podría de hecho procurárselo de otra manera, por vía distinta de la prestación fallida. La muerte del esclavo en Dig. 19, 1, 21, 3 es *extra rem*, porque no deriva de la falta de trigo vendido, sino porque el comprador no tiene trigo, que podría haberse procurado de otra fuente; es *extra rem* el lucro de negociación del vino no entregado, pues este lucro no deriva del vino, sino de la industria del vendedor, que hubiera negociado con él. En su formulación inmediatamente anterior al *Code* francés, la regla clásica *intra rem/extra rem* ya se formula por POTHIER en términos de daño previsible o imprevisible: «*por lo común se reputa que las partes no han previsto más que los daños y perjuicios que resulten para el acreedor del incumplimiento de la obligación y en relación a la cosa que es objeto de la misma, y no a aquellos que la inejecución de la obligación le ha ocasionado en otros bienes*».

3. URBANISMO

La resolución municipal para la constancia registral de la situación urbanística de la obra antigua

The municipal resolution for the registration of the old building land-planning situation

por

VICENTE LASO BAEZA
Laso & Asociados Despacho Jurídico y Urbanístico

RESUMEN: Se analiza la respuesta dada en tres resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 8 de agosto de 2019 al considerar innecesaria, de modo contrario a como lo hizo una previa resolución de 30 de junio de 2016, la tramitación de un procedimiento administrativo con audiencia del titular registral a fin de que la resolución municipal sobre la situación urbanística de una obra antigua a que se refiere el artículo 28.4.c) del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana pueda hacerse constar en el Registro de la Propiedad por nota al margen, a cuyo fin, al detenerse en el sentido jurídico que corresponde al citado término de resolución, cabe concluir, en sintonía más bien con la última de las resoluciones citadas, que se corresponde con la decisión final derivada de la previa tramitación de un procedimiento administrativo en el que, entre otras exigencias, la audiencia del titular registral constituye un trámite esencial.

ABSTRACT: Analysis on the General Directorate of Registries and Notaries doctrine set by three Resolutions of 8 August 2019 and one of 30 June 2016 about the legal significance of the municipal resolution for the registration of the old building land-planning situation in accordance with Article 28.4.c) of the current Spanish Land Law.

PALABRAS CLAVE: Inscripción. Obra antigua. Situación urbanística. Audiencia previa.

KEY WORDS: Registration. Old building. Land-planning situation. Prior hearing.

SUMARIO: I. LOS TÉRMINOS DE LAS RESOLUCIONES COMENTADAS: 1. Antecedentes. 2. Fundamentación del pronunciamiento estimatorio de las tres resoluciones.—II. LA RESOLUCIÓN DE 30 DE JUNIO DE 2016 COMO CON-

TRAPUNTO DE LAS RESOLUCIONES DE 8 DE AGOSTO DE 2019.—III. EL CONCEPTO DE RESOLUCIÓN DEL ARTÍCULO 28.4.C) DEL TRLSRU COMO NECESARIA CULMINACIÓN DE UN PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO: 1. Planteamiento de la cuestión. 2. Breve referencia a los antecedentes del actual artículo 28.4.c) del TRLSRU. 3. Consideraciones sobre el concepto de resolución en el Derecho Administrativo. 4. La audiencia como trámite esencial del procedimiento administrativo. 5. Consideraciones sobre la situación de fuera de ordenación. 6. Conclusión final.

I. LOS TÉRMINOS DE LAS RESOLUCIONES COMENTADAS

1. Antecedentes

Tres resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 8 de agosto de 2019 se han pronunciado, con una fundamentación jurídica idéntica, en relación con el procedimiento dispuesto en el artículo 28.4 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana (TRLSRU).

Así, en los tres casos los antecedentes fueron los siguientes:

a) En primer lugar se hace constar la práctica, con fechas 10 de enero, 7 de febrero y 6 de marzo de 2019, de las inscripciones de determinadas edificaciones construidas, respectivamente, en los años 1990, 1980 y 1987 según se acredita en los tres casos mediante certificación catastral, expresándose, igualmente, que así tiene lugar con base en el artículo 20.4 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley de Suelo, «*pendiente de notificación al Ayuntamiento*».

b) Tras dejar constancia de la referida notificación al Ayuntamiento por nota marginal, por parte de este se dictan resoluciones los días 21 de febrero, 3 de abril y 26 de marzo de 2019 de las que se dice por la Dirección General que fueron notificadas al titular registral y en las que se hace constar la ausencia de licencia de obras para las tres edificaciones y su consideración como actuaciones clandestinas.

c) El Ayuntamiento solicita que se haga constar por nota marginal la situación urbanística de las edificaciones con la delimitación y limitaciones previstas en el artículo 182.4 del Decreto Legislativo 17/2010, de 18 de mayo, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística de Castilla-La Mancha (LOTAU) para las edificaciones sujetas al régimen de fuera de ordenación.

d) Presentados los citados títulos en el Registro, los tres son objeto de nota de calificación negativa por falta de constancia de la identificación registral de las fincas, por no constar la notificación efectiva al titular registral, por no haberse tramitado un procedimiento administrativo con intervención del interesado a fin de evitar su indefensión, por falta de constancia en la comunicación municipal de las circunstancias sobre la conformidad o disconformidad de la actuación clandestina con el planeamiento así como de su eventual ubicación en una zona consolidada por la edificación, y, en fin, por no haberse expresado si la acción realizada estaba o no prescrita con la consiguiente posibilidad de que fuera ordenada su demolición.

2. Fundamentación del pronunciamiento estimatorio de las tres resoluciones

Interpuestos recursos gubernativos contra cada una de las notas de calificación denegatoria, las tres resoluciones, tras revocar los dos primeros defectos por considerar que las fincas registrales se encontraban debidamente identificadas y que su titular, en los tres casos el mismo, fue debidamente notificado de las resoluciones municipales cuya constancia por nota marginal se solicitó, pasan a tratar de modo conjunto los restantes defectos, los cuales «*se refieren, en esencia, a si la tramitación seguida en el Ayuntamiento y el contenido final de la resolución son suficientes para permitir su constancia por nota al margen de la inscripción de la edificación declarada sobre la finca*».

Las resoluciones, que comienzan efectuando una relación de los distintos preceptos aplicables en materia de notas marginales en el ámbito urbanístico (arts. 9 de la Ley Hipotecaria, 67.3 del TRLSRU y 73 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio), de anotación preventiva de incoación de expedientes de disciplina urbanística (arts. 65.2 y 67.2 del TRLSRU y 56 y 63 del Real Decreto 1093/1997), de actos administrativos de naturaleza urbanística inscribibles en el Registro de la Propiedad según una relación de carácter abierto (art. 65.1 del TRLSRU), de la certificación administrativa como título inscribible de los citados actos y los requisitos que a tal fin le son exigibles (art. 2.2 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio), de calificación de documentos administrativos (art. 99 del Reglamento Hipotecario), del necesario otorgamiento por el titular registral o en procedimiento seguido contra él de todo título cuya inscripción se pretenda (arts. 20, 40 y 38 de la Ley Hipotecaria) y, finalmente, de admisión de la vía administrativa directa mediante previa resolución administrativa y con garantía de los derechos de los interesados en el procedimiento (art. 76 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio), pasan finalmente a ocuparse del régimen derivado del artículo 28.4 del TRLSRU, el cual dispone lo siguiente:

«*(…) en el caso de construcciones, edificaciones e instalaciones respecto de las cuales ya no proceda adoptar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su demolición, por haber transcurrido los plazos de prescripción correspondientes, la constancia registral de la terminación de la obra se regirá por el siguiente procedimiento:*

(…)

c) Cuando la obra nueva hubiere sido inscrita sin certificación expedida por el correspondiente Ayuntamiento, este, una vez recibida la información a que se refiere la letra anterior» (la preceptiva notificación registral de la inscripción practicada), «*estará obligado a dictar la resolución necesaria para hacer constar en el Registro de la Propiedad, por nota al margen de la inscripción de la declaración de obra nueva, la concreta situación urbanística de la misma, con la delimitación de su contenido e indicación expresa de las limitaciones que imponga al propietario.*

La omisión de la resolución por la que se acuerde la práctica de la referida nota marginal dará lugar a la responsabilidad de la Administración competente en el caso de que se produzcan perjuicios económicos al adquirente de buena fe de la finca afectada por el expediente. En tal caso, la citada Administración deberá indemnizar al adquirente de buena fe los daños y perjuicios causados».

A tal fin, en las tres resoluciones se afirma, con cita de la previa resolución de 30 de junio de 2016, que «*la inteligencia del precepto (…) debe encontrarse*

en la necesaria colaboración bidireccional que debe existir entre la autoridad con competencias en urbanismo y la institución registral, en aras a una labor más eficaz en sede de disciplina urbanística, pero también, y al mismo tiempo, en una más completa publicidad de los condicionantes jurídicos de los inmuebles, con interés para terceros, adquirentes o acreedores», afirmándose a continuación que dicho precepto en todo caso no concreta «*el tipo de procedimiento o acto administrativo que debe dictar*» la Administración municipal para su posterior remisión al Registro de la Propiedad.

Es justamente ante tal falta de concreción por lo que se plantea, en los términos en parte ya adelantados, si la resolución municipal en cuestión «*requiere o no la previa tramitación de un expediente de disciplina urbanística con el cumplimiento de lo dispuesto en el Capítulo VII del Real Decreto 1093/1997 o si puede bastar certificación municipal en la que consultados los antecedentes que ya obren previamente en el Ayuntamiento se haga constar directamente esa concreta situación urbanística de la misma*». A lo anterior se añade la cuestión adicional de si puede apreciarse que una certificación municipal, que se limita a afirmar «*que la edificación no cuenta con licencia de obras y tiene la consideración de actuación clandestina*», tiene la concreción legal mínima exigida por el artículo 28.4 del TRLSRU cuando se refiere a hacer constar «*la concreta situación urbanística de la misma, con la delimitación de su contenido e indicación expresa de las limitaciones que imponga al propietario*».

Llegados a este punto, las tres resoluciones pasan a pronunciarse sobre las anteriores cuestiones tras referir la regulación prevista en los artículos 177, 178 y 182.4 de la LOTAU, en torno al modo de actuar por parte de la Administración con vistas a la legalización de las que denomina actuaciones clandestinas y de su sujeción al régimen de fuera de ordenación cuando, no siendo susceptibles de legalización y habiendo transcurrido cuatro años desde su terminación, no fuera posible ordenar su demolición.

A tal fin, ante la afirmación municipal ya referida en el sentido de «*que la edificación no cuenta con licencia de obras y tiene la consideración de actuación clandestina*» y cuya constancia registral fue pretendida, por la Dirección General se sostiene lo siguiente:

a) Que se limita a reflejar el hecho objetivo de la ausencia de licencia de obras y la consecuencia que le resulta inherente sobre su consideración legalmente tipificada como «*actuación clandestina*».

b) Que para la constatación del anterior hecho y su consecuencia no era precisa la tramitación de ningún expediente de disciplina urbanística, siendo, en efecto, suficiente la mera consulta de los antecedentes municipales, su certificación y la notificación de tales extremos al titular registral.

c) Que, frente a las afirmaciones recogidas en la nota de calificación según las cuales se debió aclarar el régimen jurídico de la actuación con expresión de su eventual prescripción o de la posibilidad de la demolición, en la resolución municipal no solo se expresó que se trataba de una actuación clandestina sino que además se solicitó que por nota marginal constara la situación urbanística de la edificación con las limitaciones propias de su sujeción al régimen de fuera de ordenación de conformidad con lo previsto en el artículo 182.4 de la LOTAU.

En razón de todo ello las tres resoluciones concluyen afirmando «*que la resolución municipal calificada sí puede acceder al Registro de la propiedad por la vía del artículo 28.4 del texto refundido de la Ley de Suelo y provocar la nota*

marginal en él prevista porque cumple los requerimientos de concreción mínima que exige dicho artículo, ya que sí que expresa «la concreta situación urbanística de la misma, con la delimitación de su contenido e indicación expresa de las limitaciones que imponga al propietario».

II. LA RESOLUCIÓN DE 30 DE JUNIO DE 2016 COMO CONTRAPUNTO DE LAS RESOLUCIONES DE 8 DE AGOSTO DE 2019

La resolución de 30 de junio de 2016, que es citada como precedente de las de 8 de agosto de 2019, versa igualmente sobre la aplicación del artículo 28.4 del TRLSRU.

Lo que interesa sobre esta resolución es que, igual que en el caso de las tres posteriores, de lo que se trataba era de examinar un defecto de alcance análogo al considerado en ellas consistente en *«la exigencia de la intervención del interesado en el procedimiento de la notificación al mismo de la resolución dictada»*, esto es, de aquella resolución en virtud de la cual se hiciera constar en el Registro de la Propiedad la situación urbanística de determinadas edificaciones con la delimitación de su contenido y la indicación de las limitaciones impuestas al propietario.

Pues bien, al plantearse la anterior cuestión, la resolución introduce una valoración que difiere de las aquí comentadas al advertir que lo previsto en la letra c) del artículo 28.4 *«constituye, en cuanto al acto administrativo, una remisión a la normativa general sobre procedimiento administrativo, que ha de regir necesariamente la actuación del ente local en sus relaciones con los ciudadanos»*.

Así se mantiene en la resolución después de referir los dos supuestos en los que, a la luz de lo dispuesto en el Decreto 2/2012, de 10 de enero, por el que se regula el régimen de las edificaciones y asentamientos existentes en suelo no urbanizable en la Comunidad de Autónoma de Andalucía, se encontraban las diversas fincas afectadas y de los que resulta de interés el previsto en el artículo 3.1.B.b) sobre edificaciones en *«situación de asimilado al régimen de fuera de ordenación»* por haber sido construidas sin licencia urbanística o contraviniendo sus condiciones y siempre que, además, hubiera transcurrido el plazo legal para la adopción de medidas de protección de la legalidad urbanística y de restablecimiento del orden jurídico infringido.

A tal fin, la resolución, que hace expresa referencia al artículo 9 siguiente para destacar que el reconocimiento de la situación en cuestión requiere ineludiblemente de la previa tramitación de un procedimiento administrativo, afirma que *«en su tramitación, se exige, destacadamente, la posibilidad de intervención del interesado»*. Así se expresa por la resolución conectándolo a su vez con la doctrina de la Dirección General que destaca, de un lado, la relevancia de que participa el trámite de audiencia desde el punto de vista registral en cuanto *«permite al registrador comprobar si el titular registral ha tenido la oportunidad efectiva de intervenir en el procedimiento cuyo resultado en forma de acto administrativo se pretende inscribir, garantizando su defensa ex ante y permitiendo a los asientos registrales desplegar su entera eficacia erga omnes (…)»* (resolución de 6 de julio de 2015), y, de otro, la extensión de la facultad de calificación de los documentos administrativos atribuida el registrador por el artículo 99 del Reglamento Hipotecario, entre otros extremos, a *«si los trámites del procedimiento están debidamente relacionados con el titular registral o lo que es lo mismo si el titular registral ha tenido en el procedimiento la posición jurídica contemplada por el ordenamiento»* (resoluciones de 27 de febrero de 2012 y 22 de junio de 2013).

Por fin y a diferencia de lo resuelto en las resoluciones de 8 de agosto de 2019, la de 30 de junio de 2016 concluye afirmando que la constatación registral de la situación urbanística de la edificación con la delimitación de su contenido y la indicación de las limitaciones impuestas al propietario requiere la acreditación de «*la oportunidad de intervención del titular registral (ya sea el actual o el que inscribió la edificación que causó la notificación), debidamente identificado, en el procedimiento que da lugar a la correspondiente resolución declarativa, sobre la cual el Ayuntamiento emite su pronunciamiento al Registro de la Propiedad, procedimiento que todavía no se ha tramitado según reconoce la resolución municipal objeto de este recurso*».

III. SOBRE EL CONCEPTO DE RESOLUCIÓN REFERIDO POR EL ARTÍCULO 28.4.C) DEL TRLSRU COMO NECESARIA CULMINACIÓN DE UN PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

1. Planteamiento de la cuestión

La lectura de las tres resoluciones de 8 de agosto de 2019 a la vista de la previa de 30 de junio de 2016 revela de modo inmediato el contraste en la interpretación que en ellas se efectúa en relación con lo que haya de entenderse cuando el artículo 28.4.c) se refiere a la «*resolución necesaria*» que ha de dictar el correspondiente Ayuntamiento para hacer constar por nota marginal la situación urbanística de la obra antigua que hubiera sido inscrita sin certificación administrativa.

Así, a modo de síntesis, mientras las resoluciones de 8 de agosto de 2019 consideran innecesaria la tramitación de un procedimiento administrativo con la correspondiente intervención del titular registral por entender suficiente la expedición de certificación a partir de la mera consulta de los antecedentes municipales de los que resulte la ausencia de licencia de obras y la condición clandestina de tales obras para su calificación como un supuesto de fuera de ordenación, la de 30 de junio de 2016 se pronuncia en sentido contrario por considerar indispensable dicha tramitación.

A su vez, desde el momento en que, en el marco de la legislación autonómica en cada caso invocada por la Dirección General se presenta una relevante singularidad por razón de la regulación expresa en uno de los casos de un procedimiento específico para el reconocimiento de la situación urbanística de la edificación de cuya constancia registral se ocupa el artículo 28.4.c) que sin embargo no concurre en el otro, se hace necesario detenerse en si tal variación legislativa es por sí misma suficiente para justificar el distinto resultado al que se llega en uno y otro caso.

La cuestión es en efecto relevante toda vez que de lo que en último término se trata es de analizar si la forma de definición de la situación urbanística de la edificación queda a expensas de lo que en cada caso decida el legislador autonómico o si, por el contrario, tal definición no puede ser alcanzada si no es como pronunciamiento final tras la tramitación del oportuno procedimiento administrativo en el que quede debidamente cumplido el fundamental trámite de audiencia.

Es desde este planteamiento inicial, en fin, desde el que seguidamente se abordan las tres cuestiones que se aprecian como más relevantes y que se estiman finalmente conducentes a la consideración de que en esta materia necesariamente

ha de regir un régimen unitario en realidad implícitamente ya recogido en el TRLSRU y, por lo tanto, sin que pueda quedar al albur de lo que en cada caso disponga el legislador autonómico.

2. Breve referencia a los antecedentes del actual artículo 28.4.c) del TRLSRU

La actual redacción del artículo 28.4 del TRLSRU tiene como precedente el texto dado al artículo 20.4 de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo, por el Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, artículo que dispuso en su letra b) que en el asiento de inscripción de la obra antigua había de quedar constancia de la situación de fuera de ordenación, siendo a tal efecto «*preciso aportar el acto administrativo*» mediante el que tal situación fuera declarada, con la delimitación de su contenido.

Sucesivamente, el artículo quedó nuevamente modificado por medio de la Ley 8/2013, de 26 de junio, de Rehabilitación, Regeneración y Renovación Urbanas (LRRR) hasta su incorporación, con idéntico alcance, en el que actualmente constituye el artículo 28.4.c) del TRLSRU, modificación que llevó consigo el que fue calificado como error en que incurrió el Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, por haber equiparado la situación de las edificaciones antiguas con la de fuera de ordenación[1].

Por lo demás, la redacción vigente incorporada por la LRRR introduce de modo novedoso la letra c) desde cuyo texto cabe apreciar la evidente conexión existente entre los términos «*acto administrativo*» por el que se declara la situación de fuera de ordenación y «*resolución*», así como entre dicha situación de fuera de ordenación y la que en la actualidad queda expresada como «*concreta situación urbanística*» de la obra. Así tiene lugar en relación con aquellos supuestos en los que la obra nueva no se hubiera inscrito con certificación administrativa; es decir, cuando se hubiera producido por certificación de técnico competente, acta notarial o certificación catastral.

