# REVISTA CRITICA
DE
# D E R E C H O
# INMOBILIARIO

Año XCV • Noviembre-Diciembre • Núm. 776

# 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 XCV • Noviembre-Diciembre 2019 • Núm. 776

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

**Eugenio Fernández Cabaleiro**
Registrador de la Propiedad y Mercantil

**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

**Joaquín Rams Albesa**
Catedrático de Derecho Civil
Universidad Complutense de Madrid

**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***

ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Henar: «La administración ordinaria de los bienes de los hijos. Su actualización en la Propuesta de Código civil» / *The ordinary management of children's assets. Its update in the Civil Code Proposal*..... 2751

BOTELLO HERMOSA, Pedro: «La importante modificación que propone en el derecho sucesorio español el anteproyecto de ley de reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad» / *The important modification proposed in the Spanish successor right the draft law of reform of civil and procedural legislation on disability* ..... 2783

MARTÍN BRICEÑO, María Rosario: «Los efectos del afianzamiento de un préstamo en la sociedad de gananciales: en especial la fianza del préstamo hipotecario» / *The impact of the guarantee policy to a loan under the community property: specially the guarantee to a mortgage loan* ..... 2805

**ESTUDIOS LEGISLATIVOS / *LEGISLATIVE STUDIES***

RUIZ BURSÓN, Francisco Javier: «Aspectos registrales de la Ley 6/2016, de 1 de agosto, de reforma de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía» / *Registration aspects in the Law 6/2016, August 1st, that reforms the Andalusian Urban Planning Law*..... 2853

*Págs.*

**DICTÁMENES Y NOTAS / *LEGAL OPINIONS AND NOTES***

PAÑOS PÉREZ, Alba: «El Registro de la Propiedad como sistema de garantía en la era de la *Blockchain*» / *The register of property as a guarantee system in the Blockchain* ..... 2905

**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... 2945

**ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES / *JUDICIAL STUDIES***

1. DERECHO CIVIL:

1.1. Parte general:

— «La nula atención de los hijos hacia sus padres ¿excusa para extinguir el derecho de alimentos de padres a hijos?» / *Is the no attention of children to your parents a scus to end the food right of parents to children?,* por María Isabel DE LA IGLESIA MONJE..... 2987

1.2. Derecho de familia:

— «El divorcio o cese de la convivencia y su relevancia sobre la disposición testamentaria a favor del cónyuge o pareja de hecho» / *Divorce or cessation of cohabitation and his relevancy on the testamentary disposition in favour of the spouse or couple in fact,* por Ana Isabel BERROCAL LANZAROT..... 2999

1.3. Derechos reales:

— «La comunidad de propietarios ante el fenómeno del alquiler vacacional» / *Owner's community to the phenomenon of vacation rental,* por Geraldine BETHENCOURT RODRÍGUEZ ..... 3040

1.4. Sucesiones:

— «El nuevo derecho civil foral sucesorio: la codificación navarra, aragonesa y gallega y la ineficacia *ope*

*Págs.*

*legis* de disposiciones testamentarias hechas en favor de la ex pareja, sea matrimonial o de hecho y se haya producido disolución del vínculo o la separación sea fáctica» / *Lack of competence of the property registrar and notary for the declaration of inefficiency of legacy: the false cause as motive and the analogical application of the 767 in the ordinary law,* por M.ª Fernanda MORETÓN SANZ..... 3061

1.5. Obligaciones y Contratos:

— «Nulidad por abusiva de la cláusula "no show" del contrato de transporte aéreo de pasajeros» / *Nullity of abusive «no show» clause of passenger air transport contract,* por Beatriz SÁENZ DE JUBERA HIGUERO..... 3093

1.6. Responsabilidad civil:

— «La responsabilidad civil en la violencia de género» / *Liability coming from gender-based violence,* por Pilar ÁLVAREZ OLALLA ..... 3108

1.7. Concursal:

— «Breve introducción a la nueva Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario» / *Brief introduction to the new Law 5/2019, of March 15, regulating real estate credit agreements,* por Teresa Asunción JIMÉNEZ PARÍS ..... 3127

2. MERCANTIL:

— «De nuevo sobre la Fianza y Consumidores» / *Again about guarantee and consumers,* por Francisco REDONDO TRIGO ..... 3155

3. URBANISMO:

— «Fincas parcialmente incluidas en un ámbito reparcelatorio: su fraccionamiento y la enajenación de aprovechamientos o cuotas indivisas» / *Real estates partially included in a plot-redivision area: division and sale of buidling rights or percentages of ownership,* por Eugenio-Pacelli LANZAS MARTÍN, coordina-

do por el Despacho Jurídico y Urbanístico Laso & Asociados ..... 3171

**ACTUALIDAD JURÍDICA / *LEGAL NEWS***

Información de actividades ..... 3189

**RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS / *BIBLIOGRAPHY INFORMATION***

«Introducción al Derecho inglés de los contratos», de J. CARTWRIGHT, por Manuel ESPEJO LERDO DE TEJADA ..... 3199

«El ejercicio del cargo de patrono en las fundaciones», de M.ª Eugenia SERRANO CHAMORRO, por Alberto LÓPEZ SOTO ..... 3204

# ESTUDIOS

# La administración ordinaria de los bienes de los hijos. Su actualización en la Propuesta de Código civil*

## *The ordinary management of children's assets. Its update in the Civil Code Proposal*

por

HENAR ÁLVAREZ ÁLVAREZ
*Profesora Titular de Derecho civil*
*Universidad de Valladolid*

*RESUMEN:* En el presente trabajo se analiza toda la problemática que plantean los supuestos de la administración ordinaria de los bienes de los hijos por parte de sus padres, teniendo en cuenta la regulación actual de nuestro Código civil y del Código civil de Cataluña, así como la que se realiza

* El presente trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación «La influencia del tiempo en las relaciones jurídicas», DER2015-69718-R (MINECO/FEDER), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad. Ponencia defendida en el tercer Seminario sobre la Propuesta de Código civil presentada por la Asociación de Profesores de Derecho civil, versando sobre «La administración de los bienes de los hijos», organizado por la Asociación de Profesores de Derecho civil y los Colegios de Registradores de España, celebrado en el Colegio de Registradores de la Propiedad en Madrid el día 4 de abril de 2019. El seminario se dividió en dos grandes bloques, referido el primero de ellos a las reglas sobre la administración ordinaria de los bienes de los hijos y el segundo bloque sobre la administración extraordinaria de los bienes de los hijos, que fue objeto de tratamiento por la Prof. Dra. Susana QUICIOS MOLINA.

en la Propuesta de Código civil presentada por la Asociación de Profesores de Derecho civil. Dentro de las funciones de los padres en su consideración como gestores del patrimonio de sus hijos destaca la administración de sus bienes, que integra la base esencial del aspecto económico en las relaciones paterno-filiales. Se pretende mejorar las cuestiones que en la práctica han ido suscitando más problemas o dificultades.

*ABSTRACT: In this paper we analyze the problems posed in relation to the ordinary management of children's property by their parents, taking into account the current regulation of our Civil Code, the Civil Code Catalan and the Civil Code Proposal submitted bny the Association of Civil Law Teachers. One of the most important functions of the parents in their consideration as managers of the patrimony of their children is the management of their assets, which integrates the essential basis of the economic aspect in parent-child relationships. This paper is aimed to improve the issues that in practice have been causing more problems or difficulties.*

PALABRAS CLAVE: Administración ordinaria. Bienes de los hijos. Diligencia exigible. Frutos. Gastos familiares. Intervención judicial. Rendición de cuentas. Responsabilidad.

*KEY WORDS: Ordinary management. Children's property. Due diligence. Proceeds. Household expenses. Judicial intervention. Accountability. Responsibility.*

*SUMARIO:* I. INTRODUCCIÓN.—II. EN QUÉ CONSISTE LA ADMINISTRACIÓN ORDINARIA DE LOS BIENES DE LOS HIJOS.—III. DILIGENCIA EXIGIBLE.—IV. SEPARACIÓN DE LOS TITULARES DE LA PATRIA POTESTAD.—V. TITULARIDAD DE LOS FRUTOS Y RENDIMIENTOS.—VI. CONTRIBUCIÓN A LOS GASTOS FAMILIARES: 1. Obligación de los hijos. 2. Destino de los frutos por los padres. 3. Régimen jurídico de la contribución a los gastos familiares.—VII. INTERVENCIÓN JUDICIAL EN CASO DE PELIGRO PATRIMONIAL.—VIII. OBLIGACIÓN DE RENDIR CUENTAS: 1. Rendición de cuentas: *A) Planteamiento. B) Legitimación. C) Objeto. D) Momento para exigir la rendición de cuentas. E) Prescripción de la acción para exigir la rendición de cuentas. F) Plazo para rendir cuentas. G) Realización de inventario. H) Reembolso y remuneración.* 2. Responsabilidad de los padres en el ejercicio de la administración. —IX. CONCLUSIONES.