La regulación en cuestión recibió una valoración positiva por parte de la doctrina por contribuir al reforzamiento de la coordinación entre el Registro y el Ayuntamiento al quedar este invitado por medio de la notificación prevista en la letra b) del artículo 28.4 para «para que, en caso de que la notificación se encuentre sujeta a algún régimen que imponga limitaciones de uso, o deba iniciarse alguna actuación de disciplina urbanística sobre la misma, proceda a solicitar su constancia en el folio de la finca, beneficiándose con ello de los efectos resultantes de la publicidad registral»[2].

3. Consideraciones sobre el concepto de resolución en el Derecho administrativo

Según quedó más atrás apuntado, las tres resoluciones de 8 de agosto de 2019 conducen a la necesidad de profundizar sobre el significado jurídico del término resolución.

Así, siendo un término que claramente ha de ser analizado desde la perspectiva del Derecho administrativo, es preciso destacar que el concepto de resolución va ligado de manera inseparable al de finalización de un procedimiento administrativo. Así se deduce claramente de diversos preceptos de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP). Es el caso, por ejemplo, del artículo 21.1, según el *cual* «*La*

Administración está obligada a dictar resolución expresa y a notificarla en todos los procedimientos cualquiera que sea su forma de iniciación».

La regulación de las resoluciones administrativas por la citada Ley aparece contenida en la sección 2 del capítulo V, relativo a la «*finalización del procedimiento*», del título IV, bajo el epígrafe «*de las disposiciones sobre el procedimiento administrativo común*». El artículo 84, que abre dicha sección, dispone que «*pondrán fin al procedimiento la resolución, el desistimiento, la renuncia al derecho en que se funde la solicitud, cuando tal renuncia no esté prohibida por el ordenamiento jurídico, y la declaración de caducidad*».

La misma idea late en el artículo 53.1 de la LPACAP, según el cual «*los actos administrativos que dicten las Administraciones Públicas, bien de oficio o a instancia del interesado, se producirán por el órgano competente ajustándose a los requisitos y al procedimiento establecido*».

En consecuencia, la LPACAP concibe la resolución administrativa como la forma normal de terminación del procedimiento administrativo según las dos acepciones que se atribuyen al concepto en relación con el citado artículo 84 de la LPACAP, lo que así se efectúa al referir[3] «*un sentido restrictivo, equivalente al de decisión de las cuestiones planteadas a lo largo de la tramitación, aunque también es habitual su uso en la acepción más amplia de acto que pone fin al procedimiento, cualquiera que sea su contenido. En este último sentido, también en los casos de desistimiento, renuncia o caducidad (modos anormales de terminación de un procedimiento) se produce una resolución administrativa, es decir, un acto que al declarar la caducidad o aceptar la renuncia o el desistimiento declara, al propio tiempo, concluso el procedimiento en el que se producen*».

Por su parte, la jurisprudencia acoge esta construcción al proclamar que por resolución ha de entenderse aquel «*acto que pone fin al procedimiento administrativo, decidiendo todas las cuestiones planteadas*» (STS de 30 de abril de 2012), lo que es igualmente equivalente a la afirmación de que «*la obligación de la Administración de resolver, de dictar resolución expresa (…), tiene como lógico correlato la obligación administrativa de tramitar el procedimiento legalmente establecido para arribar a aquella resolución expresa*» (STSJ de Cataluña de 10 de noviembre y 7 de diciembre de 1998).

En suma, no existe resolución sin procedimiento administrativo previo.

4. La audiencia como trámite esencial del procedimiento administrativo

Si, como queda dicho, el concepto de resolución presupone la tramitación de un procedimiento administrativo, esta última requiere, como condición de validez de tal resolución, el cumplimiento del trámite de audiencia, trámite cuya relevancia, por otro lado, ha sido tradicionalmente reconocida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo según tuvimos ocasión de recordar en una anterior colaboración[4].

En este sentido y reiterando lo que allí fue dicho, la relevancia advertida ha sido destacada como exigencia impuesta para la efectividad de los derechos de contradicción y defensa en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, por ejemplo, en las sentencias de 16 de junio de 1997 y 22 de noviembre de 1989 en cuanto al primero, y las de 25 de mayo de 1995 y 10 de febrero de 1997 en cuanto al segundo.

A su vez, con arreglo a la regulación prevista en el artículo 82 de la LPACAP se ha destacado su condición como aplicable a todas las Administraciones Públicas a fin de permitir al interesado realizar una defensa eficaz y completa de

sus intereses, hasta el punto de haber sido calificado por el Tribunal Supremo como un trámite esencial[5] sin el cual no puede mantenerse que exista realmente procedimiento en sentido propio.

5. Consideraciones sobre la situación de fuera de ordenación

Cuando el artículo 28.4.c) del TRLSRU utiliza la expresión «*situación urbanística*» es notorio, según ha quedado ya dicho, que se está refiriendo a que en la resolución del Ayuntamiento que ha de reflejarla se exprese si se trata de una edificación en situación de fuera de ordenación o si, por el contrario, es conforme con ella aun careciendo de licencia.

Pues bien, en relación con esta figura urbanística resulta pertinente realizar las siguientes consideraciones:

a) Aun cuando no parecería incorrecto entender que un instrumento de planeamiento estaría legalmente habilitado para reflejar cuáles de las edificaciones por él afectadas estuvieran en situación de fuera de ordenación, lo cierto es que, en la práctica y con la razonable salvedad de los instrumentos de planeamiento de dimensión reducida, se limitan a regular en su normativa su correspondiente régimen urbanístico de aplicación general sin efectuar por lo tanto una proyección individualizada sobre aquellas.

b) Como correlato de lo anterior, la expresión utilizada en el artículo 60.1 de la Ley del Suelo de 9 de abril de 1976 según la cual los edificios e instalaciones erigidos con anterioridad a la aprobación de un instrumento de planeamiento que resultaren disconformes con el mismo habían de ser «*calificados como fuera de ordenación*», revela que su identificación como tales más naturalmente ha de concretarse en un acto aplicativo de calificación.

c) La procedencia del acto aplicativo señalado se desprende a su vez del hecho de no estar en presencia de una determinación para la que, como ocurre con las que son expresión del acto de calificación de suelo, les resulta irrelevante cuáles pudieran ser sus condiciones materiales, lo que así tiene lugar en la medida en que la sujeción de una edificación al régimen de fuera de ordenación requerirá siempre de un previo ejercicio consistente en la verificación de si una concreta edificación es o no conforme con el planeamiento urbanístico y, en su caso, en qué medida.

d) Lo anterior no debería verse alterado por la nueva forma de expresión utilizada en ocasiones por parte del legislador autonómico[6] en virtud de la cual la que denomina «*declaración de la situación de fuera de ordenación*» se presenta como un efecto producido de modo directo por la entrada en vigor de los instrumentos de planeamiento, regulación que, siendo válida en cuanto el proceso de individualización de las edificaciones formara parte del plan, debería complementarse, cuando no fuera así, con la necesaria adopción de un acto aplicativo posterior de carácter en todo caso declarativo.

e) En cuanto se refiere a la adopción del referido acto aplicativo y según hace saber la resolución de 30 de junio de 2016, existen testimonios en el ordenamiento autonómico, según es el caso del Decreto 2/2012, de 10 de enero, más atrás citado, en los que el reconocimiento de una situación de asimilación al régimen de fuera de ordenación queda sujeto a la necesaria tramitación de un procedimiento administrativo.

f) Dada la habilitación legal del planeamiento para efectuar en toda su extensión la labor de ordenación de la ciudad, por la doctrina[7] se consideró que

el régimen urbanístico del fuera de ordenación no constituía, ni siquiera bajo la vigencia de la Ley del Suelo de 18 de abril de 1976 en que su regulación se limitó a expresar su definición general, un régimen de Derecho necesario al poder modular la intensidad de sus efectos en razón del grado de incompatibilidad de las edificaciones, señalándose, así, que «*la Administración tiene libertad para recoger en los Planes de Ordenación las reglas que han de regir los edificios declarados fuera de ordenación por el propio Plan*».

g) En correspondencia con lo anterior, la Ley del Suelo de 26 de junio de 1992 dispuso en su artículo 137.2 la posibilidad de que el planeamiento dispusiera un régimen de obras distinto del previsto legalmente en relación con las edificaciones en situación de fuera de ordenación, previsión de la que se hizo eco la resolución de la Dirección General de 29 de julio de 2016 al afirmar que la citada Ley «*introdujo un importante matiz, al reconocerse al Plan la posibilidad de disponer de un régimen distinto al general establecido en la Ley*».

En consecuencia, el régimen de fuera de ordenación no es un régimen uniforme, no viene efectuada normalmente su aplicación individualizada desde el planeamiento requiriendo en consecuencia de su definición separada en un acto aplicativo y, por fin, es determinante para la delimitación del contenido del derecho de propiedad en cuanto se refiere a un elemento tan relevante como es el consistente en la definición del régimen de obras en cada caso aplicable.

6. Conclusión final

Según se desprende de cuanto queda expuesto, esto es, si por el término resolución empleado por el artículo 28.4.c) del TRLSRU no cabe entender sino el pronunciamiento por el que se da fin a un procedimiento administrativo y si, a su vez, el contenido de tal resolución incide de modo directo sobre el contenido del derecho de propiedad pues inevitablemente presupone un ejercicio de interpretación en ningún caso mecánico sobre el grado de conformidad de una edificación con el planeamiento e incluso el acceso a unos antecedentes administrativos no siempre fácilmente localizables también para la propia Administración según la experiencia práctica tantas veces demuestra, parece obligado compartir como doctrina más correcta la sentada en la resolución de 30 de junio de 2016 frente a la sostenida en las tres resoluciones de 8 de agosto de 2019.

En consecuencia, según se entiende, la nota marginal a que se refiere el artículo 28.4.c) del TRLSRU habría de venir precedida de la tramitación de un procedimiento administrativo con audiencia previa del titular registral de tal manera que pudiera hacer valer su posición en relación con la situación urbanística de la obra antigua objeto de inscripción con carácter previo a la adopción de la resolución final de terminación de tal procedimiento a partir de la cual se formulara la solicitud de su práctica.

CONCLUSIONES

I. Mientras tres resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 8 de agosto de 2019 han considerado innecesaria la tramitación de un procedimiento administrativo con audiencia del titular registral a fin de que la resolución sobre la situación urbanística de una obra antigua a que se refiere

el artículo 28.4.c) del TRLSRU pueda hacerse constar en el Registro de la Propiedad por nota al margen de la declaración de obra nueva, otra precedente de 30 de junio de 2016 se pronunció en sentido contrario al estimar indispensable la tramitación de un procedimiento administrativo para la declaración de una edificación en situación de fuera de ordenación.

II. Ante la diferente respuesta dada en uno y otro caso, resulta preciso detenerse en el análisis de lo que haya de entenderse con el término «*resolución*» municipal que ha de motivar la práctica de la nota marginal, el cual parece que razonablemente ha de ser contemplado, en sintonía con lo resuelto en la resolución de 30 de junio de 2016, como decisión final derivada de la previa tramitación de un procedimiento administrativo en el que, entre otras exigencias, la audiencia del titular registral constituye un trámite esencial.

III. Así procede considerarlo no solo de conformidad con el sentido último del término en el marco del Derecho administrativo en el que debe quedar comprendido sino también por razón del propio contenido de la resolución, el cual no necesariamente procede de una mera verificación mecánica sobre la adecuación o no de una edificación con el planeamiento cuando, como habitualmente tiene lugar, en este se contiene un regulación modulada sobre sus presupuestos y sus efectos directamente relevantes en cuanto determinantes para la delimitación del contenido del derecho de propiedad en un elemento al efecto tan importante como es el consistente en la definición del régimen de obras en cada caso aplicable.

ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 15 de junio de 1925
- STS de 2 de marzo de 1931
- STS de 11 de julio de 1932
- STS de 27 de mayo de 1935
- STS de 4 de marzo de 1947
- STS de 13 de mayo de 1948
- STS de 7 de marzo de 1950
- STS de 25 de abril de 1950
- STS de 22 de noviembre de 1989
- STS de 25 de mayo de 1995
- STS de 10 de febrero de 1997
- STS de 16 de junio de 1997
- STS de 30 de abril de 2012
- STSJ Cataluña de 10 de noviembre de 1998
- STSJ Cataluña de 7 de diciembre de 1998
- RDGRN de 17 de enero de 2012
- RDGRN de 27 de febrero de 2012
- RDGRN de 22 de junio de 2013
- RDGRN 29 de julio de 2016
- RDGRN de 30 de junio de 2016
- RRDGRN de 8 de agosto de 2019

BIBLIOGRAFÍA

LANZAS MARTÍN, E. P., Elementos temporales e intemporales en la declaración de obra nueva, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 731, 1765-1786;

La modificación del artículo 20 del Texto Refundido de la Ley de Suelo por el Real Decreto-ley 8/2011 en materia de declaración de obra nueva y su incidencia sobre la doctrina tradicional de la Dirección General, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 728, 3623-3638, y La declaración de obra antigua tras la Ley de Rehabilitación, Regeneración y Renovación Urbanas, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 743, 1533 a 1546.

ARNÁIZ RAMOS, R., *La inscripción en el Registro de la Propiedad de la declaración de obra nueva,* Editorial Bosch, S.A., 2013, 248.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.-R., *Curso de Derecho Administrativo,* Tomo 1, Editorial Aranzadi, 18.ª edición, año 2017, 534.

LASO BAEZA, V., El trámite de audiencia y la adopción del acuerdo de anotación preventiva de incoación de expediente de disciplina urbanística, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 722, 2984 a 2993.

LASO MARTÍNEZ, J.L., *Derecho Urbanístico. Creación y vigencia del planeamiento,* Tomo II Ed. Montecorvo. 1981, 535 a 541.

NOTAS

[1] LANZAS MARTÍN, E. P., Elementos temporales e intemporales en la declaración de obra nueva, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 731, 1765-1786; La modificación del artículo 20 del Texto Refundido de la Ley de Suelo por el Real Decreto-ley 8/2011 en materia de declaración de obra nueva y su incidencia sobre la doctrina tradicional de la Dirección General, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 728, 3623-3638, y La declaración de obra antigua tras la Ley de Rehabilitación, Regeneración y Renovación Urbanas, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 743, 1533-1546. De igual modo, la resolución de la Dirección General de 17 de enero de 2012 advirtió la indebida equiparación de los dos conceptos considerados al decir lo siguiente: «*Parece con ello el legislador partir de la consideración de que la totalidad de las edificaciones cuya obra se declara sobre la base de su antigüedad se hallan total o parcialmente fuera de ordenación. Pero lo cierto es que no todas las declaraciones de obras antiguas se corresponden con edificaciones en situación de fuera de ordenación, pues no cabe duda, y de hecho ocurre con frecuencia, que sobre la base de su consolidación por antigüedad se declaran obras de edificaciones que están dentro de ordenación y en cuya inscripción, por tanto, no puede hacerse constar, no obstante el mandato legal, situación alguna de fuera de ordenación*».

[2] ARNÁIZ RAMOS, R., *La inscripción en el Registro de la Propiedad de la declaración de obra nueva,* Editorial Bosch, S.A., 2013, 248.

[3] GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.-R., *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo 1, Editorial Aranzadi, 18.ª edición, año 2017, 534.

[4] LASO BAEZA, V., El trámite de audiencia y la adopción del acuerdo de anotación preventiva de incoación de expediente de disciplina urbanística, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 722, 2984-2993.

[5] Sobre el trámite de audiencia se ha manifestado por el Tribunal Supremo en la sentencia de 13 de mayo de 1948 que es «*de observancia obligatoria*», en la de 4 de marzo de 1947 que es «*de extraordinaria relevancia*», en la de 25 de abril de 1950 se le denomina como trámite «*más cualificado*», en la de 2 de marzo de 1931 como «*sustancial*», en la de 11 de julio de 1932 como «*sustancial*», en la de 7 de marzo de 1950 como «*esencial*», en la de 27 de mayo de 1935 como «*esencial*», en la de 15 de junio de 1925 como «*sagrado*», etc.

[6] La Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid, dice en su artículo 65 que «*La entrada en vigor de los Planes de Ordenación Urbanística producirá, de conformidad con su contenido, todos o algunos de los siguientes efectos: (…) b) La declaración en situación de fuera de ordenación de las instalaciones, construcciones y edificaciones erigidas con anterioridad que resulten disconformes con la nueva ordenación, en los términos que disponga el Plan de Ordenación Urbanística de que se trate*».

[7] LASO MARTÍNEZ, J.L., *Derecho Urbanístico. Creación y vigencia del planeamiento,* Tomo II Ed. Montecorvo. 1981, 535-541.

4. DERECHO BANCARIO

La aplicación práctica de la cláusula de vencimiento anticipado. STS de 11 de septiembre de 2019. Final del recorrido

The practical application of the early termination clause. The STS of 11 September 2019. Journey's end

por

FEDERICO ADÁN DOMÉNECH
Universitat Rovira i Virgili
Profesor universitario

Furio, mi villa no se halla bajo el soplo del Austro ni del Favonio ni del cruel Boreas o del Afeliota, sino bajo una hipoteca de quince mil doscientos sestercios. ¡Oh, viento horrible y pestilente¡

Catulo (Verona 84 a.d.C.) Poeta

RESUMEN: La práctica judicial acredita que la causa principal de las ejecuciones hipotecarias es el ejercicio del vencimiento anticipado. La importancia de esta cláusula y las gravosas consecuencias que tiene para el consumidor, requerían de una interpretación y aplicación uniforme, que asegurarse el principio de seguridad jurídica, no solo a los operadores jurídicos sino también a los consumidores y usuarios.

La realidad es muy diferente, pues si algo ha caracterizado la aplicación judicial de la cláusula de vencimiento anticipado ha sido su heterogeneidad, la cual ha creado confusión e inseguridad en los justiciables.

En este artículo, se analiza la cronología en cuanto a la aplicación judicial de esta estipulación y su falta de uniformidad, que debería finalizar con la STJUE de 26 de marzo de 2019 y la STS de 11 de septiembre de 2019, resoluciones que tendrían que acabar con la inseguridad jurídica, reabriéndose la tramitación de miles de ejecuciones hipotecarias, unas 18.000, que afectan a miles de ciudadanos y familias.

ABSTRACT: Legal practice shows that the main cause of mortgage foreclosures is the exercise of the early termination clause. The importance of this clause and the costly consequences for the consumer required uniform interpretation and application that would respect the principle of legal certainty not only for legal operators but also for consumers and users.

Reality is quite different. If the legal application of the early termination clause has been characterized by anything, it has been by its heterogeneity, which has created confusion and insecurity among those who have had recourse to the law.

This article analyses the chronology of the legal application of this stipulation and its lack of uniformity, a problem that should be solved by the decisions of the ECJ of 26 March 2019 and the STS of 11 September. These decisions should bring legal uncertainty to an end and reopen proceedings in about 18,000 mortgage foreclosures, which affect thousands of members of the general public and their families.

PALABRAS CLAVE: Ejecución hipotecaria. Vencimiento anticipado. Nulidad contrato. Sobreseimiento. Consumidor y usuario.

KEY WORDS: mortgage foreclosure, early termination, invalidity of contract, stay of proceedings, consumer and user.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. COBERTURA JURÍDICA DE LA CLÁUSULA DE VENCIMIENTO ANTICIPADO: 1. Normas sustantivas. 2. Normas procesales.—III. DIFERENTES VÍAS PROCESALES PARA EL EJERCICIO DEL VENCIMIENTO ANTICIPADO: 1. La incoación del vencimiento anticipado en la ejecución hipotecaria: *A) Primera fase: Dudas respecto de la validez de la cláusula de vencimiento anticipado. B) Segunda fase. Exigencia del cumplimiento del ordenamiento jurídico interno:* a) Redacción original del artículo 693 LEC. b) Modificación de la redacción del precepto 693 LEC. c) Intento de integración de las cláusulas abusivas. d) Doctrina judicial del TJUE. Imposibilidad de reintegrar la cláusula nula. *C) Tercera fase. Criterios supra legales para la valoración de las cláusulas de vencimiento anticipado. D) Cuarta fase. Reintegración procesal de la cláusula nula:* a) No suspensión de la ejecución hipotecaria. b) Controversia judicial. Formulación de la primera cuestión prejudicial. c) Falta de claridad del TJUE. Planteamiento de una segunda cuestión prejudicial. *E) Quinta fase. Imposible reintegración procesal de la cláusula abusiva. Análisis de la STJUE de 26 de marzo de 2019:* a) Aplicación parcial de la STJUE de 26 de marzo de 2019 a las ejecuciones hipotecarias. b) Imposible eliminación de la «parte» nula de la cláusula abusiva. c) Determinación de la afectación de la nulidad a la totalidad del contrato. Análisis de la dimensión objetiva del contrato. d) Voluntad del deudor. Análisis de la dimensión subjetiva del contrato. *D) Fase final. STS de 11 de septiembre de 2019, aclaratoria de la STJUE de 26 de marzo de 2019:* a) No subsistencia del contrato. b) Ausencia de audiencia del deudor. c) Consecuencias de la declaración de nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado. d) Voluntad de paliar las consecuencias de la nulidad. e) Incoación de nuevos procesos de ejecución hipotecaria. f) Traslación de la solución del Tribunal Supremo a la práctica judicial. 2. La incoación del vencimiento anticipado en un proceso declarativo: *A) No afectación de la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado. B) Presupuestos para el ejercicio del vencimiento anticipado en un proceso declarativo. C) Concreción de los presupuestos: esencial y de especial gravedad. D) Posible solución: Aplicación analógica del artículo 24 LCI.*— IV. CONCLUSIONES.— V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Es cierto que el derecho es una ciencia dinámica, debido tanto a la actividad legislativa como a la aplicación de las reglas de interpretación de las normas le-

gales, reglamentadas en el artículo 3 del Código civil, al afirmar que *las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas.*

Pero si un ámbito ha resultado ser «dinámico» en la disciplina jurídica, quizás incluso en demasía en los últimos años, ha sido el concerniente a la contratación bancaria, que ha sufrido una radical transformación, debido a la realidad social, a las policías legislativas y a la aplicación judicial tanto de nuestros órganos judiciales internos como la establecida por los tribunales comunitarios, en concreto, por el Tribunal de Justicia de la Unión Europa, en adelante TJUE.

En el presente artículo, nos ceñiremos a realizar un estudio jurisprudencial de la interpretación y aplicación judicial de la cláusula de vencimiento anticipado, fundamento de miles de ejecuciones hipotecarias que se vieron suspendidas en espera de la resolución del TJUE de 26 de marzo de 2019, que si bien se esperaba como solución a la paralización judicial, ha necesitado de una resolución judicial del Tribunal Supremo, en adelante TS, en concreto, la emitida en fecha de 11 de septiembre de 2019, aclaratoria de la misma, con la finalidad de prefijar los parámetros interpretativos que demandaban los órganos judiciales internos, a efectos de resolver, definitivamente, respecto del archivo o no de las ejecuciones hipotecarias.

II. COBERTURA JURÍDICA DE LA CLÁUSULA DE VENCIMIENTO ANTICIPADO

Los órganos judiciales no han dudado en aceptar la validez de la incorporación de esta cláusula en un contrato bancario, como de forma reiterada ha defendido el Tribunal Supremo. Sirva como ejemplo, la STS de 23 de diciembre de 2015, en la que se manifiesta que *esta Sala no ha negado la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado, siempre que esté claramente determinado en el contrato en qué supuestos se podrá dar lugar a dicho vencimiento*[1]. Supuesto dispar sería que esta cláusula fuese declarada nula, por infringir los derechos de los consumidores y usuarios[2], caso en el cual, los órganos judiciales no han dudado en catalogarlas de nulas y abusivas.

La aceptación de los órganos judiciales, en el sentido de permitir la inclusión de la cláusula de vencimiento anticipado en los contratos de préstamos hipotecarios, se sustenta en diferentes textos legislativos, tanto de carácter sustantivo como de ámbito procesal.

1. Normas sustantivas

En relación a las normas de carácter sustantivo, existe una cobertura jurídica de las cláusulas de vencimiento anticipado, bien de forma genérica bien de modo particular.

A nivel genérico, su inclusión en los contratos de préstamo hipotecario, se fundamentaría en la autonomía de la voluntad que rige como principio básico en el ámbito contractual, conforme a las directrices reglamentadas en la norma 1255 del Código civil, en base a las cuáles, los contratantes son «amos» del contrato, y, por *ende,* pueden acordar la inclusión de estas concretas estipulaciones. Así, la STS de 16 de diciembre de 2009, al analizar la validez de la cláusula de

vencimiento anticipado, sostenía que *la doctrina jurisprudencial más reciente ha declarado con base en el artículo 1255 del Código civil la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos cuando concurra justa causa, verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial*[3].

A nivel concreto, la posibilidad del acreedor de proceder a resolver anticipadamente los contratos por incumplimiento de una de las partes, es permitida en base a un estudio conjunto de las normas 1124, 1125 y 1129, todas ellas del Código civil.

La primera de las normas —regla 1124 del Código civil— permite la reclamación de lo adeudado ante el deudor que no cumple con sus cargas económicas, en palabras del Tribunal Supremo, en resolución de 18 de febrero de 2018, *el artículo 1124 del mismo Código permite la resolución de las obligaciones bilaterales en caso de incumplimiento*[4]. El segundo de los preceptos —artículo 1125 del Código civil— acepta la posibilidad de formalizar deudas a plazo. Finalmente, la tercera de las normas —precepto 1129 del Código civil— reglamenta los casos en que se pierde el plazo marcado para que el deudor cumpla con sus obligaciones económicas. Si bien es cierto, que en ninguna de las hipótesis reguladas en esta norma, se establece la desaparición del plazo en base a la falta de pago: *1.º Cuando, después de contraída la obligación, resulte insolvente, salvo que garantice la deuda; 2.º Cuando no otorgue al acreedor las garantías a que estuviese comprometido. 3.º Cuando por actos propios hubiese disminuido aquellas garantías después de establecidas, y cuando por caso fortuito desaparecieran, a menos que sean inmediatamente sustituidas por otras nuevas e igualmente seguras*, la jurisprudencia ha solventado esta ausencia, permitiendo una aplicación análoga de los supuestos regulados en el artículo 1129 del Código civil[5], como ha defendido la STS de 12 de diciembre de 2008, al manifestar que *estas normas del Código civil poseen carácter dispositivo, que no impiden el vencimiento anticipado de los préstamos hipotecarios, con base en lo establecido en el artículo 1255 del Código civil*[6].

En el ámbito sustantivo, además del Código civil, la Ley 5/2019, de 15 de marzo reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, en adelante LCCI, permite el ejercicio del vencimiento anticipado, en este caso, sí de forma concreta para los contratos de préstamo hipotecario, al regularse, en su artículo 24, los nuevos presupuestos que deben concurrir en esta concreta estipulación para ser considerada correcta.

2. Normas procesales

La regulación del vencimiento anticipado no es monopolio de los textos legales sustantivos sino que también esta estipulación ha encontrado cobertura legal en la Leyes procesales, en concreto, en el artículo 693 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en adelante LEC, cuya interpretación no ha sido homogénea en el tiempo, condicionando la aplicación judicial y la validez de la estipulación que analizamos.

No obstante, la vigencia de la norma 693 LEC se ha relativizado, al limitarse los supuestos de aplicación, como consecuencia de la entrada en vigor de la nueva LCCI. Conforme a la disposición transitoria primera punto 1.º de este texto legal, el mismo solo resultará de aplicación a aquellos contratos de préstamo que se formalicen tras su entrada en vigor. Sin embargo, esta regla general presenta excepciones en el propio contenido de la disposición transitoria.

Una de estas excepciones hace referencia a las cláusulas de vencimiento anticipado. Así, el punto 4.º de la mencionada disposición, establece que *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.* De la lectura de esta norma, podemos concluir que existen dos excepciones a la vigencia del artículo 24 LCCI, resultando, en consecuencia, todavía de aplicación la literalidad del precepto 693 LEC.

En primer lugar, los contratos de préstamo hipotecario no vencidos o no judicializados con anterioridad a la entrada en vigor de la LCCI. La primera de las excepciones dependerá de la voluntad del deudor, pues la disposición transitoria le concede, la facultad de determinar la aplicación del contenido del artículo 24 LCCI o de la norma 693 LEC, en función de los intereses del deudor. Se nos hace difícil entender cuándo el deudor preferirá la aplicación del artículo 693 LEC frente a la nueva regulación del precepto 24 LCCI, que exige un mayor número de impagos para vencer anticipadamente el contrato.

En segundo lugar, los contratos de préstamo hipotecario vencidos o judicializados con anterioridad a la entrada en vigor de la LCCI. En este segundo caso, la aplicación de la norma 693 LEC es preceptiva, sin conceder opción al deudor, e imposibilitando la apelación de la norma 24 LCCI[7].

III. DIFERENTES VÍAS PROCESALES PARA EL EJERCICIO DEL VENCIMIENTO ANTICIPADO

En función de si la demanda presentada por el acreedor se fundamenta en una norma de carácter procesal o en una disposición de naturaleza sustantiva, diferente es el cauce procesal apto para acudir al auxilio judicial. De este modo, si la demanda se sustentaba en una cláusula contractual, —artículo 693 LEC—, el acreedor incoaba una ejecución hipotecaria, si, por el contrario, la demanda se fundamentaba en una disposición legal, —preceptos 1124, 1125 y 1129 del Código civil—, la vía judicial a tramitar, se concretaba en un proceso declarativo[8].

Ante esta diversidad de vías procesales, analizaremos, a continuación, el ejercicio del vencimiento anticipado en cada una de ellas, y la interpretación judicial aplicada por nuestros órganos judiciales.

1. La incoación del vencimiento anticipado en la ejecución hipotecaria

A) Primera fase: Dudas respecto de la validez de la cláusula de vencimiento anticipado

Del análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, podemos afirmar que existe una única resolución judicial, en la que el Alto Tribunal se planteaba el interrogante, respecto de la validez o no de la cláusula de vencimiento anticipado inserta en un contrato de préstamo hipotecario. Estas dudas se plasman en la resolución de 27 de marzo de 1999, al afirmar que *el artículo 1255 del Código*

civil consagra en nuestro Derecho la libertad pacticia siempre que las estipulaciones convenidas por los contratantes no sean contrarias a las leyes. Podemos afirmar que la condición resolutoria de los préstamos hipotecarios constituye un pacto contrario a las leyes. Por tanto, da lugar a un pacto nulo, subsumible en el calor anatema del artículo 6 del Código civil. Si se otorga un crédito con obligación de amortizarlo en un plazo de 16 años, garantizándose con hipoteca el derecho del acreedor, este tendrá que esperar al transcurso del plazo pactado para poder reclamar los devengos últimos[9].

Sin embargo, esta resolución es posteriormente rectificada por el propio Tribunal Supremo, resultando ser, la sentencia de 27 de marzo de 1999, la excepción a la regla general, en cuanto a la validez del vencimiento anticipado, siempre y cuando, este cumpliese con los parámetros legales vigentes. La rectificación no puede ser más clara, en base al tenor de la STS de 12 de diciembre de 2008, en la que se defiende que *no cabe tener en cuenta la sentencia indicada* —la referida de 27 de marzo de 1999— *como integrante de doctrina jurisprudencial, en virtud de lo dispuesto en el artículo 6.1 del Código civil, dado que manifiesta un criterio aislado y sin continuidad en esta Sala*[10].

B) Segunda fase. Exigencia del cumplimiento del ordenamiento jurídico interno

Como hemos manifestado, aceptada por el Tribunal Supremo la validez del vencimiento anticipado, como causa de la incoación de la ejecución hipotecaria, la problemática se ha concretado históricamente en la cambiante normativa procesal, la cual reglamentaba las condiciones que debían concurrir en esta modalidad de cláusula para determinar su corrección.

a) Redacción original del artículo 693 LEC

La literalidad original de la Ley procesal era condescendiente con el acreedor, permitiendo con facilidad el ejercicio del vencimiento anticipado, al aceptar la resolución del contrato, ante el impago de cualquier cuota, esto es, ante el impago de una sola cuota. Decisión que no guardaba proporcionalidad alguna ni con la duración ni con la cuantía de la totalidad del contrato de préstamo hipotecario. Sin embargo, a pesar de ello, la jurisprudencia aceptaba tal facultad resolutoria, tal y como se pone de manifiesto en la STS de 12 de diciembre de 2008, en la que se sostiene que *en el supuesto de impago por parte del deudor, el acreedor [no está obligado] a esperar el transcurso del plazo convenido cualquiera que sea su duración para ejecutar la garantía y limitar la ejecución a los vencimientos impagados, debido a que ninguno de estos preceptos excluye la factibilidad de que, como consecuencia de pacto entre las partes, se establezca el vencimiento anticipado de la obligación, cuya legalidad tiene cobijo en el artículo 1255 del Código civil*[11]. Conforme a estos parámetros jurisprudenciales, establecidos por el Tribunal Supremo, la jurisprudencia «menor» también permitía la resolución contractual, en base a un simple incumplimiento de pago. Sirva como ejemplo, la SAP de Barcelona, Sección 13.ª, de 10 de octubre de 2012, en la que establece que *en la actualidad, la cláusula de vencimiento anticipado se encuentra expresamente admitida en el artículo 693.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en relación con los préstamos hipotecarios, ya que permite la reclamación de la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en*

caso de falta de pago de alguno de los plazos diferentes, zanjando la nueva norma la discusión doctrinal que se venía produciendo acerca de la exigibilidad de los plazos sucesivos aún no vencidos[12].

b) Modificación de la redacción del precepto 693 LEC

En una situación de crisis económica, se multiplicaron no solo las reclamaciones judiciales planteadas por los consumidores frente a las entidades bancarias, sino también las dudas respecto de la protección que las normas reguladoras de la contratación bancaria ofrecían a la parte más débil de la misma, que según parámetros del TJUE, se concretaba en la figura del consumidor[13].

La proliferación de demandas judiciales culminó con la presentación de diferentes cuestiones prejudiciales ante el TJUE. La STJUE de 14 de marzo de 2013, se erige como una resolución de especial trascendencia en el devenir legislativo y judicial en el ámbito de la contratación bancaria. Entre los diferentes aspectos, respecto de los cuales, el Tribunal comunitario advierte en cuanto a su incorreción, se encuentra el relativo a la facilidad resolutoria existente en nuestro ordenamiento jurídico conforme a la aplicación del vencimiento anticipado. Así, la STJUE de 14 de marzo de 2013 reflexiona sobre la necesidad de que el órgano judicial valore la proporcionalidad entre el incumplimiento y la duración del contrato, al manifestar que *corresponde al juez comprobar si la facultad del profesional de dar por vencida anticipadamente la totalidad del préstamo depende de que el consumidor haya incumplido una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate, si esa facultad está prevista para los casos en los que el incumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo*[14].

La solución del legislador español, ante esta doctrina judicial comunitaria, se concretó en la modificación del precepto 693 de la Ley procesal. Así, la Ley 1/2013 de protección de deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, modifica el artículo 693 LEC, exigiendo para proceder a la validez del vencimiento anticipado, la concurrencia del impago de tres cuotas en vez de una[15], pues, según la doctrina judicial, la resolución contractual en base a un impago, encontraría cabida en las hipótesis de abusividad regulados en las normas 82 y 87 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 complementarias, en adelante TRDCU[16].

c) Intento de integración de las cláusulas abusivas

La exigencia del incumplimiento de tres cuotas, para considerar válida la cláusula de vencimiento anticipado, conllevó un perjuicio colateral para las entidades financieras, pues eran innumerables, los contratos de préstamo hipotecario en que se formalizó la estipulación de vencimiento anticipado, en base a la redacción original de la LEC, esto es, permitiendo la resolución contractual ante el impago de una sola cuota. Ante esta situación, se originó una diversidad de comportamientos ante los tribunales de justicia.

Un primer grupo de resoluciones judiciales defendían que si la redacción de la cláusula de vencimiento anticipado, permitía la resolución contractual, conforme a un único impago, la misma resultaba nula, siendo imposible su subsanación[17].

Un segundo grupo de resoluciones judiciales permitían la integración de la cláusula nula. De esta forma, si bien la redacción de la cláusula permitía el vencimiento anticipado ante un solo impago, si la entidad financiera esperaba el impago de tres cuotas para presentar la demanda, la cláusula se reintegraba, y se permitía la resolución del contrato[18].

d) Doctrina judicial del TJUE. Imposibilidad de reintegrar la cláusula nula

La posibilidad de reintegrar la cláusula abusiva constituía una práctica totalmente contraria a la doctrina judicial del TJUE, pues no se estaría cumpliendo la obligación encomendada a los Estados miembro de erradicar la utilización de las cláusulas abusivas[19], y, en consecuencia, se eliminaría el efecto disuasorio que debe aplicarse respecto de la utilización de las estipulaciones abusivas[20]. En base a estas argumentaciones, la posible reintegración de las cláusulas abusivas, constituye una práctica judicial considerada incorrecta por el TJUE, dictando un auto de fecha 11 de junio de 2015, en el que sostiene que *el juez debe manifestar la nulidad de una cláusula si lo es tal y como resulta configurada en la formalización del contrato, con independencia tanto de que se pretenda ejecutar o no, como de la forma en que se incoa*[21].

C) Tercera fase. Criterios supra legales para la valoración de las cláusulas de vencimiento anticipado

Tras el auto del TJUE de 11 de junio de 2015, el Tribunal Supremo elimina como único criterio para determinar la validez de la cláusula de vencimiento anticipado, el consistente en el cumplimiento de la literalidad del precepto 693 LEC, esto es, no se limita a determinar como válida esta estipulación si se cumplen tres impagos, sino que establece un nuevo parámetro de validez, concretado en el hecho de que el contenido de la cláusula sea proporcional en relación a la duración y cuantía del préstamo[22]. Esta nueva doctrina judicial se establece en la STS de 23 de diciembre de 2015[23]. En esta resolución, el Alto Tribunal establece que el órgano judicial debe analizar: *a) la esencialidad de la obligación incumplida*[24]*, b) la gravedad del incumplimiento en relación con la cuantía y duración del contrato de préstamo*[25] *y c) la posibilidad real del deudor de evitar esa consecuencia*[26].

D) Cuarta fase. Reintegración procesal de la cláusula nula

a) No suspensión de la ejecución hipotecaria

El Tribunal Supremo en las sentencias de 23 de diciembre de 2015 y 18 de febrero de 2016, si bien analiza la abusividad de la cláusula, conforme a los parámetros enunciados en el apartado anterior del trabajo, procede, con posterioridad, a realizar un juicio de valor respecto de las consecuencias de la aplicación absoluta de los efectos de la nulidad de la estipulación. Así, por regla general la declaración de nulidad de la cláusula, que se erige como fundamento de la ejecución, debería conllevar el sobreseimiento de la ejecución hipotecaria. A pesar de ello, el Alto Tribunal estudia las consecuencias que este sobreseimiento comportaría para ambas partes procesales, concluyendo que la finalización de la ejecución

hipotecaria supondría un perjuicio tanto para la persona del deudor como para el acreedor[27], permitiendo subsanar la estipulación abusiva, al aceptar que *el juez nacional pueda sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional*[28], con el objetivo de proseguir la ejecución hipotecaria. Se produce, en consecuencia, una relativización procesal de la nulidad de la cláusula abusiva, pues, según el Tribunal Supremo, *no puede considerarse que el sobreseimiento de la vía ejecutiva hipotecaria sea en todo caso más favorable al consumidor*[29].

b) Controversia judicial. Formulación de la primera cuestión prejudicial

Esta decisión, de no sobreseer la ejecución hipotecaria, no resulta ser pacífica a nivel judicial, existiendo tesis contrarias, en torno a si debe producirse la suspensión de la ejecución hipotecaria[30], o, si por el contrario, resulta más aconsejable, seguir adelante con su tramitación[31].