## I. INTRODUCCIÓN

El Título V del Libro II de la Propuesta de Código civil (PCC) presentada por la Asociación de Profesores de Derecho civil (APDC) distribuye en cinco capítulos el régimen jurídico de las relaciones paterno-filiales. Por lo que aquí interesa, las reglas sobre la administración de los bienes de los hijos se recogen en el capítulo IV (art. 254-1 a 254-7). En el Código civil (CC) esta cuestión se regula en los artículo 164 a 168 y en el Código civil catalán (CCCat.) en los artículo 236-21 a 236-31.

El contenido de este trabajo va referido a las reglas sobre la administración ordinaria de los bienes de los hijos menores sujetos a patria potestad dejando a un lado los supuestos de la administración extraordinaria (bienes excluidos de la administración de los titulares de la patria potestad (art. 254-2 y 254-4.3 PCC) y los actos que requieren autorización judicial (art. 254-5 PCC). Entiendo por actos de administración ordinaria aquellos que no comprometen la composición sustancial del patrimonio de los hijos, que se dirigen a obtener de un bien o patrimonio los rendimientos de que es susceptible, siendo además habituales en el tiempo.

Dejamos de lado por tanto los actos dispositivos realizados por el representante legal, así como los actos de riguroso dominio, considerados por una parte de la doctrina como aquellos que solo puede realizar el propietario, y que suponen algo más que la mera administración, pero no una enajenación, como por ejemplo la división horizontal de una finca. En realidad los actos de riguroso dominio no significan una categoría especial de actos que solo pueda efectuar el propietario de la cosa, mientras que otros actos puede realizarlos un extraño. Los actos de riguroso dominio son los actos de disposición, considerándolos en el sentido más amplio, no siendo adecuado reducir el concepto de disposición al de enajenación. En efecto, los actos de disposición se extienden a cualquier modificación jurídica de la cosa, como puede ser la transmisión, el gravamen o la pérdida. La cuestión está en perfilar adecuadamente los límites de los actos de disposición, pues no cabe restringirlos a la modificación jurídico real, ya que los de gravamen se mueven en la esfera obligacional. Lo que ocurre es que los actos de gravamen pueden ocasionar la pérdida de la cosa en caso de incumplimiento y ejecución forzosa. Por ello se incluye el gravamen dentro de los actos de disposición. Ahora bien, en el ámbito hipotecario surgen dudas sobre determinados actos, si corresponden a la esfera de la administración o de la disposición. Tal es el caso de la hipoteca, donde la distinción entre actos de administración y disposición no es muy clara, si tenemos en cuenta que la hipoteca constituye el único derecho real que depende de la inscripción en el Registro para su nacimiento a la vida jurídica[1].

## II. LA ADMINISTRACIÓN ORDINARIA DE LOS BIENES DE LOS HIJOS

Me voy a referir a la capacidad del menor en la gestión de su patrimonio y a las posibles situaciones conflictivas al concurrir con la voluntad de sus padres en el ejercicio de la patria potestad. Los padres tienen encomendado el deber de complementar la falta de capacidad de los hijos menores dentro de los deberes que comprende la patria potestad. En este sentido, el contenido esencial de la patria potestad se concreta en una serie de deberes a cumplir por quienes la ejercen, tales como velar por los hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral, así como en una serie de facultades como la de representación y administración de sus bienes[2]. Por tanto los padres, en el ejercicio de la patria potestad, son los administradores legales de los bienes de los hijos, constituyendo esta función uno de los pilares de la patria potestad dentro de la esfera patrimonial del hijo.

Dentro de las funciones de los padres en su consideración como gestores del patrimonio del hijo destaca la administración de sus bienes, pues estos actos de administración son los que integran la base esencial del aspecto económico en las relaciones paterno-filiales. La administración paterna de los bienes de los hijos constituye una de las cargas inherentes a la patria potestad, que además deben afrontar de manera gratuita.

Aunque las facultades de administración de los padres son muy amplias, distan de ser ilimitadas. Debe tenerse en cuenta que uno de los principios que presiden la regulación de la patria potestad es el del beneficio del menor, lo que determina que se adopten una serie de cautelas para mantener su interés a salvo. No cabe duda que la realidad social muestra cómo el menor participa e interviene habitualmente en el tráfico jurídico celebrando determinados contratos muy sencillos y cotidianos a medida que va cumpliendo años con una mayor autonomía y madurez, como compraventas de algunos bienes muebles, contratos de transporte y suministro, etc. El menor tiene capacidad en la gestión de su patrimonio, pero pueden existir situaciones conflictivas al concurrir con la voluntad de sus padres en el ejercicio de la patria potestad.

Con las precisiones incorporadas por la Ley 26/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia en los artículos 154 y 162 del Código civil, la patria potestad queda configurada legalmente como la responsabilidad de los padres de proporcionar al hijo menor de edad las condiciones de vida adecuadas para su desarrollo integral (físico, mental, espiritual, moral y social). En su ejercicio los titulares de la patria potestad deben guiarse por el principio de consideración prioritaria del interés superior del menor[3].

El interés del menor es el criterio determinante para la adopción de medidas en el ámbito personal, en el familiar y en el patrimonial. Ese interés es el parámetro que los representantes legales deben considerar para tomar las decisiones que le afecten, teniendo en cuenta que para la determinación de dicho interés el menor también debe participar dependiendo de su grado de madurez. El problema es que se trata de un concepto jurídico indeterminado que provoca cierta inseguridad jurídica, aunque también propicia la flexibilidad de quienes han de aplicar las normas, atendiendo a la realidad y a las circunstancias que concurren en cada caso.

El Código civil español es muy parco a la hora de establecer el contenido de la administración de los padres, por lo que en la Propuesta se ha optado por proponer la regulación de esta cuestión con algo más de detalle.

Los padres tienen el derecho y el deber de administrar los bienes de sus hijos, con las excepciones establecidas en el artículo 164 del Código civil (254-2 PCC). Excepciones que tienen un carácter taxativo y de cuya administración quedan excluidos los padres por voluntad de un tercero que sustrae de la administración paterna determinados bienes de los hijos menores o bien por el propio hijo en determinados casos[4]. También en los supuestos que excedan de la administración ordinaria (art. 166 del Código civil y 254-5 PCC) requerirán autorización judicial o el consentimiento del menor con 16 años y cumpliéndose determinados requisitos.

Así pues en principio los padres, como representantes y administradores de los bienes de los hijos no emancipados o con su capacidad modificada pueden realizar actos dispositivos sobre los mismos. No obstante, para evitar al menor el perjuicio grave e irreparable que podría suponer el ejercicio nada moderado de las facultades dispositivas por parte de los padres, el artículo 166 del Código civil y el 254-5 PCC establecen el requisito de la autorización judicial previa con audiencia del Ministerio Fiscal para realizar determinados actos.

Para los actos de administración ordinaria basta con el consentimiento de uno de los padres, mientras que para los de carácter extraordinario será necesario el consentimiento conjunto expreso o tácito. Por consiguiente, los actos de administración que realice cualquiera de los dos vincula a ambos siempre que hayan sido consentidos expresa o tácitamente por el otro. Ambos serán responsables solidarios[5].

En la redacción realizada en la PCC se configura la administración de los padres de una manera más amplia de lo que ordinariamente se entiende por administración, y contiene la facultad de realizar no solo actos administrativos y de conservación del patrimonio, sino también todos aquellos que sean convenientes o útiles para el menor (gestión provechosa, obtener de los bienes los rendimientos de que son susceptibles), incluyendo amplias facultades dispositivas, si bien en algunos supuestos va a ser precisa la autorización judicial.

El artículo 164 del Código civil además de las obligaciones generales de todo administrador alude a que los padres también tendrán que cumplir las obligaciones establecidas en la LH. Se reducen a la constitución de hipoteca (art. 190 y 191 LH) y a la inscripción de los bienes inmuebles de los hijos (art. 266 y 267 RH).

De acuerdo con el artículo 190 LH, los hijos tienen derecho a que se inscriban a su favor los bienes inmuebles, y a que los padres aseguren mediante hipoteca sobre sus propios bienes inmuebles los bienes muebles pertenecientes a los hijos. De ser insuficientes tal hipoteca es ampliable a otros que adquieran después.

El artículo 191 LH prevé que para hacer efectivo ese derecho de inscripción y aseguramiento están legitimados las personas de quien procedan los bienes, los herederos o albaceas de dichas personas, los ascendientes del menor y el Ministerio fiscal en defecto de los anteriores. Como no se le faculta expresamente el hijo no está legitimado para solicitar las medidas del artículo 190.2 LH. También el hijo sometido a patria potestad tiene derecho a exigir hipoteca legal sobre los bienes usufructuados o administrados por el padre o la madre que hubieran contraído segundas nupcias (art. 168.3 LH). El usufructo se refiere a los no legales[6].

Sin embargo, se ha considerado que los artículos 168.3, 190 y 191 LH que establecen el derecho a hipoteca legal hay que entenderlos vacíos de contenido porque las reformas del Código civil de 1981, 1987 y 1996 suprimieron el antiguo derecho de usufructo que tenían los padres sobre los bienes de sus hijos en patria potestad, siendo igualmente inoperante la sanción de tener que constituir hipoteca legal al contraer segundas nupcias, ya que el divorcio de los padres y su nuevo matrimonio no modifica la patria potestad de los padres, que continúa vigente para ambos. Esta hipoteca legal solo subsiste como supuesto excepcional en el artículo 167 del Código civil (cuando la administración de los padres ponga en peligro el patrimonio del hijo)[7].

El artículo 168.3 LH hace referencia a la hipoteca que es posible constituir en determinados supuestos de patria potestad para asegurar la correcta administración de los bienes de los hijos por parte de los padres, fundamentalmente cuando se tengan indicios de que los intereses del menor pueden verse perjudicados. Actualmente esta hipoteca se encuentra limitada a los casos en los que los padres tengan la administración de los bienes de los hijos sometidos a patria potestad, sin posibilidad de extenderla a otros en los que, por ejemplo, ostenten el usufructo sobre estos[8].

Los artículos 190 y 191 LH complementan y desarrollan lo establecido en el artículo 168.3 LH, que establece una hipoteca legal en favor de los hijos sometidos a patria potestad por los bienes de su propiedad usufructuados o administrados por su padre o madre que hubiera contraído segundo ma-

trimonio y sobre los bienes de los mismos padres. Las reformas del Código civil mediante las leyes de 13 de mayo de 1981 y 11 de noviembre de 1987 (en cuanto a los hijos adoptivos) han dejado en gran medida obsoleto el texto del precepto. En realidad resulta hoy en día más determinante lo que dispone el artículo 167 del Código civil en cuanto a la intervención judicial cuando la administración de los bienes de los hijos por los progenitores ponga en riesgo su patrimonio, en el sentido de prestar garantías por los padres en relación con los fines de su administración. Pero como el contenido de estos preceptos de la LH ha permanecido inalterado, hay que interpretar su contenido de acuerdo con la nueva regulación del Derecho de familia, lo cual obliga en ocasiones a forzar sobremanera el entendimiento de la literalidad de los preceptos[9].

En la PCC al igual que en el Código civil de Cataluña no hemos creído necesario hacer alusión a estas obligaciones de los padres en relación con los bienes de los hijos entendiendo que no es necesario especificarlo como venía haciendo el Código civil.

## III. DILIGENCIA EXIGIBLE

El artículo 254-1 PCC fija los estándares generales a los que debe responder el ejercicio de la administración de los bienes de los hijos por parte de sus padres. El precepto atribuye a los padres que ejercen la patria potestad las facultades de administración del patrimonio de los hijos (art. 164 del Código civil y 254.1 PCC se refiere tan solo a los padres y el art. 236-21 CCCat. se refiere a los progenitores que ejerzan la potestad). Hemos considerado más conveniente utilizar el término padres, aunque somos conscientes de que el término progenitores es preferido por el legislador en sus últimas reformas por motivos de género, pero es semánticamente más restrictivo que padres, entendiendo por padres en plural a quien tiene hijos. Dentro de los deberes y facultades inherentes a la patria potestad está el de administrar los bienes de los hijos.

El problema radica en determinar la extensión de las facultades que comprende la función administradora de los padres. Para LLAMAS POMBO, el acto de administración es un «acto jurídico que, recayendo sobre un bien determinado o sobre un conjunto patrimonial de elementos igualmente individualizados, tiende ya a la puesta en explotación de los mismos, ya a la percepción y utilización de sus productos sin comprometer en modo alguno el valor, la individualización y la permanencia de dichos bienes en el seno del patrimonio». Prima por tanto la idea de conservación (mantener una cosa en estado de cumplir su función propia), aunque armonizable con la de gestión provechosa (obtener de los bienes los rendimientos de que son

susceptibles). Diferente de la disposición, donde se modifica jurídicamente la cosa, transfiriendo, gravando o extinguiendo derechos sobre la misma. Por tanto la administración del patrimonio del hijo debe ser tendente a la gestión conservativa, pero rentable, de su activo. Podrá también comprender particulares actos de enajenación respecto de los productos del patrimonio (empleo de rentas, venta de los frutos), pero en general excluye los actos traslativos del dominio[10].

También se ha señalado que el término administración debe interpretarse en sentido amplio, comprendiendo tanto actos de conservación como de disposición, pero en estos últimos teniendo en cuenta la necesidad de autorización judicial previa[11].

En cuanto a las facultades que ostentan los titulares de la patria potestad como administradores del patrimonio de sus hijos, el Código civil y el Código civil de Cataluña aluden a la figura del administrador, pues tienen las obligaciones generales de todo administrador. En el texto de la PCC no hemos considerado conveniente plasmar la referencia del administrador, pero evidentemente en el espíritu del precepto está la idea de que los padres tienen las obligaciones de todo administrador, salvando claro está las diferencias que impone la propia naturaleza de la administración paterna, respecto del supuesto típico de administración configurado en el contrato de mandato[12].

Se establece el deber de administrar los bienes de los hijos con una diligencia media, la clásica diligencia del buen padre de familia o del ordenado empresario. En la PCC nos referimos a la «diligencia de una persona razonable»; en el artículo 164 del Código civil se habla de la misma diligencia con la que administran los padres sus bienes propios, y en el Código civil catalán se refiere a la diligencia de un buen administrador (art. 236-21.1), pensando en una diligencia media, pues no se requiere que sea especialmente cualificada o del profesional (no se exigen especiales conocimientos técnicos, profesionales o empresariales).

Ya criticó la doctrina en relación con la redacción del Código civil el empleo de un criterio subjetivo en lugar de otros de carácter objetivo para establecer la regla de conducta de la administración paterna, pues una interpretación meramente literal, llevaría a la absurda conclusión de que no podría exigirse responsabilidad alguna a los padres que, siendo descuidados en la gestión del patrimonio del menor, también lo sean respecto del suyo propio, lo cual obviamente es inadmisible[13]. Ello nos ha llevado a utilizar la diligencia observada por el hombre razonablemente prudente, la diligencia de una persona razonable en su actuar.

En cuanto a la extensión objetiva de la administración paterna la regla general es que alcanza a todo el patrimonio del menor, pero se excluyen los supuestos previstos en el artículo 254-2 PCC.

## IV. SEPARACIÓN DE LOS TITULARES DE LA PATRIA POTESTAD

El Código civil determina en su artículo 156 que en principio la administración de los bienes del menor se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno con el consentimiento expreso o tácito del otro. Si hubiera desacuerdo el juez puede atribuir la facultad de decidir a uno u otro, y si los acuerdos fueran reiterados la administración se podrá encomendar total o parcialmente a uno de ellos o se distribuirán sus funciones, pero con carácter temporal, pues no podrá exceder de dos años (en la PCC seguimos el mismo criterio en el art. 252-2).

Los desacuerdos suelen ser mayores en las situaciones de crisis matrimonial donde en gran medida el conflicto de la pareja se concreta en cuestiones económicas y en las relacionadas con la crianza de los hijos. Ante los problemas que se pueden generar en los casos en los que los progenitores viven de forma separada, es preciso que el legislador preste una especial atención a los problemas que de ello se pudieran derivar.

En los casos de crisis familiar, la administración del patrimonio del hijo se puede atribuir a uno de los progenitores. En muchos casos el problema va a residir en determinar si la adopción de las decisiones relevantes en el ámbito de la administración forma parte de la guarda y custodia de uno de los progenitores, y por tanto no requieren el consentimiento del no custodio, o si por el contrario se trata de decisiones que pertenecen al ejercicio de la patria potestad y requieren el consentimiento de ambos progenitores cuando su ejercicio es conjunto[14].