La falta de uniformidad a nivel judicial, supuso la formulación, por parte del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Santander[32], a través del Auto de 8 de marzo de 2016, de una primera cuestión prejudicial, que tenía como objetivo, consultar al Tribunal comunitario, respecto de la posibilidad de proseguir un proceso de ejecución hipotecaria ante la declaración de nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado.

La respuesta del TJUE se produce con la emisión de la resolución de 26 de enero de 2017, en la cual se produce una contestación no del todo concreta, pues la misma se limita a establecer que el juez nacional, si considera en abstracto, esto es, tal y como está redactada la cláusula, que la misma es nula, esta no debe aplicarse, con independencia del comportamiento corrector o no del acreedor[33]. En definitiva, no se pronuncia el TJUE sobre si debe proseguir o sobreseerse la ejecución hipotecaria.

c) Falta de claridad del TJUE. Planteamiento de una segunda cuestión prejudicial

Ante la falta de concreción del Tribunal comunitario, respecto de las consecuencias procesales de la declaración de nulidad de una cláusula abusiva, el Tribunal Supremo mediante el auto de 8 de febrero de 2017, eleva una segunda cuestión prejudicial al TJUE, en la que de forma precisa se le pregunta: *¿Es posible continuar el procedimiento de ejecución hipotecaria mediante la aplicación de una disposición nacional supletoria, sin proceder al sobreseimiento?*[34].

E) Quinta fase. Imposible reintegración procesal de la cláusula abusiva. Análisis de la STJUE de 26 de marzo de 2019

El planteamiento de la cuestión prejudicial afectó de forma «abrupta» a la práctica forense, pues se suspendieron la totalidad de procedimientos de ejecuciones hipotecarias que se encontraban en tramitación ante los órganos judiciales españoles, los cuales, decidieron esperar la resolución del TJUE, a efectos de pronunciarse sobre la prosecución o sobreseimiento de las ejecuciones pendientes ante el juzgado.

El TJUE dicta, en fecha de 26 de marzo de 2019, la resolución que debía poner fin a esta incertidumbre procesal. Sin embargo, el contenido de la resolución deja más luces que sombras, y muchas de nuestras Audiencias Provinciales han

decidido no pronunciarse respecto de las ejecuciones hipotecarias, hasta que el Tribunal Supremo emitiese la resolución aclaratoria de la sentencia del TJUE.

a) Aplicación parcial de la STJUE de 26 de marzo de 2019 a las ejecuciones hipotecarias

La primera de las cuestiones que debemos precisar se concreta en el hecho de que las soluciones concedidas por el Tribunal comunitario no serán de aplicación absoluta, pues las mismas solo podrán ser aplicadas a las ejecuciones hipotecarias ya vencidas o las que se encuentren pendientes de tramitación en vía judicial, pues a las restantes ejecuciones hipotecarias les resultará de aplicación una normativa diferente, en concreto, la contenida en la nueva LCCI, por lo que respecto de estas últimas, los parámetros de validez de las estipulaciones de vencimiento anticipado, se encuentran reguladas en el precepto 24 de este texto normativo y no en las directrices prefijadas por el artículo 693 LEC, objeto de examen de la resolución del Tribunal comunitario.

b) Imposible eliminación de la «parte» nula de la cláusula abusiva

En la cuestión prejudicial, el Tribunal Supremo planteaba la posibilidad de eliminar parcialmente la cláusula, suprimiendo la «parte» afectada por la nulidad, posibilidad que encuentra fundamento en la teoría del *blue pencil test*. El TJUE se niega en rotundo a admitir esta posibilidad, afirmando que *no cabe admitir el mantenimiento parcial de dichas cláusulas pues, de otro modo, se menoscabaría directamente el efecto disuasorio*[35]. En consecuencia, si una parte de la cláusula es abusiva, esta afecta a la totalidad de la estipulación[36].

c) Determinación de la afectación de la nulidad a la totalidad del contrato. Análisis de la dimensión objetiva del contrato

Determinada la afectación de la abusividad a la totalidad de la cláusula, la segunda cuestión que nos plantea el TJUE se concreta en determinar si esa nulidad incide en el contrato o no, es decir, si el contrato puede subsistir sin la cláusula viciada o, si, por el contrario, se convierte en nulo. La determinación del grado de afectación debe ser valorada por el órgano judicial español, según el TJUE, al manifestar que *incumbe a los órganos jurisdiccionales remitentes comprobar, con arreglo a las normas de Derecho interno si la supresión de esas cláusulas tendría como consecuencia que los contratos de préstamo hipotecario no puedan subsistir*[37].

Si del análisis efectuado por el tribunal interno, se determinase la imposible subsistencia del contrato, por la afectación de la cláusula abusiva, el TJUE considera que se produciría un perjuicio al consumidor, pues se podría exigir de forma inmediata el pago del préstamo[38], debiéndose sobreseer la ejecución hipotecaria, e incoándose un proceso declarativo o un proceso de ejecución ordinaria.

Ante esta realidad, el TJUE flexibiliza los efectos de la declaración de nulidad de la estipulación, permitiendo sustituir la cláusula nula por una *disposición supletoria de Derecho nacional*[39], esto es, si la cláusula de vencimiento anticipado permitía el mismo, en base a cualquier impago, esta estipulación podría ser sustituida por la redacción del artículo 693 LEC, siempre y cuando, se justifique el impago de al

menos tres cuotas. La consecuencia de esta decisión, se concreta en la posibilidad de proseguir con la ejecución hipotecaria, sin tener que proceder a su sobreseimiento.

d) Voluntad del deudor. Análisis de la dimensión subjetiva del contrato

En el caso contrario al analizado en el apartado anterior, esto es, para los supuestos en que declarada nula la cláusula abusiva, el contrato puede subsistir, según valoración judicial[40], los efectos serían la no aplicación de la estipulación de vencimiento anticipado, y, por *ende,* la no prosecución de la ejecución hipotecaria, por ser nula la causa de la ejecución.

Sin embargo, el TJUE adopta una postura cautelosa con el consumidor, pues con anterioridad a la decisión de sobreseer la ejecución hipotecaria, defiende que deba concederse audiencia al deudor. La audiencia al deudor presenta una única finalidad, que este se pronuncie sobre si le resulta más aconsejable para sus intereses la finalización del proceso de ejecución hipotecaria, o, si, por el contrario, considera más conveniente su prosecución, sustituyendo la cláusula nula, por una disposición supletoria de derecho nacional, como sería el artículo 693 LEC, pronunciamiento que resultará vinculante para el órgano judicial[41]. Asi, si el deudor se manifiesta a favor de la aplicación supletoria del artículo 693 LEC, seguirá adelante la ejecución hipotecaria. Por el contrario, si el deudor se pronuncia en contra de la integración de la cláusula, se sobreseerá el proceso de ejecución, tal y como se recoge en el AAP de Asturias, Sección 7.ª, de 15 de julio de 2019, en el que se asevera que *al haberse opuesto la parte ejecutada, a la citada novación, la consecuencia no puede ser otra que el sobreseimiento, al ser la citada cláusula de vencimiento anticipado la que ha constituido el fundamento de la ejecución*[42].

En la práctica forense, no obstante, no existe un criterio uniforme en los Tribunales, respecto de si debe darse audiencia o no al deudor. A favor de conceder audiencia, se pronuncia el AAP de Sevilla, Sección 8.ª, de 27 de junio de 2019, el cual establece que solo se puede conservar la cláusula, si el deudor se ha manifestado a favor de esta opción, conforme establece el párrafo 63 de la referida sentencia del TJUE de 26 de marzo de 2019[43].

A pesar de ello, otras Audiencias Provinciales, consideran que si el deudor se opuso a la ejecución hipotecaria en el momento procesal apto, se sobreentiende que no acepta una novación de la cláusula nula. En estos casos, los órganos judiciales califican la oposición, como un pronunciamiento tácito en contra de la modificación de la estipulación de vencimiento anticipado, por una disposición supletoria de derecho nacional, en concreto, la norma 693 LEC. En este sentido, se pronuncia, el AAP de Asturias, Sección 7.ª, de 28 de junio de 2019, al defender que *admitida pues la subsistencia del contrato, habrá que indagar la voluntad del consumidor, —y no de la entidad bancaria—, en la continuación de la ejecución, lo que es innecesario hacer en este litigio, recabando nuevamente la opinión de la parte ejecutada, toda vez que se ha pronunciado expresamente en su oposición solicitando el sobreseimiento de la ejecución e insiste en ello al oponerse al recurso*[44].

D) Fase final. STS de 11 de septiembre de 2019, aclaratoria de la STJUE de 26 de marzo de 2019

Miles de ejecuciones hipotecarias, se estiman unas 18.000, se encontraban paralizadas ante nuestros órganos judiciales, en espera de la resolución del TJUE

de 26 de marzo de 2019. Sin embargo de forma cautelosa, los órganos judiciales internos, no han aplicado la doctrina judicial contenida en esta resolución, hasta que el Tribunal Supremo, se pronunciase sobre la misma, extremo que ha efectuado con la resolución emitida el 11 de septiembre de 2019, y que determinará el devenir judicial de las ejecuciones hipotecarias. A continuación, analizamos los puntos de mayor relevancia de la sentencia.

a) No subsistencia del contrato

La primera cuestión que analiza el Tribunal Supremo, se concreta en la incidencia de la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado en el resto del contrato, lo que el TJUE había calificado de análisis de la dimensión objetiva, con la finalidad de sostener si el contrato podía subsistir o no sin la cláusula.

El Tribunal Supremo defiende que si bien coexisten en los contratos de préstamo hipotecario dos realidades jurídicas propias, por un lado, la causa del contrato, esto es, el préstamo, y, por otro lado, la garantía del mismo, es decir, el derecho real de la hipoteca, ambas, en esta modalidad contractual, *son inescindibles y conforman una institución unitaria*[45]. La garantía de las hipotecas no solo se erige como una protección del prestamista, sino que condiciona las condiciones del contrato, pues su existencia determina las obligaciones económicas asumidas tras la formalización del contrato. En definitiva, *la causa del préstamo y la causa de la hipoteca están entrelazadas y no pueden fragmentarse*[46].

b) Ausencia de audiencia del deudor

El TJUE, en su sentencia de 26 de marzo de 2019, sostenía que correspondía al órgano judicial determinar si el contrato podía subsistir una vez declarada nula la cláusula de vencimiento anticipado. Ante esta dicotomía, subsistencia o no, en la hipótesis de que pudiese subsistir, defendía el Tribunal comunitario, que en la interinidad del proceso debía concederse audiencia al deudor, hecho que había calificado de análisis de la dimisión subjetiva, a efectos de que decidiese si debía sobreseerse el proceso, o, si por el contrario, prefería que se sustituyese la estipulación nula por una disposición supletoria de derecho nacional, para continuar con la tramitación de la ejecución hipotecaria.

La doctrina judicial del Tribunal Supremo omite esta audiencia al deudor, pues elimina la posibilidad de que el contrato pueda subsistir tras la nulidad de la cláusula, y, por ende, elimina el supuesto en que el Tribunal comunitario permitía la audiencia al deudor.

c) Consecuencias de la declaración de nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado

Si bien, el propio Tribunal Supremo reconoce que el ordenamiento jurídico concede al acreedor otras posibilidades de resarcimiento y de recuperación de su crédito, concede un tratamiento especial a la nulidad de la estipulación. El Tribunal Supremo considera que el vencimiento anticipado constituye, en los préstamos hipotecarios, la causa y fundamento de las condiciones contractuales, argumentación que defiende en base a dos extremos. El primero de ellos de ca-

rácter temporal, al afirmar que si se formaliza un contrato de larga duración, es por la existencia de una estipulación que permite al acreedor resolver el contrato ante el impago sucesivo del deudor. El segundo de ellos, de carácter económico, pues considera, el Tribunal Supremo, que esta estipulación es la que concede la facultad al acreedor de resolver el contrato, para resarcirse económicamente. En consecuencia, la nulidad de la estipulación conlleva que *la garantía se desnaturaliza, pierde su sentido*[47].

Estos argumentos son los que sostiene el Tribunal Supremo, para defender que ante la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado, *procedería la nulidad del contrato porque el negocio no se habría realizado sin la cláusula nula, conforme a la voluntad común real o hipotética de ambas partes, porque la finalidad o la naturaleza jurídica del contrato ya no son las mismas*[48].

d) Voluntad de paliar las consecuencias de la nulidad

Tras concluir el Tribunal Supremo, que la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado se traduce en la no subsistencia del contrato, el mismo Tribunal, consciente de los perjuicios que padecería el consumidor, tanto de carácter procesal —pérdida de las especialidades de la ejecución hipotecaria—, como de naturaleza sustantiva —reclamación de la totalidad de lo todavía adeudado—, acepta las argumentaciones del TJUE. De este modo, el Tribunal comunitario defendía que ante la nulidad de la cláusula se podía proceder a sustituir la misma, por una norma supletoria de derecho nacional, en este caso, el TJUE defendía la aplicación de la literalidad del artículo 693 LEC.

El Tribunal Supremo acepta el que —sustitución de la cláusula— pero no el cómo —sustitución por la norma 693 LEC—. Así, el Tribunal Supremo parte de dos premisas para defender su posición. La primera consistente en manifestar que el incumplimiento del deudor debe ser proporcional a la duración y cuantía del préstamo[49], y la segunda, la realidad de que les corresponde a los órganos judiciales españoles efectuar las comprobaciones y análisis correspondientes, respecto de las consecuencias derivadas de la nulidad de las cláusulas abusivas[50].

Partiendo de estas dos premisas, el Tribunal Supremo defiende, como el TJUE, la sustitución de la cláusula de vencimiento anticipado por una norma de derecho nacional de carácter supletorio, salvaguardando la validez del contrato, pero modifica la norma de derecho supletorio a aplicar, sustituyendo la aplicación del artículo 693 LEC, por el precepto 24 LCCI.

e) Incoación de nuevos procesos de ejecución hipotecaria

Solucionada la subsistencia del contrato, con la sustitución de la estipulación contenida en el contrato por las disposiciones del artículo 24 LCCI, la siguiente tarea del Tribunal Supremo se concreta en determinar qué hacer con los miles de procesos de ejecución hipotecaria —unos 18.000— suspendidos ante nuestros Tribunales.

El Tribunal Supremo defiende dos conclusiones. La primera, la imposibilidad de seguir adelante con ejecuciones hipotecarias cuya demanda se había fundamentado en una cláusula de vencimiento anticipado considerada nula. En consecuencia, sostiene que se deben sobreseer todos estos procesos. La segunda, la posibilidad de presentar nuevas ejecuciones hipotecarias respecto de las sobre-

seídas, fundamentando la demanda, no en la cláusula concebida en el contrato, sino en la actuación del deudor, esto es, deberá esperar el acreedor el impago de 12 cuotas, si la resolución del contrato se produce en la primera mitad de su duración, o el impago de 15 cuotas, si el vencimiento anticipado se ejercita en la segunda mitad de la vida del contrato

De esta forma, el fundamento de la ejecución hipotecaria ya no es contractual sino legal, es decir, la demanda no se fundamenta en una estipulación consignada en el contrato, sino en una norma recogida en un texto legal, como sucedía con los juicios declarativos, que se justificaban en las normas 1124, 1125 y 1129 del Código civil, siendo, a partir de la STS de 11 de septiembre de 2019, la causa de la ejecución hipotecaria, la regla 24 LCCI, pues como sostiene, el Alto Tribunal en la resolución estudiada, *el artículo 693.2 LEC, en su redacción anterior a la Ley 5/2019, era una norma de Derecho dispositivo, mientras que el artículo 24 LCCI (…) es imperativa*[51].

f) Traslación de la solución del Tribunal Supremo a la práctica judicial

Finalmente, el Tribunal Supremo determina cómo plasmar las conclusiones anteriormente descritas en los procesos existentes ante nuestros órganos judiciales, pues el escenario judicial no es unívoco, sino que se caracteriza por su heterogeneidad, y, por ello, establece la forma de actuación ante tres escenarios posibles.

En primer lugar, respecto de los procesos derivados de contratos de préstamos vencidos con carácter previo a la entrada en vigor de la Ley 1/2013, siempre que la cláusula sea considerada nula, los mismos *deberían ser sobreseídos sin más trámites*[52].

En segundo lugar, en cuanto a los procesos fundamentados en un vencimiento posterior a la vigencia de la Ley 1/2013, *deberían ser igualmente sobreseídos*[53], en aquellos supuestos en que la cláusula se considere nula, por no revestir los requisitos de proporcionalidad de los impagos en relación a la duración y cuantía del contrato, requisitos de proporcionalidad, que ahora deberán valorarse conforme a las reglas del precepto 24 LCCI.

En tercer lugar, en cuanto a los procesos fundamentados en un vencimiento posterior a la vigencia de la Ley 1/2013, pero en los cuales el impago sea acorde con las disposiciones de la norma 24 LCCI, *podrán continuar su aplicación*[54].

Es especialmente importante, la previsión que efectúa el Tribunal Supremo respecto de la afirmación taxativa consistente en sostener que los autos de sobreseimiento no deberán producir efectos de cosa juzgada. De esta forma, sobreseída la ejecución hipotecaria, el acreedor ostenta vía libre para presentar una demanda ejecutiva, sin que pueda alegarse que se produce un doble despacho de ejecución, pues, como asevera el Tribunal Supremo, *no se trata de un segundo despacho de ejecución con fundamento en el mismo título, sino de ejecuciones basadas en diferentes títulos (el contrato, en el primer caso, y la ley en el segundo*[55], por lo que, como manifestábamos anteriormente, la demanda no se fundamentará en una estipulación consignada en el contrato, sino en una norma recogida en un texto legal, como sucedía con los juicios declarativos, que se justificaban en el artículo 1124, 1125 y 1129 del Código civil.

2. La incoación del vencimiento anticipado en un proceso declarativo

La suspensión de las ejecuciones hipotecarias, mientras se esperaba la STJUE de 26 de marzo de 2019, tuvo un efecto paralelo en la práctica judicial deriva-

da de las contrataciones bancarias. Ante la suspensión de las ejecuciones, los acreedores debieron buscar vías judiciales alternativas, para la reclamación de su crédito. Así, se proliferaron la incoación de procesos declarativos, motivándose las demandas en los preceptos 1124, 1125 y 1129 del Código civil[56].

No obstante, es preciso manifestar, que tras la publicación de la STS de 11 de septiembre de 2019, deja de tener sentido acudir a un proceso declarativo, pues esta opción, era la válvula de escape de los acreedores ante la suspensión de las ejecuciones hipotecarias, pero, una vez solucionada esta cuestión, y atendiendo a que los parámetros para determinar la proporcionalidad del impago respecto de la duración y cuantía del contrato serán los mismos, pues, según la STS, a partir de ahora, en las ejecuciones hipotecarias los impagos deben ser de 12 cuotas como establece la norma 24 LCCI, y, como veremos más adelante, en los procesos declarativos los parámetros para declarar proporcional son los mismos, no existe ninguna ventaja para el acreedor acudir al juicio declarativo frente a la ejecución hipotecaria.

A) No afectación de la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado

La nulidad o posible nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado no constituía un obstáculo para la incoación de un proceso declarativo, pues el fundamento de la demanda resultaba ser dispar. Así, la demanda que principiaba la ejecución hipotecaria, se basaba en una cláusula contractual, redactada en base a las normas del artículo 693 LEC. Sin embargo, la demanda que iniciaba el proceso declarativo no tenía su razón de ser en una cláusula contractual que podía ser nula, sino en una base legal, como son los preceptos 1124, 1125 y 1129 del Código civil, artículos que normativamente regulan la pérdida del plazo ante un incumplimiento grave y esencial del contrato[57]. Es por ello, que la acción incoada en el proceso declarativo resultaba inmune a la declaración de nulidad de la estipulación consignada en el contrato, reguladora del vencimiento anticipado[58].

B) Presupuestos para el ejercicio del vencimiento anticipado en un proceso declarativo

Al fundamentarse la demanda declarativa en los preceptos del Código civil, deviene obligatorio examinar si el vencimiento anticipado formalizado en un contrato de préstamo hipotecario cumple los requisitos exigidos en las normas 1124, 1125 y 1129 del Código civil.