Hemos considerado en la línea mantenida por el legislador catalán darle especial relevancia a los casos en los que son los propios padres los que han acordado la forma de regular el ejercicio de la patria potestad, pudiendo establecer un ejercicio conjunto, un ejercicio de la potestad distribuyéndose las funciones o bien ejercer la patria potestad uno de ellos con el consentimiento del otro. El juez aprobará los acuerdos siempre y cuando no sean perjudiciales para el hijo.

El Código civil sin embargo es muy parco en este aspecto porque tan solo establece que la patria potestad se ejercerá por aquel progenitor con el que el hijo conviva, y solo en caso de que lo solicite el no custodio podrá el juez distribuir entre los progenitores sus funciones o bien establecer que la ejerzan conjuntamente. Ello motivado por lo mantenido por la generalidad de la doctrina en el sentido de entender que el supuesto de padres separados a que se refiere el artículo 156 del Código civil en su párrafo quinto es el de los cónyuges que están separados de hecho o bien los progenitores no casados, porque en la separación judicial ya habrá adoptado el juez las medidas oportunas en cuanto al ejercicio de la patria potestad en sentencia (tras la aprobación del convenio regulador o en defecto de acuerdo con la

sentencia) o en ejecución. El Código civil para estos supuestos se limita a establecer que el progenitor con el que conviva el hijo será quien ejercite la patria potestad. Pero una solicitud fundada del otro progenitor, si va a acompañada del interés del hijo, puede desembocar en una atribución de ejercicio conjunto de la patria potestad por ambos padres, o incluso una distribución de funciones entre ellos[15]. Sin embargo, el Código civil de Cataluña y la PCC están pensando en separación de los padres, incluyendo la judicial[16].

Centrándonos solo en los supuestos de administración del patrimonio de los hijos, partimos de la base de que es preciso el consentimiento conjunto de ambos progenitores para las decisiones trascendentes que afecten a los hijos, por lo que en esos casos siempre va a ser necesario el consentimiento de ambos cuando se trate de la realización de actos de administración extraordinaria de sus bienes. El legislador catalán optó en este punto por exigir un consentimiento expreso de ambos progenitores, mientras que para determinar el tipo de enseñanza de los hijos o el cambio de domicilio que los aparta de su entorno habitual bastará un consentimiento tácito. En la PCC no hemos considerado necesario exigir el consentimiento expreso. ¿Deberíamos haber señalado que sea expreso dada la trascendencia de los actos de administración extraordinaria? Consideramos que no, pues también tiene mucha trascendencia el cambio de domicilio o la enseñanza y el legislador catalán admite el consentimiento tácito.

Tampoco hemos creído conveniente establecer un plazo para conseguir el consentimiento de ambos progenitores. El Código civil de Cataluña establece un plazo de treinta días como máximo, transcurrido el cual se entiende que se ha producido el consentimiento tácito. A efectos de los actos de administración extraordinaria no cabría este consentimiento tácito por lo que no tiene importancia la fijación de plazo. Evidentemente podríamos movernos en el terreno de la falta de consentimiento por parte del otro progenitor. Para evitar perjuicios al menor, en el caso de falta de consentimiento para la realización de un acto de administración extraordinario habría que acudir a la autoridad judicial.

En caso de que existan desacuerdos hemos seguido el criterio del legislador catalán. A diferencia del régimen general de los desacuerdos (cuando no hay separación) en el que ante la existencia del mismo se atribuye por el juez la facultad de decidir a uno u otro progenitor, en los casos de progenitores separados el desacuerdo provoca que sea el juez el que decida sobre lo que fuera más conveniente para el menor, tras haber escuchado a los progenitores y a los hijos si han cumplido doce años o tienen suficiente juicio. En este caso el juez no se limita a señalar quién va a decidir de los dos progenitores, sino también el contenido de la decisión. Sin embargo, para el caso de la realización de actos de administración extraordinaria de los bienes de los hijos, si hay desacuerdo el régimen que opera es el general, es decir, el juez otorga la facultad

de decidir a uno u otro progenitor (desacuerdo ocasional). Si los desacuerdos son reiterados el juez puede atribuir total o parcialmente su ejercicio a uno de sus titulares o distribuir entre ellos sus funciones.

## V. TITULARIDAD DE LOS FRUTOS Y RENDIMIENTOS (ART. 254-3)

La redacción de este artículo es la misma que la del artículo 236-21.2 Código civil de Cataluña. Se dice que pertenecen al hijo no emancipado los frutos y rendimientos de sus bienes, así como las ganancias de su propia actividad y los bienes o derechos que de ella puedan derivarse (significando lo mismo pero con otras palabras el artículo 165 párrafo primero del Código civil se refiere a todo lo que adquiera con su trabajo o industria).

Por funciones de gestión entendemos los actos destinados al goce, conservación y uso de la cosa administrada, extendiéndose a los frutos y rentas que los bienes produzcan. Los frutos de los bienes pertenecen al hijo, pero el poder de administración que les otorga el Código civil a los progenitores de administración general también abarca a esos frutos. Dentro de este supuesto entraría la gestión de las cuentas bancarias.

En un principio podría llamar la atención que tanto el Código civil, la PCC y el Código civil de Cataluña hagan alusión a los frutos como titularidad de los hijos, afirmación totalmente innecesaria puesto que evidentemente los frutos de los bienes administrados pertenecen a su titular y no a su administrador. Ello es debido a que la redacción originaria del Código civil recogía el tradicional usufructo legal paterno sobre los bienes de los hijos sometidos a patria potestad, de cuya administración se encargaban y que se suprimió con la reforma de 1981. Gracias a la Ley 11/1981, de 13 de mayo, los hijos pasan a ser titulares no solo de la propiedad de los bienes, sino también de sus frutos. Cuestión diferente será como se verá a continuación el régimen jurídico del disfrute, gestión y disposición de estos bienes, pues los hijos menores tienen la obligación de contribuir al levantamiento de las cargas familiares con estos frutos.

## VI. CONTRIBUCIÓN A LOS GASTOS FAMILIARES

### 1. Obligación de los hijos

De la contribución a los gastos familiares se ocupa el artículo 254-4, 1 y 2 PCC. En principio son los progenitores los que deben velar por la subsistencia material de la familia, pero ello no quiere decir que sean los únicos que deban contribuir al levantamiento de las cargas de la misma.

Por otro lado, conviene tener en cuenta que las cargas del grupo familiar comprenden los gastos necesarios para el mantenimiento de la familia, con adecuación a los usos y al nivel familiar, y en especial las originadas en concepto de alimentos en su sentido más amplio, los gastos de conservación de las viviendas y de otros bienes de uso de la familia, las atenciones médicas y sanitarias, etc.[17].

Los hijos están obligados a contribuir a los gastos familiares en proporción a su nivel de ingresos, siempre que no se haga en defecto del deber de contribución de los progenitores que son los principales obligados a ello[18].

En realidad el deber de alimentos de los progenitores con respecto a los hijos que se encuentran bajo su potestad es una concreción del deber genérico de alimentos que existe entre los ascendientes y los descendientes.

La reforma del Código civil de 13 de mayo de 1981 suprimió el usufructo legal de los padres sobre los bienes de los hijos. Ese usufructo ha sido sustituido por la destinación de dichos frutos al levantamiento de las cargas familiares, por lo que en este punto la reforma fue más nominal que real. Tanto el usufructo legal como el destino de los frutos se entienden establecidos en beneficio del organismo familiar. Sin embargo, es más correcto técnicamente y más acorde con el moderno Derecho de familia afectar el patrimonio del hijo al levantamiento de las cargas familiares que el usufructo legal a favor de los padres, siempre susceptible de riesgos y abusos, por lo que la reforma fue muy acertada[19].

Por tanto el Código civil en su redacción originaria no regulaba propiamente la contribución de los hijos a las cargas de la familia porque los progenitores, salvo algunas excepciones, tenían el usufructo sobre los bienes de sus hijos. Pero desaparecido el usufructo legal de los padres el legislador se ha preocupado de establecer un marco de contribución de los hijos al sostenimiento de las cargas del grupo familiar, estableciéndose como regla básica la obligación de los hijos de contribuir al levantamiento de las cargas familiares.

Los frutos y rentas de su patrimonio pertenecen a los hijos menores, pero deberán contribuir equitativamente, según sus posibilidades, al levantamiento de las cargas de la familia mientras conviva con ella.

Como veremos a continuación se contempla en el artículo 254-4 una regulación más detallada de la que aparece en el Código civil sobre la contribución de los hijos a los gastos familiares, estableciéndose que deben contribuir proporcionalmente a los gastos familiares con los frutos y rendimientos de sus bienes y las ganancias obtenidas por el ejercicio de su actividad[20].

Sin embargo, parte de la doctrina señala que también puede resultar afectados los bienes del hijo en caso de que no tenga recursos, de conformidad con la normativa general del Código civil y del Código civil catalán en materia de contribución a los gastos familiares[21].

Los gastos o cargas familiares pueden comprender no solo los gastos y necesidades ordinarias de la familia de acuerdo con el nivel de vida de la familia y los usos, sino también las inusuales pero requeridas para el sostenimiento de la familia[22].

## 2. Destino de los frutos por los padres

Los padres no gestionan un patrimonio propio y no pueden disponer libremente de él. Solo pueden hacerlo en la medida en que se aplique al sostenimiento de las cargas familiares en la proporción que resulte adecuada.

Según la redacción del Código civil los padres pueden destinar los frutos al levantamiento de las cargas familiares, sin estar obligados a rendir cuentas cuando les hubiesen dado ese destino. Tampoco en la redacción inicial de la PCC los progenitores están obligados a rendir cuentas de los frutos que hubiesen consumido en atención a las cargas de la familia. Sin embargo, en la legislación catalana no se establece esta exención expresamente en el precepto que regula la contribución de los hijos a los gastos familiares (art. 236-22 CCCat.). Siguiendo la línea del legislador catalán sería más conveniente mantener la posibilidad de que los padres tengan que rendir cuentas de la contribución que hayan realizado a los gastos familiares con los frutos y rendimientos de sus hijos, pues estos tienen la posibilidad de exigir a sus padres la rendición de cuentas de la administración que hayan ejercido sobre sus bienes al término de la patria potestad (art. 254-7 PCC).

En el artículo 165 párrafo tercero del Código civil se establece que si los padres no administran los bienes del hijo habrá que entregar los frutos en la medida adecuada para contribuir al levantamiento de las cargas familiares. Son los supuestos de administración por un tercero de determinados bienes. En ese caso el administrador tiene que entregar a los padres, en la medida adecuada, los frutos de los bienes que no administren.

De esta manera, a quien corresponde el cumplimiento de la obligación de contribuir a las cargas de la familia en nombre de los hijos es a los progenitores. En efecto, los progenitores están legitimados para destinar los frutos al mantenimiento de los gastos familiares. Pero no siempre los progenitores tendrán la administración de los bienes de los hijos, en cuyo caso, los que tengan la administración serán los que estén obligados a entregar a los progenitores los frutos de los bienes y derechos que administren. Es decir, el administrador especial debe detraer una parte de las rentas del patrimonio administrado y entregársela a los progenitores para que estos satisfagan los gastos familiares[23].

En efecto, la obligación impuesta al menor de contribuir al levantamiento de las cargas familiares es independiente de las personas que ostenten

las facultades de administración y disposición de su patrimonio. Por ello también se refiere el artículo 254-4.3 a los frutos que debe entregar a los padres el administrador cuando existen bienes y derechos de los hijos no administrados por los padres para la contribución a los gastos familiares.

Pero los padres no pueden disponer libremente del patrimonio del hijo. Solo pueden hacerlo en la medida en que se aplique al sostenimiento de las cargas familiares en la proporción que resulte adecuada. Cuando el menor tenga patrimonio para ser administrado, debe colaborar en las cargas familiares. Los frutos o ganancias deben integrarse en el patrimonio del menor, y los padres deben administrar dicho patrimonio bajo el principio de conservación, sin perjuicio de que llegado el caso, el menor pudiera en parte contribuir al sostenimiento de los gastos familiares. La utilización de los fondos propiedad del hijo solo es posible en la medida en que se conoce su destino para determinar si su disposición puede favorecer o no al interés del menor[24].

Queda muy lejana en el tiempo la idea de «poder» que se atribuía a los padres y que se basaba en una dependencia absoluta del menor dentro de una estructura familiar organizada muy jerárquicamente. En este sentido ya he señalado que la reforma del Código civil de 1981 suprimió la vieja figura del usufructo legal a favor de los padres sobre los bienes del menor, que fue sustituida por su contribución económica a las cargas familiares[25].

### 3. Régimen jurídico de la contribución a los gastos familiares

En cuanto al alcance subjetivo, aunque el artículo 254-4 PCC no lo diga expresamente, evidentemente nos hemos querido referir a los hijos menores no emancipados, aunque hable de hijos en general. La obligación de los hijos de contribuir al levantamiento de las cargas de la familia solo se tiene mientras el menor viva con ambos padres o con uno de ellos. Esa convivencia debe entenderse en sentido anímico y no real, pues el hijo puede estar realizando estudios en el extranjero durante un largo periodo de tiempo y no conviviendo físicamente con la familia, pero ello no comporta que desaparezca la obligación de contribución. Además, el deber de contribución a los gastos familiares se impone a todos los hijos, aunque no se trate de hijos comunes, sino que sean de uno solo de los cónyuges[26].

Ahora bien, el alcance subjetivo del deber de contribución debe precisarse, pues la aplicación de los frutos al levantamiento de las cargas abarca los supuestos en los que se trata de un menor no emancipado, cesando la afectación de los frutos cuando se extinga la patria potestad pese a que continúe la convivencia. En caso de mayoría de edad seguirá contribuyendo al levantamiento de las cargas familiares pero con todo su patrimonio por

aplicación del deber general de contribución al levantamiento de las cargas familiares que alcanza a los hijos mientras convivan con la familia.

En cuanto a la determinación del criterio de aportación, el Código civil se limita a decir que los hijos deben contribuir «en la parte que le corresponda», pero no dice cuál es la parte que deben aportar o si deben realizar una aportación proporcional a su patrimonio y a sus rentas en relación con los otros miembros del grupo familiar. Por ello hemos creído conveniente que será proporcional. ¿Qué parte es la que corresponde? La redacción del Código civil es susceptible de mejora en este aspecto. Por su parte, en el ordenamiento catalán en el anterior Código de familia se decía que tenían el deber de contribuir equitativamente, mientras que en el Código civil de Cataluña la contribución se nos dice que ha de ser proporcional, si bien después se señala que siempre que no sea contraria a la equidad. En cualquier caso, el legislador catalán deja claro que la contribución se hará por los hijos con los ingresos que obtengan de su actividad, con el rendimiento de sus bienes y derechos y con su trabajo en interés de la familia. En la PCC hemos considerado que la contribución a las cargas familiares será proporcional según sus posibilidades y teniendo en cuenta también los recursos de los demás miembros de la familia. Para ello se afectarán los frutos y rendimientos de sus bienes, no el resto de bienes del patrimonio del hijo.

Cuando se trate de frutos procedentes de bienes administrados por los padres, estos directamente aplicarán los mismos al levantamiento de las cargas familiares, por lo que los frutos de los bienes de los hijos de manera directa se utilizan para el levantamiento de las cargas familiares.

En ocasiones resulta difícil determinar si el dinero que forma parte del patrimonio del menor se ha utilizado en beneficio de los padres o progenitor conviviente con el menor, o si por el contrario, se ha destinado al levantamiento de las cargas familiares. La administración de los bienes de los hijos debe estar presidida por el principio de interés de los hijos, por lo que los frutos percibidos de tales bienes han de ser aplicados a la satisfacción de ese interés. Ese límite solo puede ampliarse cuando los frutos se apliquen al sostenimiento de las cargas familiares en la proporción que resulte adecuada.

Para ello es indispensable conocer el tiempo, la cantidad dispuesta y las necesidades económicas de la familia en ese momento. En cualquier caso la prueba del destino de las distintas disposiciones de activo corresponde al actor demandante que ejerce la acción. La reclamación de cualquiera de los progenitores hacia el otro en caso de separación deberá ir fundamentada en la acción derivada de la patria potestad con el consiguiente reembolso de la suma a favor del menor y no como acción de enriquecimiento injusto por carecer de legitimación el progenitor reclamante, pues su patrimonio no se ha visto empobrecido, sino el de su hijo. Tampoco como acción de responsabilidad contractual, puesto que para que proceda, los hechos ori-

ginadores de la responsabilidad civil deben producirse en el ámbito de la relación obligatoria entre las partes, y entre padre e hijo no existe ningún vínculo contractual derivado de la patria potestad[27].