Del análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, podemos afirmar que para que el acreedor pueda resolver el contrato, conforme a las directrices del artículo 1124 del Código civil, perdiendo el plazo establecido para el pago de las futuras amortizaciones —precepto 1129 del mismo cuerpo legal— el incumplimiento debe ser esencial[59] y grave[60].

C) Concreción de los presupuestos: esencial y de especial gravedad

Respecto del carácter de esencialidad, su interpretación no presenta especiales problemas prácticos en el ámbito judicial, pues el reconocimiento del pago como elemento esencial de la vida del contrato se encuentra establecido normativamente. Sobre este punto, la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación

con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, conceptualiza el pago aplazado como elemento esencial de la obligación resultante del contrato[61].

Respecto de la determinación de la gravedad, los parámetros no son tan uniformes, existiendo disparidad de criterios judiciales, a efectos de determinar la gravedad del incumplimiento. A efectos de determinar la gravedad del impago, debemos partir de los siguientes elementos.

En primer lugar, no puede acogerse como elemento numérico de referencia, el impago de tres cuotas, regulado en el artículo 693 LEC, por ser una norma no aplicable a los procesos declarativos y solo a las ejecuciones hipotecarias.

En segundo lugar, el incumplimiento debe ser puesto en correlación con la duración y cuantía del préstamo, como nos recuerda el TJUE en su resolución de 14 de marzo de 2013.

Partiendo de estas premisas, los tribunales de justicia han adoptado los siguientes parámetros para calificar el impago de grave:

Primero. El impago debe ser duradero y continuado[62]. Segundo. No debe existir presunción de subsanar la situación de insolvencia, al no pagarse cuota alguna tras la presentación de la demanda[63]. Tercero. Se constata la ausencia de presentación, por parte del deudor, de un plan de pagos o propuesta de cumplimiento del contrato, a examinar por el órgano judicial[64].

D) Posible solución: Aplicación analógica del artículo 24 LCI

Si bien como hemos manifestado, el artículo 24 LCCCI solo se aplicará a los contratos de préstamo hipotecario no vencidos o no judicializados, en el momento de su entrada en vigor, no es menos cierto que las directrices en él contendidas, pueden ser tenidas en cuenta a efectos de solucionar la falta de criterios uniformes respecto a la determinación de la gravedad del impago.

Esta aplicación extensiva de la LCCI, y, en concreto de su norma 24, ya ha sido adoptada por diferentes Audiencias Provinciales. Sirva como ejemplo, la SAP Palma de Mallorca, Sección 3.ª, de 28 de junio de 2019, la cual sostiene que *la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, en su artículo 24 relativo al vencimiento anticipado, distingue entre la primera y la segunda mitad del plazo de amortización, y en la primera mitad se alude al impago de un 3% de la cuantía del capital concedido o 12 cuotas mensuales de amortización, y en la segunda mitad, el impago de un 7% de la cuantía del capital concedido, o 15 cuotas mensuales de amortización. Atendidas las circunstancias antes reseñadas, el impago de 26 cuotas mensuales de amortización en las fechas actuales, se considera un incumplimiento de la suficiente entidad para ser calificado de grave a los efectos de aplicación del artículo 1124 del Código civil*[65].

IV. CONCLUSIONES

I. La aplicación e interpretación judicial de la cláusula de vencimiento anticipado ha resultado ser heterogénea en el tiempo, originando inseguridad jurídica en los justiciables. La STS de 11 de septiembre de 2019, establece los parámetros uniformes de validez de esta estipulación, extremo que supondrá la unificación de criterios judiciales en las ejecuciones hipotecarias y en los procesos declarativos, que se incoan en base a la pérdida del plazo.

II. La STS de 11 de septiembre de 2019, supone a nivel judicial, la solución a más de 18.000 ejecuciones hipotecarias suspendidas en los Tribunales de justicia.

III. La STS de 11 de septiembre de 2019 sienta doctrina civil en los siguientes aspectos. En primer lugar, establece reglas de aplicación dispares en función de si el préstamo es personal o con garantía hipotecaria. En segundo lugar, asevera que los contratos de garantía hipotecaria, en los que existe consignada una cláusula de vencimiento anticipado nula, no pueden subsistir. En tercer lugar, permite la subsanación del contrato nulo, sustituyendo la cláusula abusiva por una disposición nacional de derecho supletorio.

IV. La STS de 11 de septiembre de 2019, a nivel procesal es importante por los siguientes motivos. En primer lugar, modifica el fundamento de la ejecución hipotecaria, la cual deja de sustentarse en una cláusula contractual, para justificarse por la aplicación de un precepto legal, en concreto, la norma 24 LCCI. En segundo lugar, permite el sobreseimiento del proceso, sin efectos de cosa juzgada, ofreciendo la posibilidad al acreedor de incoar una segunda ejecución hipotecaria. En tercer lugar, tras la publicación de la STS, deja de ostentar virtualidad práctica, la incoación de juicios declarativos, en base a las reglas de los preceptos 1124, 1125 y 1129 del Código civil.

V. La STS de 11 de septiembre de 2019, reequilibra la posición de las partes contratantes, pues al exigir el impago de 12 cuotas hipotecarias, se aumenta la proporcionalidad entre el impago y la duración y cuantía del préstamo hipotecario.

V. INDICE DE RESOLUCIONES

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

- STJUE de 26 de marzo de 2019.
- STJUE de 26 de enero de 2017.
- ATJUE de 11 de junio de 2015.
- STJUE de 21 de enero de 2015.
- STJUE de 14 de marzo de 2013.

Tribunal Supremo

- STS de 11 de septiembre de 2019.
- STS de 11 de julio de 2018.
- STS de 25 de abril de 2018.
- STS de 18 de febrero de 2018.
- ATS de 8 de febrero de 2017.
- STS de 18 de febrero de 2016.
- STS de 23 de diciembre de 2015.
- STS de 22 de octubre de 2013.
- STS de 16 de diciembre de 2009.
- STS de 12 de diciembre de 2008.
- STS de 27 de marzo de 1999.

Audiencias Provinciales

- SAP Ourense, Sección 1.ª, de 19 de julio de 2019.

- SAP Palma de Mallorca, Sección 5.ª, de 18 de julio de 2019.
- SAP Barcelona, Sección 11.ª, de 17 de julio 2019.
- SAP Girona, Sección 1.ª, de 15 de julio de 2019.
- AAP Asturias, Sección 7.ª, de 15 de julio de 2019.
- SAP Asturias, Sección 7.ª, de 11 de julio de 2019.
- SAP Girona, Sección 2.ª, de 11 de julio de 2019.
- SAP Pontevedra, Sección 3.ª, de 10 de julio de 2019.
- SAP Madrid, Sección 13.ª, de 5 de julio de 2019.
- AAP Ciudad Real, Sección 1.ª, de 4 de julio de 2019.
- SAP Tarragona Sección 1.ª, de 3 de julio de 2019.
- AAP A Coruña, Sección 6.ª, de 28 de junio de 2019.
- SAP Girona, Sección 1.ª, de 28 de junio de 2019.
- AAP Asturias, Sección 7.ª, de 28 de junio de 2019.
- SAP Palma de Mallorca Sección 5.ª, de 28 de junio de 2019.
- SAP Barcelona, Sección 1.ª, de 28 de junio de 2019.
- AAP Sevilla, Sección 8.ª, de 27 de junio de 2019.
- SAP Palma de Mallorca, Sección 5.ª, de 27 de junio de 2019.
- AAP Girona, Sección 1.ª, de 27 de junio de 2019.
- SAP Tarragona, Sección 1.ª, de 26 de junio de 2019.
- SAP Girona, Sección 1.ª, de 4 de abril de 2019.
- SAP Vizcaya, Sección 5.ª, de 30 de enero de 2019.
- SAP Valencia, Sección 6.ª, de 27 de abril de 2018.
- SAP Pontevedra, Sección 1.ª, de 12 de enero de 2018.
- AAP Valencia, Sección 11.ª, de 29 de diciembre de 2016.
- AAP Santa Cruz de Tenerife, Sección 4.ª, de 21 de diciembre 2016.
- SAP Álava, Sección 1.ª, de 10 de mayo de 2016.
- AAP de Pontevedra, Sección 1.ª, de 30 de octubre de 2015.
- SAP de Alicante, Sección 9.ª, de 30 de mayo de 2014.
- SAP de Valladolid, Sección 3.ª, de 24 de marzo de 2014.
- SAP Barcelona, Sección 13.ª, de 10 de octubre de 2012.

Juzgado de Primera Instancia

- Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Santander, de 8 de marzo de 2016.

NOTAS

[1] STS de 23 de diciembre de 2015, núm. de Recurso: 2658/2013, núm. de resolución: 705/2015. Sostiene la misma argumentación, la STS de 18 de febrero de 2016, núm. de Recurso: 2211/2014, núm. de resolución: 79/2016.

[2] SAP Álava, Sección 1.ª, de 10 de mayo de 2016, núm. de Recurso: 572/2015, núm. de resolución: 160/2016.

[3] STS de 16 de diciembre de 2009, núm. de Recurso: 2114/2005, núm. de resolución: 792/2009.

[4] STS de 18 de febrero de 2018, núm. de Recurso: 2211/2014, núm. de resolución: 79/2016. Sobre la aplicación de la norma 1124 del Código civil a los contratos de préstamo hipotecario, es preciso realizar una matización. No existía una posición unánime respecto de si los contratos de préstamo hipotecario se podrían considerar o no contratos bilaterales, existiendo alguna resolución judicial que le negaba tal naturaleza. Sirva como ejemplo, la

SAP Valencia, Sección 6.ª, de 27 de abril de 2018, en la que se defiende que *el 1124 del Código civil es aplicable para exigir, en las obligaciones recíprocas, el cumplimiento o resolución de la obligación, el contrato de préstamo no es un contrato bilateral, recíproco o sinalagmático, sino un contrato real, no se puede declarar su vencimiento anticipado.* SAP de Valencia, Sección 6.ª, de 27 de abril de 2018, núm. Recurso: 908/2017, núm. de resolución: 205/2018.

Ante esta discusión, que no hubiese permitido aplicar la norma 1124 del Código civil a los contratos de préstamo hipotecario, el Tribunal Supremo decide zanjar la controversia dictando la resolución de 11 de julio de 2018, en la que manifiesta que *en el préstamo con interés cabe apreciar la existencia de dos prestaciones recíprocas y, por tanto, es posible admitir la posibilidad de aplicar, si se da un incumplimiento resolutorio, el artículo 1124 del Código civil, que abarca las obligaciones realizadas o prometidas. De este modo, quien asume el compromiso de entregar el dinero lo hace porque la otra parte asume el compromiso de pagar intereses, y quien entregó el dinero y cumplió su obligación puede resolver el contrato conforme al artículo 1124 del Código civil si la otra parte no cumple su obligación de pagar intereses*. STS de 11 de julio de 2018, núm. de Recurso: 2620/2015, núm. de resolución: 432/2018. Esta también ha sido la tesis defendida por determinadas Audiencias Provinciales. En este sentido, la SAP de Girona, Sección 1.ª, de 15 de julio de 2019, sostiene que *el simple hecho de que el contrato de préstamo devengue intereses es un indicio de que el contrato se perfeccionó por el consentimiento, con independencia de que tal acuerdo se documente con posterioridad, como sucede en el caso litigioso que da lugar al presente recurso de casación. De este modo, quien asume el compromiso de entregar el dinero lo hace porque la otra parte asume el compromiso de pagar intereses, y quien entregó el dinero y cumplió su obligación puede resolver el contrato conforme al artículo 1124 del Código civil si la otra parte no cumple su obligación de pagar intereses.* Núm. de Recurso: 577/2016, núm. de resolución: 510/2019.

[5] La permisibilidad de la inclusión de los supuestos de vencimiento anticipado formalizados en un contrato de préstamo hipotecario en los tipos legales regulados en la norma 1129 del Código civil, se encuentra defendida por la SAP de Palma de Mallorca, Sección 5.ª, de 18 de julio de 2019, en la que se considera que *el impago de una sola cuota hace que el acreedor pueda representarse, con fundamento, la inminencia de la frustración del fin del contrato. Las máximas de experiencia evidencian que cuando se produce ese primer impago suelen seguir los demás porque lo que ocurre es que la situación económica del deudor le hace difícil o imposible atender sus obligaciones, situación que se asemeja a la contemplada en el artículo 1129.1.º del Código civil, esto es, la insolvencia del deudor que produce la pérdida del beneficio del plazo.* Núm. de Recurso: 387/2019, núm. de resolución: 532/2019.

[6] STS de 12 de diciembre de 2008, núm. de resolución: 1124/2008, núm. Recurso: 2027/2003.

[7] La inaplicación de la LCCI a los préstamos hipotecarios ya vencidos, es plasmada jurisprudencialmente en el AAP de Ciudad Real, Sección 1.ª, de 4 de julio de 2019, al sostener que *la reciente ley de Crédito Inmobiliario, conforme a su disposición transitoria 1.ª.4 no sería de aplicación,* una *vez entre en vigor, a aquellos vencimientos declarados con anterioridad.* Núm. de Recurso: 410/2018, núm. de resolución: 84/2019.

[8] La diferencia de la naturaleza de la acción que se ejercita en un proceso de ejecución hipotecaria y en un juicio declarativo se encuentra plasmada en el AAP de Asturias, Sección 7.ª, de 28 de junio de 2019, al manifestar que *no cabe duda que a la apelante le asistiría la facultad de resolver el préstamo en cuestión al amparo del artículo 1.124 del Código civil y la pérdida del plazo cuando media el temor fundado de que el deudor no va a afrontar el cumplimiento de sus obligaciones prevista en el artículo 1.129 del citado texto legal a tenor de la jurisprudencia establecida en la STS de Pleno de 11 de julio de 2018, si bien la ejecutante no ha fundado su pretensión en tales preceptos sino en la cláusula de vencimiento anticipado contenida en la escritura del préstamo.* AAP de Asturias, Sección 7.ª, de 28 de junio de 2019, núm. de Recurso: 201/2019, núm. de resolución: 129/2019. En el mismo sentido, se pronuncia la SAP de Tarragona Sección 1.ª, de 3 de julio de 2019, la cual sostiene que *no pueden compartirse las alegaciones del recurrente, no se interesó por este la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado, confundiendo la resolución interesada por el banco prestamista con la facultad de vencimiento anticipado en virtud de la respectiva cláusula pactada en el*

contrato. SAP de Tarragona Sección 1.ª, de 3 de julio de 2019, núm. de Recurso: 978/2018, núm. de resolución: 259/2019.

[9] STS de 27 de marzo de 1999, núm. de Recurso: 2806/1994, núm. de resolución: 265/1999.

[10] STS de 12 de diciembre de 2008, núm. de Recurso: 2027/2003, núm. de resolución: 1124/2008.

[11] STS de 12 de diciembre de 2008, núm. de Recurso: 2027/2003, núm. de resolución: 1124/2008.

[12] SAP Barcelona, Sección 13.ª, de 10 de octubre de 2012, núm. de Recurso: 869/2011, núm. de resolución: 529/2012.

[13] La situación de inferioridad del consumidor es puesta de manifiesto por la STJUE de 21 de enero de 2015, al considerar que *habida cuenta de la naturaleza y la importancia del interés público que constituye la protección de los consumidores, los cuales se encuentran en una situación de inferioridad en relación con los profesionales, la Directiva 93/13 impone a los Estados miembro, la obligación de prever medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores*. STJUE 21 de enero de 2015, asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13.

[14] STJUE de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11.

[15] La desproporción entre la facultad del acreedor de resolver el contrato ante un impago y las posibilidades de restituir el contrato por el deudor, son puestas de relieve en la SAP de Ourense, Sección 1.ª, de 19 de julio de 2019, al manifestar que *la facultad se atribuye al empresario en base a cualquier incumplimiento, tenga o no la consideración de grave en relación a la duración y cuantía del préstamo, y ello es manifiestamente desproporcionado y, en consecuencia, conforme a los artículos 85.4 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y el artículo 3 de la Directiva 93/13, ha de declararse abusiva*. SAP de Ourense, Sección 1.ª, de 19 de julio de 2019, núm. de Recurso: 436/2018, núm. de resolución: 296/2019.

[16] Vulneración de la norma 82 TRDDCU: *Desde el momento en que la cláusula que se examina prevé el vencimiento anticipado por el impago de cualquier plazo, comporta un desequilibrio importante en los derechos del consumidor, infringiendo lo dispuesto en el artículo 82 LGDCU*. SAP Palma de Mallorca Sección 5.ª, de 28 de junio de 2019, núm. de Recurso: 369/2019, núm. de resolución: 476/2019.

Vulneración de la norma 87 TRDDCU: *La sanción de resolución anticipada de todo el préstamo hipotecario ante cualquier incumplimiento del prestatario, sin ningún grado de proporcionalidad entre dicha facultad y el incumplimiento, provoca un desequilibrio grave entre los derechos de las partes en beneficio del prestamista. Esta cláusula es incardinable en el artículo 87 TRLGGCU por falta de reciprocidad en el contrato, contraria a la buena fe y en perjuicio del consumidor, y, por tanto, abusiva*. SAP de Palma de Mallorca Sección 5.ª, de 28 de junio de 2019, núm. de Recurso: 234/2019, núm. de resolución: 455/2019.

[17] SAP de Alicante, Sección 9.ª, de 30 de mayo de 2014, núm. de Recurso: 713/2013 Núm. de resolución: 277/2014.

[18] SAP de Valladolid, Sección 3.ª, de 24 de marzo de 2014, núm. de Recurso: 355/2013 Núm. de resolución: 75/2014.

[19] *La Directiva 93/13 impone a los Estados miembro, tal como se desprende de su artículo 7, apartado 1, en relación con su vigésimo cuarto considerando, la obligación de prever medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores* STJUE de 21 de enero de 2015, asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13.

[20] *Si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tales contratos, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva 93/13. En efecto, 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, ya que los profesionales seguirían estando tentados de utilizar esas cláusulas al saber que, aun cuando llegara a declararse la invalidez de las mismas*. STJUE de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13.

[21] ATJUE de 11 de junio de 2015, asunto C-602/13. Esta misma tesis, es defendida por nuestra jurisprudencia «menor». En este sentido, la SAP de Barcelona, Sección 15.ª, de 26 de julio de 2019, asevera que *la validez de la cláusula, como hemos dicho, debe analizarse en abstracto.* Núm. de Recurso: 1573/2018, núm. de resolución: 1502/2019.

[22] El reconocimiento judicial de la exigencia de proporcionalidad entre el impago con el contenido del contrato, aparece reflejado en el AAP de A Coruña, Sección 6.ª, de 28 de junio de 2019, el cual sostiene la nulidad de la cláusula al manifestar *que dicha cláusula no modula la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo, ni permite al consumidor evitar su aplicación mediante una conducta diligente de reparación porque permite la resolución por el incumplimiento de un solo plazo. Ahora bien, ello no debe conllevar el archivo de las actuaciones porque la ejecución puede proseguir exclusivamente por las cantidades vencidas e impagadas en el momento de cierre de la cuenta, así como que la misma se pueda ampliar a las cantidades que se dejen de abonar con posterioridad a dicho momento.* AAP de A Coruña, Sección 6.ª, de 28 de junio de 2019, núm. de Recurso: 89/2018, núm. de resolución: 73/2019.