## VII. INTERVENCIÓN JUDICIAL EN CASO DE PELIGRO PATRIMONIAL

Se trata del control judicial de la administración en la patria potestad. Se somete a control judicial y del Ministerio Fiscal el ejercicio de la patria potestad en relación con la administración del patrimonio de los hijos.

En este ámbito hemos optado por dar la misma redacción al artículo 254-6 PCC que la que se contiene en el artículo 167 del Código civil. El artículo 236-3 del Código civil de Cataluña recoge una disposición general aplicable tanto a los aspectos personales como patrimoniales (mientras que los arts. 167 CC y 254-6 PCC atienden fundamentalmente a los aspectos patrimoniales).

El artículo 167 del Código civil proviene de la reforma del Código civil de 1981 pero su redacción actual se debe a la disposición final 1-31 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, aunque introdujo pocas novedades[28]. El Código civil no insertó en su versión originaria un precepto que permitiese la intervención judicial ante los supuestos de mala administración de los progenitores. La reforma de 1981 atribuyó al juez poderes considerables, acentuando la intervención judicial en beneficio del menor. DÍEZ-PICAZO señaló al respecto que aparece un control público del ejercicio de la patria potestad, que al ser públicamente controlada, deja de ser una potestad de derecho privado[29].

El artículo 254-6 PCC (igual que el 167 CC) reproduce en el ámbito patrimonial el sentido del artículo 158 del Código civil (igual que el artículo 251-3 PCC «intervención judicial en situaciones de riesgo»), pues recoge el control judicial de la administración paterna, y señala una serie de medidas de carácter patrimonial que pueden ser adoptadas por el juez a instancia de las personas en él enumeradas cuando exista una gestión peligrosa, inadecuada, fraudulenta o simplemente mala. Añade también un nuevo supuesto de exclusión de administración paterna (además de los previstos en el artículo 164 párrafo segundo del Código civil y 254-2 PCC, pues se puede nombrar un administrador cuando los padres pongan en peligro el patrimonio del hijo)[30].

Se toma como supuesto de hecho la mera puesta en peligro del patrimonio del hijo como consecuencia de la administración ejercida por los progenitores. Nótese que no es necesario que se haya consumado un perjuicio patrimonial (aunque en alguna sentencia, como manifiesta LLAMAS

POMBO, así se ha exigido de manera equivocada). Del tenor del precepto, basta la realización de actos que comprometan bienes o derechos integrantes del patrimonio administrado. Se incluye la gestión peligrosa, inadecuada, fraudulenta o simplemente mala (STS de 1 de julio de 1981[31]). El concepto de administración en los artículos 167 del Código civil y 254.6 PCC tiene el doble significado de actividad genérica que se realiza en relación con los bienes (se incluyen los actos dispositivos), y de administración en sentido estricto (conservación y actos necesarios para la obtención del rendimiento y disfrute normal)[32].

A simple vista pudiera parecer que con la aplicación de los requisitos y cautelas que contempla el artículo 254-5 PCC (y el art. 166 CC) para la realización de actos dispositivos en los que será precisa la autorización judicial, resultaría imposible la realización de actos que pusieran en verdadero peligro el patrimonio del hijo. Sin embargo, existen algunos casos en nuestra jurisprudencia que demuestran lo contrario. Así, en la STS de 28 de noviembre de 1989[33] se eximió de autorización judicial a la madre que pignoró unas imposiciones a plazo fijo de las que eran titulares sus hijos en garantía de una cuenta bancaria de crédito. El resultado fue penoso, pues una vez que se produjo el impago del préstamo, el banco se cobró detrayendo el total importe de los depósitos a plazo, quedando dilapidada la fortuna de los menores[34].

La puesta en peligro del patrimonio del hijo por parte de los progenitores debe tener necesariamente una entidad relativamente leve, pues si alcanzase un determinado grado de gravedad (por ejemplo, si se comprometiese todo el patrimonio del menor), podría dar lugar a la privación de la patria potestad (art. 255-2 PCC y 170 CC) por incumplimiento de los deberes inherentes a la misma, entre los que se encuentra la administración diligente de los bienes de los hijos, *ex* artículo 154 del Código civil[35].

Por lo que respecta a las medidas de control que pueden adoptarse, al igual que el artículo 167 del Código civil el artículo 254-6 PCC confiere al juez el más amplio arbitrio para adoptar toda clase de medidas que resulten necesarias a su criterio para lograr la seguridad de los bienes, por lo que podrán ser variadas y no necesariamente previstas en la ley. El artículo 167 del Código civil ha sido de escasa aplicación en la práctica, lo cual tal y como manifiesta LLAMAS POMBO nos ha privado de la posibilidad de obtener ejemplos de la jurisprudencia. No obstante, este autor entiende que entre dichas medidas se encontrará sin duda la obligación de formar inventario, la realización de rendiciones de cuentas o la determinación de inversiones[36].

Además, el precepto señala expresamente dos medidas: en primer lugar la exigencia de caución o fianza para la continuación de la administración a fin de que quede garantizada la conservación y gestión provechosa del

patrimonio mediante aquellas, y en segundo lugar el nombramiento de un administrador (será un administrador judicial, especial nombrado por el juez). En la redacción de la PCC para dotarla de más claridad hemos procedido a dividir o separar ambas medidas.

Si la administración de los titulares de la patria potestad pone en peligro el patrimonio del hijo, a petición de este, del Ministerio Fiscal o de cualquier pariente, el juez podrá adoptar las medidas que estime necesarias para la seguridad y recaudo de los bienes, exigirles garantías patrimoniales como la caución o fianza para la continuación en la administración o incluso nombrar un administrador. Por tanto pueden continuar los padres en la administración si se respetan las medidas impuestas por el juez, pero si no se presta fianza o resulta insuficiente, el juez puede nombrar un administrador.

En efecto, ante la falta de diligencia y cuidado en la administración, se permite exigir una garantía a los padres o bien nombrar un administrador de los bienes[37].

En cuanto a la legitimación para solicitar el control judicial, es muy amplia, pues puede solicitarlo el propio hijo, el Ministerio Fiscal y cualquier pariente del menor[38]. Incluso pueden llegar a adoptarse las medidas de control de oficio, aunque no se prevea expresamente, sin petición de parte, como en el caso de la STS de 6 de mayo de 1998[39]. Quizá habría sido mejor añadir también la legitimación de oficio expresamente como lo hace el Código civil de Cataluña, e incluso conceder legitimación no solo a los parientes, sino a cualquier persona, pues ello es beneficioso para el menor.

Así, el Código civil de Cataluña (art. 236-3) reconoce expresamente la legitimación de oficio al juez, junto con la de los hijos, de los progenitores aunque no tengan el ejercicio de la potestad, del fiscal y de los parientes del hijo hasta el cuarto grado por consanguinidad o segundo por afinidad. Por tanto concreta los parientes a los que se les otorga legitimación y añade la posibilidad de que el juez lo acuerde de oficio y también los progenitores aunque no tengan el ejercicio de la patria potestad.

Aunque el precepto niega al juez la iniciativa para evitar una peligrosa administración paterna, de acuerdo con el artículo 158.1, 6.º del Código civil y 251-3.1. f) PCC también podrá de oficio actuar el juez y tomar las pertinentes medidas «a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios», entre ellas, las del artículo 167 del Código civil.

En estos casos en los que se produce la intervención judicial, si se sustrae judicialmente a los progenitores de la administración de los bienes del menor (por ejemplo cuando se nombra un administrador) cesa la administración paterna pero no se extingue la patria potestad, pudiendo continuar ejerciendo las demás vertientes propias de la patria potestad. Pero cuando la gravedad de la conducta administradora de los padres lo

exija, el juez puede privarles no solo de la administración, sino también de la patria potestad[40].

El procedimiento a seguir es de jurisdicción voluntaria en el que se solicita al juez que determine el progenitor que puede adoptar una concreta decisión, o bien que adopte diversas medidas de protección del menor cuando las personas que tienen atribuida la administración de sus bienes no ejercen correctamente sus funciones. Se trata de adoptar las medidas de protección que sean necesarias ante una situación de peligro para el menor por desacuerdo o ejercicio inadecuado de la patria potestad. El procedimiento por tanto es un procedimiento creado *ad hoc* por la Ley de Jurisdicción Voluntaria para la adopción de las medidas del artículo 167 del Código civil (254-6 PCC), y aparece regulado en los artículos 85 y siguientes LJV. Es competente el juzgado de primera instancia del domicilio o residencia del menor, salvo en el caso de que el ejercicio conjunto de la patria potestad derivase de resolución judicial, en cuyo caso debe acudirse al Juzgado que conoció de esa atribución conjunta.

Una vez admitida la solicitud, para lo cual no es preceptiva la intervención de letrado ni de procurador, el letrado de la Administración de Justicia debe citar a una comparecencia al solicitante, al Ministerio Fiscal, a los progenitores y al menor si tuviere suficiente madurez, y en todo caso, si tuviere más de 12 años. La audiencia del menor se hará en acto separado para evitar coacciones, y de esa actuación se trasladará copia del acta a todos los intervinientes.

El juez goza de un amplio arbitrio para acordar de oficio o a instancia del solicitante o de cualquiera de los comparecientes la práctica de las diligencias que considere oportunas. Si estas tienen lugar después de la comparecencia, se dará traslado nuevamente a los interesados para que formulen alegaciones en el plazo de cinco días. Seguidamente el juez resolverá adoptando las medidas que a su criterio resulten necesarias para el aseguramiento de los bienes.

No obstante, el artículo 165 del Código civil y el 254-4.3 PCC prevén que aunque los progenitores estén apartados de la administración de los bienes y sin derecho a percibir los frutos de los mismos, pueden acudir al juez para que determine la parte de los frutos que en equidad se les debe atribuir para el levantamiento de las cargas familiares.

## VIII. OBLIGACIÓN DE RENDIR CUENTAS

El artículo 254-7 PCC así como el artículo 168 del Código civil regulan en el primer párrafo la rendición de cuentas de los padres del patrimonio de sus hijos, y en el segundo la responsabilidad de estos en el ejercicio de la administración.

## 1. Rendición de cuentas

### *A) Planteamiento*

Aunque no se diga expresamente ni en el Código civil ni en la Propuesta, cuando cesa la administración de los bienes de los hijos hay que restituirles su patrimonio. Existe una obligación de restitución que debe entenderse implícita en cualquier administración de bienes ajenos. Los padres son administradores de un patrimonio que pertenece a los hijos, por lo que están obligados a restituir dicho patrimonio cuando termine la potestad o cuando finalice su administración, en los casos en los que ambas circunstancias no coincidan. Evidentemente los gastos de restitución son a cargo del patrimonio administrado, es decir, el de los hijos, pues el ejercicio de la patria potestad no puede producir en los padres un perjuicio patrimonial de ningún tipo[41].

Distinta de la obligación de entrega del patrimonio administrado es la obligación de rendir cuentas de la administración por parte de los progenitores. En la redacción originaria del Código civil no se recogía la rendición de cuentas por parte de los padres, pero puesto que se les atribuían las obligaciones de todo administrador, la doctrina entendía que había que acudir a las normas sobre el mandato. De hecho, la obligación de rendir cuentas corresponde a todo administrador, de conformidad con el artículo 1720 del Código civil. Sin embargo, era conveniente que un precepto directamente regulase la rendición de cuentas por los padres de su gestión sobre el patrimonio de los hijos[42]. Y ello aunque se consideró que el precepto es desafortunado y significa un posible elemento de discordia familiar, pues hay que tener en cuenta que el precepto no establece una obligación ineludible, a diferencia de lo que sucede en la tutela, de rendir cuentas, sino que es potestativa en función de lo que prefiera el hijo[43].

Ni el Código civil ni la PCC imponen a los padres la rendición de cuentas, sino que faculta a los hijos para poder exigirla. Este derecho a reclamar una rendición de cuentas es la consecuencia lógica del régimen jurídico de toda administración de bienes ajenos.

Se procede a la rendición de cuentas por los actos de administración. Por ambos padres, para el caso de que la gestión haya sido conjunta, y en los casos de gestión individual, la realizaría el que la haya gestionado. Si los padres están separados, el que convive con el hijo es el que realiza los actos de administración ordinaria de los bienes y solo está obligado él si el hijo le reclama la rendición de cuentas de dicha administración[44].

Otros consideran que en los supuestos de ejercicio individual de la patria potestad no sería justo exigir rendición de cuentas a ambos progenitores, pues solo uno de ellos ha gestionado el patrimonio del hijo. En los casos de ejercicio conjunto de la patria potestad la obligación de rendir cuentas alcanza a los padres con carácter conjunto[45].

Ahora bien, si los padres no administran los bienes de los hijos por corresponderle esta función a un administrador, de acuerdo con la normativa de la administración de bienes ajenos, el administrador será el que tendrá que rendir cuentas de su gestión. Si los padres no administran los bienes de los hijos por corresponderle esta función a un administrador, este tendrá que rendir cuentas de su gestión. Al tratarse de un supuesto de administración extraordinaria el administrador en todo caso está obligado a realizar la rendición de cuentas, a diferencia de lo que sucede con los padres, que solo la realizarán si se lo pide el hijo.

### *B) Legitimación*

En cuanto a los legitimados para exigir las cuentas, un sector doctrinal considera que están legitimados solo los hijos, otro que también sus herederos (lo cual no tiene mucho sentido porque generalmente los herederos serán los propios padres), y otro que los herederos tienen solo derecho a proseguir la acción que el hijo hubiera ya iniciado. E incluso se ha reconocido también legitimación al Ministerio Fiscal[46].

En los supuestos de intervención judicial del artículo 167 del Código civil tras el nombramiento de un administrador también este podrá exigir a los padres una rendición de cuentas de la administración que hubieran realizado hasta el momento. Lo mismo sucederá en los supuestos en los que se produzca un cambio de administrador o cuando se prive a uno solo de los progenitores de la administración y se le encomiende al otro[47].

### *C) Objeto de la rendición de cuentas*

Hay que dar cuenta de todos los actos realizados sobre los bienes y derechos del patrimonio de los hijos, gastos, inversiones, deterioros, daños, plusvalías, minusvalías, etc.[48]. Incluso habrá que rendir cuentas de los frutos consumidos y destinados en la parte necesaria al levantamiento de las cargas familiares (art. 254-4.2 PCC)[49]. Los menores no podrán exigir el valor de los bienes que hubieran desmerecido, perecido o dejado de existir, si fueron consumidos en su propio interés.

### *D) Momento para exigir la rendición de cuentas*

En un primer momento podría pensarse que cuando se extinguiese la patria potestad. Pero si antes de extinguirse esta termina la administración

(por ejemplo porque la ejerce un tercero, o solo por uno de los progenitores) lo lógico es que se exija en ese momento sin que haya que esperar a que se produzca la extinción de la patria potestad[50].

Sin embargo se ha defendido que de acuerdo con la literalidad del precepto, aunque la administración se extinga antes de que lo haga la patria potestad, el precepto establece claramente que hasta ese momento cabe pedir la rendición de cuentas, por lo que la rendición de cuentas en todo caso deberá realizarse al término de la patria potestad[51].

Ahora bien, si los padres no administran los bienes de los hijos por corresponderle esta función a un administrador, de acuerdo con la normativa de la administración de bienes ajenos también habrá que rendir cuentas de su gestión.

### *E) Prescripción de la acción para exigir la rendición de cuentas*

El artículo 168 del Código civil establece que la acción para exigir el cumplimento de esta obligación prescribe a los 3 años, pero en la PCC no hemos señalado plazo de prescripción. La propuesta inicial durante la tramitación parlamentaria del artículo 168 del Código civil fue de un año (plazo propuesto por DÍEZ PICAZO), sin embargo finalmente se amplió a tres. Al respecto se ha dicho que la rendición de cuentas en este supuesto es un gesto odioso, aunque lícito, y su posibilidad genera una situación de amenaza e inseguridad que debe limitarse a un plazo breve[52]. En este punto seguimos la tendencia de reducir los plazos de prescripción.

En cuanto a la naturaleza jurídica del plazo para ejercitar la acción de rendición de cuentas, se ha planteado la doctrina si se trata de un plazo de caducidad y no de prescripción, en base a que tiene como fundamento objetivo la seguridad jurídica y un matiz social más acusado que la prescripción, por cuanto afecta al interés público. En este sentido para CASTÁN el plazo de tres años es de caducidad y no de prescripción, por su carácter (el ejercicio de una potestad)[53]. En cambio, para LLAMAS POMBO y la jurisprudencia el cómputo del plazo comienza desde el término de la patria potestad, y se trata de un plazo de prescripción, porque la dicción literal de la norma no permite otra interpretación, y la lógica tampoco, si se tiene en cuenta el principal objetivo de protección de los intereses del menor[54].