[23] STS de 23 de diciembre de 2015, núm. de Recurso: 2658/2013, núm. de resolución: 705/2015. Los argumentos contenidos en esta resolución, se reafirman en la STS de 18 de febrero de 2016, núm. de Recurso: 2211/2014, núm. de resolución: 79/2016. En este sentido, como sostiene, el AAP de Pontevedra, Sección 1.ª, de 30 de octubre de 2015: *el precepto* (693 LEC) *se limita a fijar un suelo mínimo para valorar el incumplimiento, por debajo del cual se impide* ex lege *el vencimiento anticipado, pero ello no obsta a que, en función de las circunstancias particulares de cada caso, ese suelo sea irrelevante atendiendo a la cuantía y duración del contrato y, por tanto, susceptible del control de abusividad. Únicamente así cabría entender que la norma respeta la exigencia jurisprudencial de que el cumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo.* AAP de Pontevedra, Sección 1.ª, de 30 de octubre de 2015, núm. de Recurso: 504/2015, núm. de resolución: 201/2015.

[24] El impago de las cuotas es calificado por nuestros órganos judiciales como de esencial. Sobre este punto, la SAP de Tarragona, Sección 1.ª, de 26 de junio de 2019, considera que *dicho incumplimiento, debe calificarse de esencial, pues afecta a la principal obligación de los prestatarios, que es la devolver el préstamo, es además grave, y frustra la finalidad del contrato y el derecho del prestamista a que le sea devuelta la cantidad prestada*. Núm. de Recurso: 933/2018, núm. de resolución: 251/2019.

[25] El análisis de la proporcionalidad debe efectuarse en base a dos parámetros: la duración y la cuantía del contrato, como aparece reflejado en la SAP de Palma de Mallorca, Sección 5.ª, de 27 de junio de 2019, al manifestar que *la sanción de resolución anticipada de todo el préstamo hipotecario ante cualquier incumplimiento del prestatario, sin ningún grado de proporcionalidad entre dicha facultad y el incumplimiento, provoca un desequilibrio grave entre los derechos de las partes en beneficio del prestamista, con una consecuente falta de proporcionalidad entre la sanción y el incumplimiento en un préstamo hipotecario, con un principal de 154.460 euros, cuya duración inicialmente prevista en cuanto a su amortización es de 30 años, esto es, respecto a un contrato destinado a perdurar durante 30 años por el solo hecho de que el consumidor deje de abonar una sola mensualidad.* SAP de Palma de Mallorca, Sección 5.ª, de 27 de junio de 2019, núm. de Recurso: 234/2019, núm. de resolución: 455/2019.

[26] La dificultad en la que se encuentra el deudor, para evitar el vencimiento anticipado es resaltado por la STS de 18 de febrero de 2016, al aseverar que *la cláusula controvertida no supera tales estándares pues, aunque pueda ampararse en las mencionadas disposiciones de nuestro ordenamiento interno, ni modula la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo, ni permite al consumidor evitar su aplicación mediante una conducta diligente de reparación (aunque con posterioridad lo haya permitido la legislación cuando el bien hipotecado es la vivienda habitual —art. 693.3, párrafo 2, LEC—, en redacción actual dada por Ley 19/2015, de 13 de julio).* STS de 18 de febrero de 2016, núm. de Recurso: 2211/2014, núm. de resolución: 79/2016.

[27] Los hechos, en base a los cuales el Tribunal Supremo considera que se produciría un perjuicio para ambas partes procesales, en caso de proceder al sobreseimiento de la ejecución hipotecaria, se plasman en las resoluciones de 18 de febrero de 2016, núm. de Recurso:

2211/2014, núm. de resolución: 79/2016 y de 23 de diciembre de 2015, núm. de Recurso: 2658/2013, núm. de resolución: 705/2015, y se concretan en los siguientes:

Respecto del acreedor: *La existencia de una cláusula abusiva no debe desplegar todos sus efectos, pues, de lo contrario, tal decisión perjudicaría tanto el acceso al crédito hipotecario como a las entidades prestamistas, que se verían avocadas a acudir a procesos declarativos, obstaculizando la efectividad de la garantía real. Asimismo, la espera del incumplimiento total del contrato, a efectos de reclamar lo debido, resultaría un perjuicio excesivo para el prestamista, cuando la duración media de los plazos pactados se acerca a los 26 años.*

Respecto del deudor: Se perdería *la facultad de enervar la acción hipotecaria,* se perdería la posibilidad de reducir la deuda, en base a los porcentajes determinados en el artículo 579 LEC, y existirá el peligro de fijar tasaciones bajas del bien.

[28] STS de 23 de diciembre de 2015, núm. de Recurso: 2658/2013, núm. de resolución: 705/2015.

[29] STS de 23 de diciembre de 2015, núm. de Recurso: 2658/2013, núm. de resolución: 705/2015.

[30] A favor del sobreseimiento de la ejecución hipotecaria se manifiesta, el AAP de Valencia, Sección 11.ª, de 29 de diciembre de 2016, al defender que *no cabe la menor duda de que la integración contractual atendido el uso que ha hecho el ejecutante de la cláusula, no favorece ni beneficia los intereses o la posición jurídica del consumidor, y no solo porque expresamente así lo ha manifestado, sino también porque de la no integración del contrato deriva el sobreseimiento de la ejecución, al dimanar la exigibilidad de la deuda de la facultad de resolución unilateral anticipada dicha, que ha de ser tenida por no puesta, (….) el ejecutante habrá de hacer valer su derecho en el proceso declarativo que corresponda por incumplimiento de la parte prestataria, o lo que es lo mismo, por las causas establecidas en la legislación vigente, conforme al artículo 1.124 del Código civil, si a su derecho conviene*. AAP de Valencia, Sección 11.ª, de 29 de diciembre de 2016, núm. de Recurso: 263/2016, núm. de resolución: 624/2016.

[31] A favor de la prosecución de la tramitación de la ejecución hipotecaria, el AAP Santa Cruz de Tenerife, Sección 4.ª, de 21 de diciembre 2016, sostiene que *en el caso de autos, la finca hipotecada es o era la vivienda habitual de los deudores hipotecantes, y la ley establece un medio adecuado y eficaz para neutralizar los efectos del vencimiento anticipado, siendo esta una de las circunstancias que el TJUE señala que debe tenerse en cuenta a la hora de valorar la posible abusividad de la cláusula, y, por ende, debe tenerse en cuenta también para no acordar el sobreseimiento del proceso.* AAP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 4.ª, de 21 de diciembre 2016, núm. de Recurso: 327/2016, núm. de resolución: 241/2016.

[32] Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Santander, de 8 de marzo de 2016, de Núm. de Recurso: 484/2013.

[33] STJUE de 26 de enero de 2017, asunto C-421/14.

[34] ATS de 8 de febrero de 2017, núm. de Recurso: 1752/2014.

[35] STJUE de 26 de marzo de 2019, asuntos acumulados C-70/17 y C-179/17.

[36] En este sentido, el AAP de Asturias, Sección 7.ª, de 28 de junio de 2019, sostiene que *no cabe admitir el mantenimiento parcial de dichas cláusulas pues, de otro modo, se menoscabaría directamente el efecto disuasorio, doctrina de la que se deduce que no cabe tampoco anular parcialmente la cláusula que permite el vencimiento anticipado en caso de impago total o parcial de una sola cuota de capital o interés, sin alterar su esencia dejando subsistente el resto*. AAP de Asturias, Sección 7.ª, de 28 de junio de 2019, núm. de Recurso: 7/2019, núm. de resolución: 124/2019. En el mismo sentido, se pronuncia, el AAP Sevilla, Sección 8.ª, de 27 de junio de 2019, núm. de Recurso: 11751/2017, núm. de resolución: 329/2019.

[37] STJUE de 26 de marzo de 2019, asuntos acumulados C-70/17 y C-179/17.

[38] STJUE de 26 de marzo de 2019, asuntos acumulados C-70/17 y C-179/17.

[39] STJUE de 26 de marzo de 2019, asuntos acumulados C-70/17 y C-179/17.

[40] La mayoría de la doctrina judicial se ha posicionado a favor de la tesis consistente en defender la validez del contrato, a pesar de la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado, tal y como refleja el AAP de Sevilla, Sección 8.ª, de 27 de junio de 2019, al considerar que *la supresión total de dicha cláusula de vencimiento anticipado no da, en ningún caso, lugar a la nulidad del contrato contenido en el título.* AAP de Sevilla, Sección 8.ª, de 27 de junio de 2019, núm. de Recurso: 11751/2017, núm. de resolución: 329/2019. En el

mismo sentido, se pronuncian la SAP Asturias, Sección 7.ª, de 11 de julio de 2019, núm. de Recurso: 568/2018, núm. de resolución: 271/2019 y el AAP de Girona, Sección 1.ª, de 27 de junio de 2019, núm. de Recurso: 274/2018, núm. de resolución: 163/2019.

[41] STJUE de 26 de marzo de 2019, asuntos acumulados C-70/17 y C-179/17.

[42] AAP de Asturias, Sección 7.ª, de 15 de julio de 2019, núm. de Recurso: 210/2017, núm. de resolución: 139/2019.

[43] AAP de Sevilla, Sección 8.ª, de 27 de junio de 2019, núm. de Recurso: 11751/2017, núm. de resolución: 329/2019.

[44] AAP de Asturias, Sección 7.ª, de 28 de junio de 2019, núm. de Recurso: 7/2019, núm. de resolución: 124/2019.

[45] STS de 11 de septiembre de 2019, núm. de Recurso: 1752/2014 Núm. de resolución: 463/2019.

[46] STS de 11 de septiembre de 2019, núm. de Recurso: 1752/2014 Núm. de resolución: 463/2019.

[47] STS de 11 de septiembre de 2019, núm. de Recurso: 1752/2014 Núm. de resolución: 463/2019.

[48] STS de 11 de septiembre de 2019, núm. de Recurso: 1752/2014 Núm. de resolución: 463/2019.

[49] SSTS de 23 de diciembre de 2015, núm. de Recurso: 2658/2013, núm. de resolución: 705/2015 y de 18 de febrero de 2016, núm. de Recurso: 2211/2014, núm. de resolución: 79/2016.

[50] STJUE de 26 de marzo de 2019, asuntos acumulados C-70/17 y C-179/17.

[51] STS de 11 de septiembre de 2019, núm. de Recurso: 1752/2014 Núm. de resolución: 463/2019.

[52] STS de 11 de septiembre de 2019, núm. de Recurso: 1752/2014 Núm. de resolución: 463/2019.

[53] STS de 11 de septiembre de 2019, núm. de Recurso: 1752/2014 Núm. de resolución: 463/2019.

[54] STS de 11 de septiembre de 2019, núm. de Recurso: 1752/2014 Núm. de resolución: 463/2019.

[55] STS de 11 de septiembre de 2019, núm. de Recurso: 1752/2014 Núm. de resolución: 463/2019.

[56] La posibilidad de acudir el acreedor a los juicios declarativos para reclamar su crédito, es reconocida, entre otras, en las siguientes resoluciones: SAP de Pontevedra, Sección 3.ª, de 10 de julio de 2019, núm. de Recurso: 208/2019, núm. de resolución: 283/2019, SAP de Madrid, Sección 13.ª, de 5 de julio de 2019, núm. de Recurso: 34/2019, núm. de resolución: 245/2019, SAP de Girona, Sección 1.ª, de 15 de julio de 2019, Núm. de Recurso: 577/2016, núm. de resolución: 510/2019, AAP de Asturias, Sección 7.ª, de 11 de julio de 2019, núm. de Recurso: 568/2018, núm. de resolución: 271/2019, y SAP de Girona, Sección 1.ª, de 28 de junio de 2019, núm. de Recurso: 42/2017, núm. de resolución: 489/2019.

[57] SAP de Vizcaya, Sección 5.ª, de 30 de enero de 2019, núm. Recurso: 306/2018, núm. de resolución: 29/2019.

[58] *Hemos dicho en otras resoluciones, que es posible al acreedor acudir a la acción prevista en el artículo 1124 del Código civil cuando el deudor incumple la obligación de pago de la deuda, pese a la declaración de nulidad por abusiva de la cláusula de vencimiento anticipado.* SAP de Barcelona, Sección 1.ª, de 28 de junio de 2019, núm. de Recurso: 657/2018, núm. de resolución: 443/2019.

[59] Para *reconocerle fuerza resolutoria, el incumplimiento, además de no excusable, ha de ser esencial, porque la estricta observancia de la obligación forme parte de lo pactado en el contrato.* STS de 22 de octubre de 2013, núm. de Recurso: 1055/2011, núm. de resolución: 604/2013.

[60] *La jurisprudencia más reciente 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.* STS de 25 de abril de 2018, núm. de Recurso: 772/2015, núm. de resolución: 247/2018.

[61] El carácter de esencial del pago no solo es reconocido normativamente sino también jurisprudencialmente. Así, la SAP de Barcelona, Sección 11.ª, de 17 de julio 2019, sostiene

que *ante el incumplimiento grave de la obligación esencial de amortización de las cuotas por el prestatario sin que desde que se produjo el primer impago se haya puesto de manifiesto la voluntad de efectuar el pago, concurren los requisitos para hacer perder al deudor el beneficio del plazo y que el acreedor reclame íntegramente la deuda pendiente.* SAP de Barcelona, Sección 11.ª, de 17 de julio 2019, núm. de Recurso: 491/2018, núm. de resolución: 472/2019.

[62] SAP de Pontevedra Sección 3.ª, de 10 de julio de 2019, núm. de Recurso: 208/2019, núm. de resolución: 283/2019.

[63] SAP de Pontevedra, Sección 1.ª, de 12 de enero de 2018, núm. Recurso: 822/2017, núm. de resolución: 16/2018.

[64] SAP de Girona, Sección 1.ª, de 4 de abril de 2019, núm. Recurso: 251/2018, núm. de resolución: 266/2019.

[65] SAP de Palma de Mallorca, Sección 3.ª, de 28 de junio de 2019, núm. de Recurso: 156/2019, núm. de resolución: 265/2019. En el mismo sentido, vid. SAP de Girona, Sección 2.ª, de 11 de julio de 2019, núm. de Recurso: 793/2018, núm. de resolución: 300/2019 y SAP de Tarragona, Sección 1.ª, de 26 de junio de 2019, núm. de Recurso: 933/2018, núm. de resolución: 251/2019.

ACTUALIDAD JURÍDICA

Información de actividades

ANDALUCÍA

El Tribunal de Cuentas, en la Universidad de Sevilla ha organizado del 15 al 17 de octubre de 2019 el curso «*El Tribunal de Cuentas: experiencia práctica y análisis de la nueva Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público*».

Impacto y consecuencias en el ámbito jurisdiccional, en el control externo de la gestión pública, en el control de la contabilidad de los partidos políticos y otras cuestiones de actualidad.

Dirección y Coordinación:
Director: Excmo. Sr. D. José Manuel SUÁREZ ROBLEDANO
Presidente de la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas
Secretario: Ilmo. Sr. D. Manuel José ALONSO NÚÑEZ
Delegado Instructor del Tribunal de Cuentas

Coordinadores:
Sr. D. Antonio Luis FAYA BARRIOS. Letrado Coordinador del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía.
Sr. D. Emilio GUICHOT REINA. Director del Instituto García Oviedo de la Universidad de Sevilla.
Dña. Beatriz IDÍGORAS MOLINA. Coordinadora de Secretaría General. Letrada Jefe del Gabinete Jurídico de la Cámara de Cuentas.

Participan: Cortes Generales, Consejo General del Poder Judicial, Fiscalía General del Estado, Cour de Comptes de Francia, Transparency International- España.

Comisión Académica
D. Manuel José ALONSO NÚÑEZ
D. Antonio FAYA BARRIOS

D. Emilio GUICHOT REINA
Dña. Beatriz IDÍGORAS MOLINA
D. Jesús JORDANO FRAGA
D. José Luis LLEDÓ GONZÁLEZ
Dña. Mariola PÉREZ PINO
D. Juan José PRETEL SERRANO
D. José Manuel SUÁREZ ROBLEDANO

Objetivos del Curso

El objetivo del curso es propiciar un fructífero debate e intercambios de experiencias y conocimientos sobre las cuestiones suscitadas por la nueva Ley de Contratación del Sector Público de 2017, que entró en vigor en marzo del pasado año, y estudiar y dar soluciones a los problemas que conlleva su aplicación.

En este sentido, las jornadas cuentan con la participación de un numeroso grupo de técnicos en las materias que tratarán de explicar las novedades más relevantes de la Ley y los principales retos que deberán afrontar las distintas instituciones españolas en los próximos años para adecuarse a esta normativa singular.

Programa Académico

Martes 15
La contratación pública: El control por el Tribunal de Cuentas y los Ocex

Miércoles 16
Fiscalización y consecuencias jurídicas de la contratación pública

Jueves 17
Contratación pública, control y garantías

Conclusión y entrega de diplomas

Excma. Sra. Dña. Meritxel BATET LAMAÑA. Presidenta del Congreso de los Diputados
Excmo. Sr. D. Juan Manuel MORENO BONILLA. Presidente de la Junta de Andalucía
Excma. Sra. Dña. María José DE LA FUENTE Y DE LA CALLE. Presidenta del Tribunal de Cuentas.

Excmo. Sr. D. José Manuel SUÁREZ ROBLEDANO. Presidente de la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas.
Excmo. Sr. D. Miguel Ángel CASTRO ARROYO. Rector de la Universidad de Sevilla.
Excma. Sra. Dña. Ana TÁRRAGO RUIZ. Fiscal Superior de la Comunidad Autónoma de Andalucía.
Ilma. Sra. Dña. María Emilia ADÁN GARCÍA. Decana del ilustre Colegio de Registradores de España.
Ilmo. Sr. D. José Luis LLEDÓ. Decano del Ilustre Colegio Notarial de Andalucía. Vicepresidente del Consejo General del Notariado.

El 28 de octubre de 2019, la Cátedra de Derecho Registral ha organizado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla, una conferencia impartida por la Profesora Dra. Monika NIEDERMAY. Profesora Titular de Derecho Civil. Universidad de Innsbruck (Austria), sobre el tema: «*El ABGB austríaco y el sistema registral en Austria*».

ARAGÓN

En el mes de noviembre tuvieron lugar los VIGESIMONOVENOS ENCUENTROS DEL FORO DE DERECHO ARAGONÉS (con los que colabora este Decanato), con el siguiente programa:

5 de noviembre, Zaragoza

Los pactos sucesorios: Su vigencia hoy y su tratamiento tributario.
Ponente: D. Javier José PALAZÓN VALENTÍN, notario
Coponentes: D. Javier OÑATE CUADROS, notario, D. Francisco POZUELO ANTONI, director general de Tributos

12 de noviembre, Zaragoza

Libertad religiosa en la escuela aragonesa y en la apertura de centros de culto.
Libertades públicas y escuela aragonesa: controversias jurisprudenciales en materia de apertura de centros, conciertos educativos, clases de religión y educación en centros exclusivamente femeninos y masculinos.
Ponente: D. Juan Carlos ZAPATA HÍJAR, magistrado, presidente de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJA.
Una visión de las controversias educativas con incidencia en la libertad religiosa desde El Justicia de Aragón.
Dña. María Jesús CRUZ GIMENO, asesora de Educación del Justicia de Aragón.

Legislación aplicable a la apertura de lugares de culto.
D. Fernando ZAMORA MARTÍNEZ, Letrado del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza.

19 de noviembre, Teruel

La nueva normativa aragonesa en materia de discapacidad a la luz de la convención de Nueva York: Visión de conjunto y novedades procesales.
Ponente: Dña. María Victoria MAYOR DEL HOYO, profesora titular de Derecho civil, directora del Departamento de Derecho privado, Universidad de Zaragoza.
Coponentes: D. Rafael LÓPEZ-MELÚS MARZO, letrado de la Administración de Justicia, Juzgado de 1.ª Instancia núm. 13 de Zaragoza. Dña. Nuria SOUTO ABAD, letrada del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza.

Los días 14 y 15 de noviembre, el Colegio de Administradores de Fincas de Aragón organizó las VI JORNADAS JURÍDICAS ARAGONESAS DE PROPIEDAD HORIZONTAL, con el siguiente programa:

Jueves 14

Inauguración oficial a cargo de D. Ángel DOLADO PÉREZ, Justicia de Aragón, y D. Miguel RUIZ LOZONDO, presidentes del Colegio Territorial de Administradores de Fincas de Aragón.

Ponencia 1 (Mesa redonda)

Cuestiones prácticas en materia laboral dentro de las Comunidades de Propietarios.
Ponentes: D. Jorge SERRALLER MANZANO, jefe de Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Zaragoza; D. Mariano ÁLVAREZ PINA, secretario de Negociación Colectiva y Acción Sindical de la Federación de Construcción y Servicios de CCOO; D. Esteban LAUROBA DE GORRIZ, secretario de Acción Social y Comunicación de UGT.
Modera: D. Diego LÁZARO TOBAJAS

Ponencia 2

Cláusulas abusivas en los contratos relacionados con las Comunidades de Propietarios
Ponentes: D. Antonio Luis PASTOR OLIVER, magistrado de la Sección 5.ª de la APZ; D. Juan Carlos CAMPO HERNANDO, abogado.
Modera: Dña. Eloísa GIMENO RODAS

Ponencia 3 (Mesa redonda)

Mediación: *Aplicación práctica para los Administradores de fincas*
Ponentes: D. Javier CRESPO JORDAN, abogado, administrador de fincas.
Mediador: D. José Luis ARGUDO PÉRIZ, profesor titular de Dcho. civil, coordinador de la Comisión de Mediación Colegios Profesionales, Universidad de Zaragoza, director del Experto Universitario en Mediación.
Modera: D. Germán PARDIÑAS ORTÍN

Viernes 15

Ponencia 4

La profesión de administrador de fincas: Retos actuales y perspectivas
Ponente: D. Francisco NEMESIO CASABÁN, abogado, jefe de la Asesoría Jurídica del C.T. de AAFF de Valencia y Castellón y asesor jurídico del Consejo Valenciano de Colegios de AAFF.
Modera: Dña. M.ª Antonia BIELSA BLAS

Ponencia 5

Reglamentación de las Viviendas de uso turístico: El problema competencial y su trascendencia en la Propiedad Horizontal.
Ponente: D. Javier HERNÁNDEZ GARCÍA, lugarteniente del Justicia de Aragón.
Modera: Dña. Verónica RUIZ HERRERA

Conclusiones
Dña. Eloísa GIMENO RODAS, abogada, asesora jurídica del Colegio de Administradores de Fincas de Aragón.
Clausura
Dña. Verónica VILLAGRASA DOLSA, directora general de Vivienda del Departamento de Vertebración del Territorio, Movilidad y Vivienda. D. Miguel RUIZ LIZONDO, presidente del Colegio Territorial de Administradores de Fincas de Aragón.

El día 19 de noviembre, el Consejo Económico y Social de Aragón, organizó la jornada en la que bajo el título *Brecha salarial por género en Aragón: Entre la tradición y las nuevas realidades,* se presentó el estudio del CESA *«Brecha salarial por género en Aragón: algunas propuestas para*

reducirla», dirigido por los profesores de la Universidad de Zaragoza, Inmaculada GARCÍA y Víctor MONTUENGA. A continuación, tuvo lugar una mesa de debate moderada por la directora del Observatorio de Igualdad de Género de la Universidad de Zaragoza.

El día 21 de noviembre, D. José Luis ARTERO FELIPE, académico correspondiente de la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, leyó su discurso académico bajo el título «Sucesiones, herencias y testamentos en la historia del cine. Un estudio del Derecho Foral Aragonés». La contestación corrió a cargo del académico de número D. Luis ALBERTO GIL NOGUERAS.

MADRID

El 13 de diciembre de 2019, en el Colegio de Registradores de España, Diego de León 21, se ha organizado:

Jornada sobre el futuro de las garantías mobiliarias en un entorno globalizado.

Coorganizadores: Centro para la Investigación del Derecho Registral de la Universidad Autónoma de Madrid (CIDRE-UAM), Colegio de Registradores de España y Proyecto de Investigación DER 2017-85585-P

10:00 h. Presentación de la Jornada

D. Juan Luis GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE
Director del Servicio de Estudios del Colegio de Registradores

10:05 h. *El Registro de Bienes Muebles: avances y cuestiones pendientes*

D. Javier GÓMEZ GÁLLIGO
Registrador de la Propiedad y Mercantil; Letrado de la DGRN y Notario en excedencia.

10:30 h. *Las garantías mobiliarias en los trabajos de UNIDROIT y UNCITRAL; lecciones para España*

D. Iván HEREDIA CERVANTES
Profesor Titular de Derecho internacional privado de la UAM, Asociado en Garrigues y Director del CIDRE

10:55 h. *Garantías y derecho de ejecución separada en el concurso*

D. Borja GARCÍA-ALAMÁN
Socio del Departamento de Reestructuraciones e Insolvencias de Garrigues

11:20 h. Debate

11:45 h. Pausa-café

12:00 h. Leasing y concurso

D. Andrés GUTIÉRREZ GILSANZ
Profesor Titular de Derecho mercantil de la URJC y Asociado Garrigues

12:25 h. Security rights in the Directive (EU) 2019/23 on preventive restructuring frameworks: a view from the Netherlands and Spain

D. Michael VEDER
Professor of Private Law, Radboud University
D. Francisco J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ
Catedrático de Derecho Internacional privado de la UAM y Of-Counsel en Linklaters

13:15 h. Debate

13:30 h. Clausura

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS

CALLEJO RODRÍGUEZ, Carmen, *Trabas al derecho de visita, responsabilidad y mediación,* Reus, Madrid, 2019, 231 págs.

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT
Profesora Contratada Doctora de Derecho civil. UCM.

La monografía que se presenta constituye un estudio de las trabas que, en ciertos casos, pone uno de los padres al ejercicio del derecho de visita por el otro progenitor, y las consecuencias que se pueden derivar en el ámbito civil y penal, así como las soluciones alternativas a que cabe acudir en esta situación.

La presente obra se estructura en tres capítulos. El primero de ellos, se dedica al examen del derecho de visita de los padres, en el que se destaca que si bien el artículo 94.1 del Código civil parece configurarlo como un derecho subjetivo del progenitor no custodio, constituye, como han entendido la doctrina y la jurisprudencia, un derecho-deber o derecho-función de naturaleza familiar, en tanto es un derecho y deber de los padres, reflejo del derecho de los hijos a relacionarse con ellos (art. 160 CC), y de ciertas obligaciones, como la de velar por los hijos y procurarles una formación integral. Con el derecho de visita no se protege solamente, ni siquiera de modo principal, el interés del progenitor no custodio, sino el interés del hijo. En consecuencia, aquel no puede ejercitarlo a su arbitrio o no ejercitarlo, pues tal conducta positiva o negativa puede constituir el incumplimiento de un deber jurídico que acompaña inseparablemente a su condición de derecho presidido por el interés superior del menor consagrado en el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor.

A continuación, se estudia la problemática que presenta el incumplimiento del régimen de visitas, ya sea por el progenitor custodio como por el no custodio, y se examinan las consecuencias civiles y penales que se pueden derivar. Asimismo, se acomete un exhaustivo análisis de la protección del derecho de visita como forma de respeto de la vida familiar en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que de forma reiterada ha señalado que «para un padre y su hijo, estar juntos representa un elemento fundamental de la vida familiar». Como pone de manifiesto la autora, la jurisprudencia de este Tribunal entiende que la protección de la vida familiar del artículo 8 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Públicas (CEDH) en relación al derecho examinado comprende dos tipos de obligaciones para las autoridades de los Estados miembro: la obligación negativa de abstenerse de tomar medidas que causen la ruptura de los vínculos familiares, pues el artículo 8 tiene como finalidad esencial prevenir al individuo contra las injerencias arbitrarias de los poderes públicos; y la obligación positiva de asegurar que la vida familiar en-

tre padres e hijos continúe tras el ruptura de la convivencia, o a pesar de su ausencia si nunca ha existido. En este sentido, los padres tienen derecho a que las autoridades internas adopten las medidas específicas que propicien el hecho de que pueda reunirse con su hijo, dando pasos encaminados a facilitar dichas reuniones, lo que conlleva también todo un conjunto de medidas preparatorias que permitan llegar a ese resultado, teniendo en cuenta que una falta de cooperación entre padres separados no dispensaría a las autoridades competentes de poner en marcha todos los medios susceptibles de permitir el mantenimiento del vínculo familiar. Por otra parte, en virtud del artículo 41 CEDH, cuando el Tribunal constata que las autoridades nacionales a través de una acción positiva o negativa impidieron u obstaculizaron el ejercicio del derecho de visita del progenitor demandante, vulnerando su derecho al respeto de la vida familiar garantizado por el artículo 8 CEDH, podrán acompañar la condena de la obligación de pago de la indemnización adecuada para la reparación del daño moral cierto causado por ese comportamiento, siempre que tal daño no pueda ser reparado únicamente con la constatación de la violación del Convenio. Además, puede conceder al demandante la indemnización del perjuicio material sufrido y el reembolso, no solamente de las costas y gastos satisfechos ante los órganos del Convenio, sino también de los satisfechos ante los Tribunales nacionales para prevenir o corregir la violación del derecho.

Igualmente se examina cómo en el orden contencioso-administrativo, los tribunales han estimado en algunas de sus resoluciones las demandas interpuestas por los padres contra la Administración en reclamación de resarcimiento del daño moral sufrido a causa de la privación de la compañía de los hijos, derivado de una inadecuada declaración de desamparo y de acogimiento, que apartó de forma temporal o definitiva, y sin causa justificada, a un menor de su familia biológica. Como concluye la autora, estas resoluciones suponen un reconocimiento del derecho de resarcimiento que corresponde a los padres si se les priva por una actuación antijurídica de la Administración de la relación personal con sus hijos, ocasionando una frustración y sufrimiento constitutivo de daño moral, e incluso en algunas ocasiones, de daño a la salud. Esta afirmación no se ve contradicha por la existencia de resoluciones que excluyan la pretensión resarcitoria por no concurrir alguno de los presupuestos necesarios para estimar procedente la responsabilidad de la Administración Pública, como es la antijuridicidad del daño, ya que lo destacable no es que se aprecie su concurrencia en todo caso, sino que se admita el remedio resarcitorio para reparar los daños causados a los padres en estos casos.

Siguiendo esta línea argumental, en el segundo capítulo se estudia el progresivo reconocimiento de la posibilidad de acudir al régimen de la responsabilidad extracontractual, al amparo del artículo 1902 del Código civil, para exigir la reparación de los daños morales o patrimoniales causados por el progenitor que incumple el régimen de visitas, o bien por el que obstaculiza o impide injustificadamente al otro que disfrute del régimen de comunicación con sus hijos. En este sentido se pone de manifiesto cómo se ha abierto paso en los últimos años en nuestros tribunales a la vía indemnizatoria por los daños sufridos por uno de los progenitores a causa del comportamiento impeditivo o gravemente obstaculizador del otro progenitor en el desarrollo del derecho de visita. Se analizan los pronunciamientos judiciales que han afrontado el examen de esta cuestión y los presupuestos que han de concurrir para estimar procedente el deber de resarcir los daños causados, para concluir que ante el incumplimiento del derecho de visita no cabe acudir solamente a las soluciones previstas por el Derecho de familia sino también al Derecho de daños, siempre que existan daños resarcibles, al amparo del artículo 1902 del Código civil.

Finalmente, en el tercer capítulo, se examina el modo en que los Puntos de Encuentro Familiar y la mediación pueden permitir reconducir el conflicto existente en estos supuestos y hacer realidad el derecho de los hijos a mantener relaciones personales con sus padres, pues los medios coercitivos que ofrece el ordenamiento no siempre resultan adecuados o suficientes para afrontar estas situaciones. En efecto, como expone la autora, a veces resulta necesario acudir a nuevos sistemas alternativos que, priorizando el interés del menor, faciliten el desarrollo del régimen de visitas, minimizando las consecuencias negativas que le pudiera ocasionar la ruptura familiar, y si cabe, reducir el nivel de confrontación entre los padres para normalizar su relación. Con tal finalidad, los Puntos de Encuentro Familiar tratan de dar respuesta, a través de una intervención temporal y desde el ámbito psicosocial, a los casos en que existe una alta conflictividad en el ejercicio del derecho de visita. Esta intervención se lleva a cabo por profesionales en un lugar neutral y de acuerdo con las pautas que en su caso establezca la autoridad judicial o administrativa competente, siendo sus objetivos generales favorecer el cumplimiento del derecho del menor a mantener la relación con ambos padres estableciendo los vínculos necesarios para su buen desarrollo psíquico, afectivo y emocional, prevenir situaciones de violencia, y orientar y apoyar a los padres para que consigan la autonomía necesaria en el ejercicio de la coparentalidad sin depender del punto de encuentro, prestando los servicios asistenciales adecuados para este objetivo.

Finalmente, se afronta el estudio de la mediación familiar en tanto constituye en muchos casos el cauce idóneo para reconducir las disputas que dan origen al incumplimiento por cualquiera de los progenitores del régimen de visitas, ya sea para asistir en la negociación tendente a la fijación del régimen de relaciones personales del no custodio con sus hijos menores, facilitando que sean las propias partes quienes tomen las decisiones, como también para intervenir ante un incumplimiento sistemático de lo ya resuelto judicialmente o pactado en convenio regulador.

Como habrá podido apreciarse, nos hallamos, en definitiva, ante una excelente obra realizada con todo el rigor científico que corresponde a una labor investigadora y que, además, consigue acercarnos a la realidad y actualidad de los temas que aborda. Por eso, su consulta resulta completamente indispensable para todos los estudiosos del Derecho Civil, sino también para los profesionales que ejercen su trabajo en el ámbito del Derecho de familia (abogados, jueces, mediadores y profesionales interesados en la resolución extrajudicial de conflictos).

RICCIO Angelo, *La propiedad en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos,* Madrid, Reus, 2018.

por

FÁTIMA YÁÑEZ VIVERO
Catedrática de Derecho civil
UNED

«El amplio espectro del derecho de propiedad: tutela del crédito y expropiación»

1. LOS «DIÁLOGOS» CON EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Siguiendo la estela de quien fue su maestro, el Profesor RICCIO (Titular acreditado en la Universidad de Bolonia) despliega un amplio y rico «diálogo con la jurisprudencia» del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, aunque no solo. Su particular «diálogo» se extiende, también, a la Corte Costituzionale, Corte Suprema y tribunales inferiores. Esa especie de nuevo género jurídico literario que el Profesor GALGANO, maestro de Angelo RICCIO, creó siguiendo, a su vez, la senda de Walter BIGIANI, ha sido bautizado bajo el nombre de «diálogos con la jurisprudencia».

Una primera lectura de la monografía del Profesor RICCIO pudiera llevar a pensar que, en realidad, son monólogos lo que el autor lleva a cabo porque no hay respuesta de la otra parte: los jueces. Sin embargo, esa primera imagen no es certera porque en la palabra «diálogo» hay una falsa etimología o etimología popular que nos lleva a pensar que el diálogo es una conversación (palabra-logo) entre dos personas (*di*) y, en verdad, el prefijo griego no es *di* (dos) sino *dia* (a través de). Por lo tanto, el significado etimológico de «diálogo» es el de «palabra o discurso que va de un lado a otro», «discurso cruzado», «intercambio de palabras». Y es que la monografía del Profesor RICCIO está llena de este intercambio y de constantes preguntas —aunque los interrogantes no sean explícitos— a los jueces, a los operadores jurídicos y a los estudiosos de la poliédrica figura del derecho de propiedad.

En España, el libro del Profesor RICCIO es una obra absolutamente necesaria, a mi juicio, para tomar conciencia de la trascendencia enorme que tiene el Convenio europeo de Derechos Humanos, conciencia que los colegas de algunos países de nuestro entorno han tomado hace ya unas cuantas décadas respecto a lo que se ha denominado «patrimonio constitucional europeo» y que empapa el acervo jurídico de los ciudadanos. Como nos recuerda el Profesor ESPEJO LERDO DE TEJADA, prologuista de la obra, el artículo 5 bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que la eventual declaración del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, acerca de violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos por parte de una resolución judicial firme emanada de un órgano español, legitima al afectado para interponer contra ella un recurso de revisión ante el Tribunal Supremo, con arreglo a las normas procesales del órgano jurisdiccional de que se trate, «*siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión*».

2. EL AMPLIO ESPECTRO DEL DERECHO DE PROPIEDAD: LOS TITULARES DE DERECHOS CREDITICIOS

El presupuesto de la monografía del Profesor RICCIO consiste en describir el extenso ámbito objetivo de aplicación del artículo 1 del Protocolo Adicional partiendo del amplio muestrario que la jurisprudencia del Tribunal Europeo nos ofrece. El derecho de propiedad comprende todo derecho, sea absoluto o relativo, a los intereses merecedores de tutela, a las expectativas legítimas sobre objetos mediatos o inmediatos, bienes muebles o inmuebles, materiales o inmateriales, presentes o futuros, y al propio uso de los bienes, aunque no proceda de una relación real sino personal. Y también quedan incluidos en el «paraguas» pro-

tector de la norma los créditos, el derecho al resarcimiento del daño patrimonial (incluso por la lesión de un derecho de crédito) y el derecho al resarcimiento del daño no patrimonial siempre que esté vinculado con la satisfacción o el disfrute pacífico de un bien, como sucedería en el caso del derecho de habitación reconocido por el artículo 47 de la Constitución italiana, que se considera un derecho fundamental e inviolable.

El concepto de bien, destaca el autor, debe ser entendido en un sentido más amplio que el estrictamente patrimonial, de modo tal que comprenda también el conjunto de los intereses económicos que se dirigen a un individuo particular, como los derechos de crédito susceptibles de valoración patrimonial o los derechos de autor o invención, los signos distintivos genéricos, la protección de información reservada y el software, derechos comerciales y profesionales, derechos patrimoniales derivados de concesiones administrativas o derivados de decisiones judiciales como, por ejemplo, la cuantía atribuida a título de indemnización por la violación de la duración razonable de un proceso.

Me interesa destacar, especialmente, la referencia a los valores patrimoniales, como los créditos en virtud de los cuales su titular puede pretender, al menos, tener una expectativa legítima de obtener el disfrute efectivo de un derecho de propiedad. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha tenido diversas ocasiones de pronunciarse al respecto. El Profesor RICCIO nos recuerda las sentencias, de 7 de julio de 2011, *Agrati contra Italia,* la de 31 de mayo de 2011, *Maggio y otros contra Italia,* y, anteriormente, la de 9 de junio de 2009, *Nicola Silvestri contra Italia,* la de 20 de noviembre de 1995, *Pressos Compania Naviera, S.S y otros contra Bélgica,* o la de 9 de diciembre de 1994, *Raffineries Grecques Stran et Stratis Andreadis contra Grecia.* La mayor parte de los casos se refieren a pensiones debidas a determinadas personas que en los ordenamientos respectivos generan el correspondiente derecho de crédito o bien a deudas por cantidades debidas por una administración pública.

El hecho de que también el derecho de crédito encaje en el molde del derecho de propiedad hace que algunos autores —especialmente, en la doctrina italiana— se planteen que mecanismos como el de la exoneración de deudas (*esdebitazione*) derivado de una situación de sobreendeudamiento de una persona física o jurídica puede suponer una suerte de «expropiación» legal de su derecho de crédito. Así lo plantea, desde una sugestiva posición, el gran jurista CARNELUTTI (*Espropriazione del creditore,* en *Rivista di Diritto Commerciale,* 1930, pág. 677).

Lo cierto es que un procedimiento de exoneración de deudas que afecta al derecho de los acreedores, sin que ellos puedan participar, plantea el interrogante de en qué medida una ley ordinaria puede afectar a la tutela constitucional del crédito. Interesante perspectiva que abre una ventana a un tema de investigación que requiere y merece, en mi opinión, un análisis pausado de esta cuestión que me propongo realizar en un futuro próximo. La virtud de una obra como la del Profesor RICCIO no solo reside en presentar y analizar un problema con todo lujo de detalles sino en abrir ventanas y rendijas al investigador para explorar temas interconectados.

3. LAS INTERFERENCIAS EN EL DERECHO DE PROPIEDAD

Nos recuerda el Profesor RICCIO, en su excelente monografía, que la propiedad puede sufrir interferencias —las conocidas como limitaciones en su disfrute y ejercicio— inspiradas en exigencias de utilidad pública, fundamentadas en una

disposición legal y no contrarias a los principios generales de Derecho Internacional. Tales requisitos han sido condensados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH, en adelante) en tres principios: a) el principio de efectividad; b) el principio del margen de apreciación; c) el principio de proporcionalidad.

En la jurisprudencia del TEDH, el concepto de utilidad pública se define de un modo extremadamente amplio, comprensivo de cualquier política legítima, sea de orden social, económico o de otra clase. El cumplimiento del interés público no parece perjudicado porque la privación de la propiedad se sustancie en la transferencia obligatoria de una categoría de bienes de un individuo a otro, porque también la distribución equitativa de la riqueza puede ser objeto de una política de justicia social, legítima en el sentido del artículo 1 del mencionado Protocolo.

Y también en relación con el requisito de la utilidad pública, el TEDH emplea la teoría del margen de apreciación estatal. Bajo el presupuesto de la amplia libertad de apreciación que corresponde a los Estados contratantes acerca de los objetivos de política económica y social que hay que alcanzar, esta doctrina considera que depende de los Estados el pronunciarse sobre la existencia de un problema de intereses generales, y, en segundo lugar, sobre las medidas que hay que adoptar para resolverlo.

En cuanto al principio de proporcionalidad, destaca el Profesor RICCIO que el TEDH ha profundizado en la relación entre los intereses públicos y las razones de derecho dominical propio, tratando de circunscribir dicho margen de discrecionalidad a la luz de la razonable relación de proporcionalidad que debe existir entre los medios empleados y el objetivo perseguido. Y este principio de proporcionalidad demanda la existencia de cierta compensación o —en sentido estricto— una indemnización. Como observa el autor de esta monografía, el artículo 1 del Protocolo número 1, arriba reseñado, no hace mención expresa del pago de una indemnización, pero tal exigencia viene afirmada por la jurisprudencia desde el año 1986, con las decisiones adoptadas en el caso *James y Lithgow* (sentencia del TEDH, de 7 de marzo de 1986, y sentencia del TEDH, de 21 de febrero de 1986). La posición del TEDH se basa, fundamentalmente, en el entendimiento de que los sistemas jurídicos de los Estados firmantes del Convenio no entienden justificada, en ausencia de circunstancias particulares, una expropiación sin el pago de una indemnización.

El principio del justo equilibrio, que el Tribunal considera como un requisito implícito en cada uno de los casos del artículo 1 del Protocolo número 1, tiene un espectro más amplio que el requisito de la indemnización, es decir, exige que cada injerencia en el derecho al respeto de los bienes tenga en cuenta la necesidad de mantener una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido por cada medida individual.

4. EL CASO *BEYELER* EN ITALIA Y EL CASO *RUSPOLI* EN ESPAÑA

La doctrina elaborada por el TEDH sobre el derecho de propiedad — que el Profesor RICCIO describe y analiza con gran detalle — cristaliza en sentencias muy curiosas, que afectan a bienes del «patrimonio pictórico universal», como el cuadro —conocido por «El Jardinero»— de VAN GOGH. Este título —que no es el único— está probablemente inspirado por el fondo de la pintura que, más que recordar un campo cultivado, parece un jardín. Otras hipótesis sostienen, sin embargo, que el título deriva de la posibilidad de que sea el retrato del jardinero del hospital psiquiátrico de Saint Rémy, donde Vincent VAN GOGH

estuvo interno. El óleo pasó de mano en mano y fue objeto de diversos intentos de robo, hasta que una de sus propietarias, cansada de esta situación, decidió vender el lienzo, que fue adquirido en 1977 por la cifra de 600 millones de liras, muy por debajo de la cotización del cuadro en aquel momento, que se estimaba en al menos 1200 millones. Lo compró el galerista romano PIERANGELI, dado que el Estado italiano, en aquella época, no ejercitó su derecho de prelación. Lo que aconteció en realidad es que PIETRANGELI hizo de intermediario de un comprador anónimo que era el galerista suizo Ernst BEYELER.

El Estado italiano se interesó solo en 1988, en pleno auge del mercado de coleccionismo de los impresionistas, cuando BEYELER anunció que iba a vender la obra al Museo Guggenheim de Venecia por la cifra de catorce mil millones de liras. En aquella operación se demostró que durante la primera negociación BEYELER no resultaba como el verdadero comprador, pues en los títulos de compraventa el nombre registrado era el de PIERANGELI. De esta forma, el Estado italiano, en 1989, exigió practicar su derecho de prelación y volvió a comprar el cuadro, reembolsando a BEYELER la misma cifra que había pagado en 1977: 600 millones de liras. BEYELER consideró que la cifra estaba demasiado por debajo del precio de mercado —si el Estado no hubiera recomprado el cuadro, el Museo Guggenheim le habría pagado 25 veces más— y denunció al Estado italiano. Tras perder todos los juicios iniciados en Italia, hizo un llamamiento a la Corte Europea de Derechos Humanos de Estrasburgo.

En el año 2000, el tribunal europeo falló por primera vez (sentencia de 5 de enero de 2000). Declaró la sentencia que el Estado italiano tenía derecho de prelación pero consideró que había ejercitado su derecho con mucha demora y había pagado un precio demasiado bajo, de tal manera que había gozado de un «enriquecimiento injustificado».

El juicio «final» sobre la obra de VAN GOGH terminó en mayo de 2002 (sentencia de 28 de mayo de 2002) cuando los jueces de Estrasburgo reconocieron al Estado Italiano su legítima posesión y titularidad de la obra. En consecuencia, *El jardinero* entró oficialmente y de derecho en la colección de la *Galleria Nazionale dell´Arte Moderno,* en la Villa Borghese, en Roma. Los jueces reconocieron a BEYELER una indemnización de un millón trescientos mil euros más cincuenta y cinco mil euros de reembolso por los costos del proceso. No podía imaginar el gran genio VAN GOGH que su cuadro hubiera sido objeto no solo de tantos intentos —fallidos o no— de robo sino también de tantos «viajes» judiciales, llegando, incluso, y en dos ocasiones, a Estrasburgo, a la sede del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Y con especial resonancia en España un caso similar se produjo en el denominado Caso Ruspoli contra España (sentencia de 28 de junio de 2011), a propósito de un cuadro de Goya, «La condesa de Chinchón». De modo similar a lo que sucedió en el caso italiano, arriba expuesto, la administración del Estado ejercitó — en este caso, dentro de plazo — el derecho legal de tanteo sobre el cuadro mencionado, en aplicación del artículo 38 de la Ley de Patrimonio Histórico español. Y es que, como reconoce la sentencia, los Estados disponen del poder de reglamentar el uso de los bienes conforme al interés general, respetando siempre el principio de proporcionalidad entre «los medios empleados y el fin perseguido».

En este sentido, en artículo 38 de la referida ley española (regulando el derecho de adquisición preferente) es conforme al Convenio y al artículo 1 del Protocolo, mencionado anteriormente, en la medida en que los Estados tienen la capacidad de dictar normas que limiten el derecho de propiedad atendiendo

al interés general en facilitar el disfrute público de las obras de arte. Y no se considera un sacrificio desproporcionado para los propietarios del cuadro que el pago del precio no se hubiera realizado en su totalidad en el momento de la entrega de «La condesa de Chinchón».

5. EL RESARCIMIENTO DEL DAÑO NO PATRIMONIAL DERIVADO DE UNA LESIÓN PATRIMONIAL

Resulta muy sugerente el tratamiento que el autor realiza del resarcimiento del daño no patrimonial causado por una lesión en la propiedad o en el patrimonio, partiendo del dato de que el Tribunal Supremo italiano no reconoce el derecho al resarcimiento del daño no patrimonial por la lesión de la propiedad (sentencias del Tribunal Supremo, números 26972, 26973, 26974, 26975, de 11 de noviembre de 2008). La naturaleza económica del derecho de propiedad y la ubicación de tal derecho en la sección del Convenio reservada a las relaciones económicas ha hecho dudar a la doctrina italiana sobre si la lesión de tal prerrogativa sería susceptible de causar un perjuicio no patrimonial al propietario injustamente agredido. Muy excepcionalmente, el legislador italiano, en el artículo 42 bis del *Testo Unico sulle espropiazioni per pubblica utilittà* (Decreto número 327, de 16 de agosto de 2001), ha reconocido en favor del propietario una indemnización por el daño no patrimonial del 10 por ciento o 20 por ciento según la finalidad para la que se utilice el bien.

La doctrina jurisprudencial italiana choca con la jurisprudencia del TEDH que ha reconocido el resarcimiento del daño no patrimonial por lesión de la propiedad o de otros bienes jurídicos. En efecto, en el Caso *Beyeler*, arriba mencionado, se reconoce una cuantía en concepto de daño no patrimonial por el retraso con el que el gobierno italiano ejerció el derecho de adquisición preferente que provocó un daño reputacional del señor BEYELER en el mercado del arte italiano.

En España, por el contrario, nuestro Tribunal Supremo ha mostrado una tendencia completamente diversa en el ámbito de los daños no patrimoniales derivados de incumplimientos de contratos que afectan al disfrute y uso de los bienes. La STS que ha abierto el camino a la indemnización del daño moral contractual fue la de 9 de mayo de 1984 *(RJ* 1984, 2403), en cuyo fallo se considera que el daño ha afectado a la esfera patrimonial del sujeto y, sin embargo, procedió a la reparación de los daños morales. Y ha sido así como consecuencia de la omisión por la Compañía Telefónica Nacional de España, en las guías telefónicas, del nombre, apellidos, profesión de abogado, dirección y número de teléfono de un letrado: «…traducible lógicamente en minoración de clientela y otros efectos… en que la permanencia del anuncio convierte en necesidad inexcusable para la persistencia del tráfico mercantil, industrial o profesional».

Otro campo abonado a las reparaciones de daños personales por vulneraciones contractuales es el relativo a los vicios, defectos o ruina de edificios. Entre las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo, en este ámbito, merece ser destacada la STS de 22 de noviembre de 1997 *(RJ* 1997, 8097), que en un caso de contrato de obra con vicios constructivos que provocan el desalojo judicial de los propietarios ocupantes de los pisos, aumenta la cuantía de la indemnización concedida por daños morales en 450.000 pesetas a cada uno de los propietarios (el Juzgado había concedido 250.000 pesetas a los propietarios que hubieran tenido graves desperfectos en sus viviendas). El Tribunal Supremo confirma la decisión de la sentencia recurrida, al afirmar que los acontecimientos posteriores,

como bien explica el Tribunal de Instancia, lo justifican cumplidamente, «pues hubo de procederse, consecuencia del incremento de los vicios constructivos que afectaban al edificio, a su desalojo, con los consiguientes quebrantos no solo económicos, sino morales, para los propietarios ocupantes, que adquirieron los pisos para que les sirvieran de morada segura y no sometida a las contingencias negativas de una defectuosa construcción» (Fundamento de Derecho Tercero del recurso). Y también se apreció daño moral, por haber afectado el daño a la imagen empresarial como consecuencia de una responsabilidad contractual por defectos de la construcción, en la STS de 15 de marzo de 2005 *(RJ* 2005, 2806), debido al funcionamiento defectuoso de la instalación de una estructura metálica con techo retráctil en la terraza de un restaurante, con imposibilidad de explotar la terraza en período coincidente con la Exposición Universal celebrada en Sevilla.

En el marco del contrato de arrendamiento de vivienda, la STS de 11 de marzo de 2002 *(RJ* 2002, 5691) estimó la indemnización de los daños morales, además de los patrimoniales, causados a la arrendataria de una vivienda que tuvo que abandonarla para buscar otra nueva, al ser declarada la ruina del inmueble «inminente» por el Ayuntamiento. Declara la sentencia que se puede valorar como indemnizable el incumplimiento contractual, causado por la entidad propietaria y arrendadora por no haber procedido, en su momento, a efectuar las reparaciones necesarias a que estaba obligada, facilitando de ese modo, por su proceder, «al menos negligente», la producción del estado de ruina de la finca, en perjuicio de los inquilinos y en beneficio de la arrendadora como consecuencia de las plusvalías obtenidas por la venta del solar del antiguo inmueble.

Y, por último, en relación a la indemnización de daños personales derivados de lesiones en el disfrute de bienes, cabría destacar el curioso escenario relativo al cambio de moneda y entrega de billetes falsos por parte de los Bancos u otros sujetos. En este sentido, la STS de 17 de febrero de 2005 *(RJ* 2005, 1679) aborda el caso de un matrimonio formado por los demandantes doña Marta y don Bruno que cambiaron pesetas por dólares (contrato de cambio de moneda) con ocasión de un inmediato viaje a Rusia en junio de 1994. La entidad bancaria en la que realizaron el cambio era la demandada «Banco de Santander, S. A.», la cual entregó tres billetes de 100 dólares cada uno falsos y otro de 50 auténtico. En el mencionado viaje advirtieron que eran falsos al ir pagando con ellos, produciéndose graves alteraciones y escándalos. Incluso, se llegó a producir su detención por la policía y retirada del pasaporte, aunque al final fueron puestos en libertad y les fue devuelto el pasaporte. La entidad bancaria, al cambiarles moneda y darles dólares les cobró comisión y, a la vuelta del viaje y mostrarles el dinero falso, les devolvió su importe en pesetas y de nuevo les cobró comisión («sorprendentemente»).

El Tribunal Supremo proclamó que en aplicación de lo dispuesto en el artículo 1101 del Código civil la entidad demandada debe indemnizar a los demandantes los daños sufridos y estos no son otros que los daños morales, que afectan a intereses espirituales del ser humano, evidentes en el caso presente que fueron atentados al sagrado derecho a la libertad personal, prescindiendo del tiempo que durara, al inalienable derecho a la dignidad, por las afrentas y vejámenes sufridos y al derecho a la seguridad jurídica, al verse inmersos en situaciones violentas en un país con escasa tradición democrática, lengua desconocida y garantías ignoradas. Y en relación a los daños morales, declara el Tribunal que la valoración jurídica de los daños morales es clara en su importancia y gravedad; la valoración económica, como en todo daño moral es difícil; lo que es

razonable es la cuantía reclamada, a la vista de la entidad causante del daño y del sufrimiento de las víctimas (Fundamento de Derecho quinto).

6. LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD, LA SOLIDARIDAD ECONÓMICA Y SOCIAL Y EL SACRIFICIO DE LOS ACREEDORES

Especialmente interesante resulta la parte dedicada a la «función social de la propiedad». Mientras la Constitución italiana regula, en el artículo 42.2, la propiedad dentro de las relaciones sociales y considera como límite externo inderogable la función social, el Convenio Europeo y la Carta de Niza consideran la propiedad como derecho del hombre y como libertad fundamental, admitiendo limitaciones por razones de interés general y de utilidad pública, basadas en un criterio de conciliación entre los intereses públicos y privados, que se inspira en un criterio neutro de proporcionalidad y no ya en la cláusula general de la función social. De este modo, se abre un debate entre quienes consideran superado el límite externo de la función social y aquellos otros que, por el contrario, defienden la supervivencia de la función social redistributiva y de equilibrio entre los intereses de la colectividad y aquellos individuales del propietario.

Es interesante destacar la idea de que esa «función social de la propiedad» debe ser relacionada, como destaca el autor, por el legislador y por los intérpretes con el artículo 2 de la Constitución italiana que exige a todos los ciudadanos el cumplimiento de los deberes inderogables de solidaridad económica y social. Y es que la solidaridad económica y social impregna todo el ordenamiento jurídico e impone, en ocasiones, importantes sacrificios. Quisiera referirme, en concreto, a uno que menciona el autor y que afecta a los titulares de ciertos derechos crediticios. Y es que en materia de confiscación, la Ley número 228, de 24 de diciembre de 2012, llamada *Legge di stabilità*, en sus artículos 189 a 205, favorece la prevalencia de las medidas de prevención (penales o sancionatorias) respecto a la hipoteca, y ello con independencia de cuándo se haya establecido esta última.

En otros términos: cuando hay conflicto entre los intereses del acreedor sobre el inmueble hipotecado y aquellos del Estado en confiscar los bienes que sean fruto o provengan de la actividad mafiosa, prevalece el segundo, de modo que resulta inoponible al Estado la hipoteca constituida sobre un inmueble confiscado. Con la nueva norma, destaca el Profesor RICCIO, «el Estado ha creado, a su favor y dañando a terceros de buena fe, una nueva causa de extinción de la hipoteca ulterior respecto a aquellas expresamente mencionadas por el artículo 2878 del Código civil con evidente irracionalidad y disparidad de tratamiento».

Todo ello lleva al autor de esta monografía a considerar que los derechos de los terceros, cualquiera que sea su naturaleza, ajenos al delito o medidas preventivas confiscatorias, sancionadoras o punitivas, deberían prevalecer sobre el embargo y/o sobre la confiscación, si tuvieran una fecha anterior al embargo o a la confiscación y subsistiera la confianza del tercero de buena fe. Si no se respetaran esos derechos de terceros, se estaría produciendo una violación del derecho de propiedad, el derecho al respeto de la vida privada, el derecho a no ser castigado sin culpa, según la interpretación adecuada y constitucionalmente orientada en tema de confiscación penal por el TEDH, por la *Corte Costituzionale* y por la *Corte Suprema*. La denominada *Legge di Stabilità* podría estar configurando —según entiende el Profesor RICCIO— un verdadero y propio abuso del legislador que debería ser sancionado por violación del artículo 117 de la Constitución, en cuanto lesivo de las normas de la Unión Europea sobre

competencia y confianza legítima, así como de las normas del Tratado Europeo de Derechos del Hombre.

Estaríamos muy próximos, pues, a una expropiación del derecho de crédito que no siempre puede encontrar su justificación en una causa de utilidad pública, porque la utilidad pública exige sacrificios que no han de pasar, necesariamente, por vulnerar la confianza y los derechos de ciertos particulares.

En fin, la lectura de la monografía del Profesor RICCIO no solo será enriquecedora para quien quiera profundizar en esta área del Derecho Privado, sino que resulta sumamente sugestiva y sugerente para explorar las múltiples aristas de la poliédrica figura del derecho de propiedad, ¡y de sus limitaciones!, que alcanzan cuotas insospechadas como, a mi juicio, la de la exoneración del pago de créditos obtenida después o en el marco de un proceso de insolvencia.

NORMAS DE PUBLICACIÓN
REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO

1. NORMAS FORMALES DE PRESENTACIÓN

Conforme a los criterios de calidad exigidos tanto por las normas del CINDOC (Centro de Información y Documentación Científica) como por las de otras importantes bases de datos del ISI (Institute for Scientific Information), y con el fin de conseguir su inclusión en el Journal Citation Reports (JCR), se establecen las siguientes normas de publicación de trabajos en la RCDI.

1.1. Autoría

Los trabajos que se presenten para publicar en RCDI no podrán incluir los datos de autoría dentro del texto de dicho trabajo, con el fin de que se pueda realizar el proceso de evaluación ciega, según el protocolo de la propia Revista.

En la ficha de alta como usuario, que necesariamente debe cumplimentar cada colaborador, se recogerán los datos personales y académicos del autor, datos que serán los que aparecerán en el texto que finalmente se publique.

1.2. Encabezamiento

Al inicio de todos los trabajos deberán constar los siguientes datos:

- Título del trabajo, *en minúsculas*, que deberá reflejar fielmente el contenido de artículo, *en español y en inglés*.
- Resumen del artículo con un máximo de 250 palabras.
- Resumen del artículo en inglés *(abstract*).
- Palabras clave: de 5 a 10 palabras clave.
- Palabras clave en inglés (*key words*).

1.3. Extensión

- Los estudios tendrán una extensión entre 25 a 40 folios.
- Los dictámenes y notas, de 10 a 25 folios.
- Los estudios jurisprudenciales, de 10 a 20 folios.
- Las recesiones 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). Cuidad: 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.