El Código civil de Cataluña, también contempla el plazo de tres años para el ejercicio de la acción, aunque en un primer momento el plazo era de dos años en el Código de familia (art. 148.3 CF). En la PCC no hemos indicado un plazo específico de prescripción, en consonancia con la posible responsabilidad civil en la que pueden incurrir los padres por una mala administración, que prescribirá de acuerdo con el plazo general previsto

para las acciones personales que no tienen previsto un plazo especifico a los 3 años (art. 612-1 PCC). En la redacción actual del Código civil no tiene sentido que para realizar la rendición de cuentas haya de plazo 3 años y para la responsabilidad de 5 años.

### *F) Plazo para rendir cuentas*

Sobre el plazo para rendir cuentas por los padres el Código civil y la PCC guardan silencio. En esta cuestión de rendición de cuentas sin embargo el Código civil de Cataluña, es más expeditivo, pues prevé un plazo de seis meses desde la reclamación, plazo que podrá ser prorrogado por el juez, con justa causa, por otro periodo de tres meses como máximo[55].

En relación con la tutela y la curatela, el artículo 174-15 PCC determina que la acción para exigir la rendición de cuentas prescribe a los tres años, contados desde la terminación del plazo establecido para ello pero no se establece un plazo para rendir cuentas, solo se dice que el curador y el tutor tienen obligación de rendir cuentas de su actuación al cesar en sus funciones. El Código civil sí que establece en el artículo 279 que tiene un plazo de tres meses, prorrogables por el tiempo que fuere necesario si concurre justa causa, y que el plazo para exigir la rendición de cuentas prescribe a los cinco años.

### *G) Realización de inventario*

El artículo 163 del Código civil párrafo segundo antes de ser reformado en 1981 exigía la realización de un inventario, con intervención del Ministerio Fiscal, de los bienes de los hijos sobre los que recae la administración de los padres. ¿Existe obligación de formar inventario? En este punto la opinión de la doctrina no es unánime. Ya que se suprimió este requisito, debemos entender que no existe dicha obligación para los padres en primer lugar porque se ha suprimido expresamente; en segundo lugar porque la rendición de cuentas no se produce siempre, sino que es facultativa; y en tercer lugar porque no toda administración conlleva previo inventario[56]. Por ello en la PCC no hacemos alusión a esta cuestión. Al respecto el artículo 236-23.1 Código civil de Cataluña establece literalmente que los progenitores están «dispensados de hacer inventario»[57].

Sin embargo, para otro sector de la doctrina, teniendo en cuenta la posible larga duración de la administración y la exigibilidad de rendición de cuentas, sería muy conveniente la realización del inventario de los bienes de cuya gestión deben rendir cuentas, siendo además una de las obligaciones

generales de todo administrador, y porque quien debe rendir cuentas de su gestión debe igualmente formar inventario de los bienes gestionados.

### *H) Reembolso y remuneración*

Los progenitores podrán reembolsarse los gastos producidos y los daños sufridos en relación con la administración de los bienes de los hijos. Sin embargo, no tendrán derecho a una remuneración por la actividad de administración tal y como se prevé para el caso del tutor, pues en el caso de la administración de los bienes de los hijos por los progenitores, se trata de una obligación que deriva de la patria potestad. Y a mayor abundamiento, en el contrato de mandato rige como regla general la gratuidad. Sí que cabría sin embargo una remuneración cuando el administrador sea un tercero.

## 2. Responsabilidad de los padres en el ejercicio de la administración

Los administradores pueden ser responsables por realizar una mala administración. Los padres responderán por todo daño o menoscabo que se produzca en el patrimonio del hijo debido a una deficiente administración. El precepto establece un régimen de responsabilidad de los padres en los supuestos de pérdida o deterioro de los bienes por dolo o culpa grave. Aunque en nuestro Código civil está prácticamente desterrada la doctrina de los grados de la culpa, sustituida por la moderación de la responsabilidad, en principio los administradores solo responderían por dolo o culpa grave, pero teniendo en cuenta la diligencia que se exige a los padres con carácter general en el artículo 164 del Código civil, la responsabilidad también alcanzaría a la culpa leve[58].

Se limita tanto en el Código civil como en el PCC la responsabilidad a los supuestos de dolo y culpa grave (art. 254-7.2 PCC y 168 del Código civil párrafo segundo). Sin embargo, el nivel de responsabilidad exigido en el ordenamiento catalán es distinto, pues los progenitores responderán de los daños y perjuicios producidos en los intereses administrados por «dolo o culpa propia» (art. 236-23-1 CCCat.), entendido como dolo o culpa, sin que sea necesario que sea una culpa grave.

Para la posible responsabilidad civil en la que pueden incurrir por la pérdida o deterioro de los bienes y derechos de los hijos por dolo o culpa grave regiría el plazo general de 5 años de prescripción (art. 1964 CC) que rige para las acciones personales que no tienen previsto un plazo de prescripción específico. En la PCC el plazo quedaría reducido a 3 años, *ex* artículo 612-1.

También puede ser que los padres por aplicación del artículo 1902 del Código civil respondan en supuestos de responsabilidad cuando el daño sufrido por el hijo ha sido provocado por la actuación de los progenitores, en el caso de accidentes que sufren los menores por conductas dolosas o negligentes de los padres.

En cuanto a la naturaleza de la responsabilidad, se trata de un supuesto de acumulación de responsabilidad contractual y extracontractual, en el que debe facultarse al hijo actor para que opte por la aplicación de una u otras normas[59].

Responsable será cualquiera de las personas que administren el patrimonio del menor: desde los padres, hasta el tercero administrador, pasando también por el defensor judicial[60]. En todo caso, la responsabilidad de los padres es conjunta y solidaria. No puede exonerarse uno de los progenitores alegando que él no ha intervenido en el acto causante de la pérdida o deterioro (por la configuración conjunta del ejercicio de la patria potestad, por la culpa o negligencia derivada de la omisión por parte del que no actuó —culpa por omisión—, y por la defensa del interés del hijo). Por tanto, los actos de gestión o de administración realizados por uno de los cónyuges al amparo de las facultades de administración que realiza cualquiera de los cónyuges no produce la exención de responsabilidad por parte del otro. Los actos de administración que realicen cualquiera de los progenitores vinculan a ambos siempre que hayan sido consentidos expresa o tácitamente por el otro[61]. En este caso el patrimonio de ambos progenitores queda afecto a las consecuencias de los actos de administración de los bienes de los hijos menores, siendo indiferente quién ejecutara directamente el acto. Sí podrá exonerarse uno de ellos si existe separación judicial o de hecho o divorcio, cuando uno solo de los padres realice actos perjudiciales con desconocimiento del otro[62].

En cuanto a los efectos que produce la responsabilidad, tendrá lugar un resarcimiento del patrimonio del hijo en el importe de la pérdida, deterioro o menoscabo producido. Los actos realizados por los padres, aunque sean lesivos para los intereses del hijo no adolecen de ineficacia, por lo que son plenamente válidos y eficaces[63].

## IX. CONCLUSIONES

I. La administración ordinaria de los bienes de los hijos por sus padres tal y como se encuentra regulada en nuestro Código civil es susceptible de mejora. No es necesario realizar una reforma radical de la materia, pero es muy conveniente adaptarla al momento actual con la finalidad de superar los problemas que se plantean en la práctica y que han quedado reflejados

a lo largo de este trabajo. Con esa finalidad y tomando como referencia al Código civil, hemos optado por dotar de mayor contenido a la administración de los bienes de los hijos por los padres en la PCC.

II. Partimos de la premisa de que los padres, en el ejercicio de la patria potestad, son los administradores legales de los bienes de los hijos, integrando la base esencial del aspecto económico de las relaciones paterno-filiales. Estas facultades de administración de los padres son muy amplias, pero no son ilimitadas. Se adoptan por ello una serie de cautelas para mantener el interés del menor a salvo.

III. Consideramos conveniente configurar la administración de los padres de una manera más amplia de lo que ordinariamente se entiende por administración, conteniendo no solo la facultad de realizar actos administrativos y de conservación del patrimonio, sino también todos aquellos que sean convenientes o útiles para el menor, como puede ser la obtención de los rendimientos de que sean susceptibles los bienes, incluyendo amplias facultades dispositivas, si bien en algunos supuestos será precisa la autorización judicial.

IV. Los padres tienen el deber de administrar los bienes de los hijos con la diligencia de una persona razonable, es decir, una diligencia media.

V. Pertenecen al hijo no emancipado los frutos y rendimientos de sus bienes, así como las ganancias de su propia actividad, pero la administración de dichos frutos corresponde a los padres. En cuanto a la determinación del criterio de aportación, los hijos están obligados a contribuir a los gastos familiares en proporción a su nivel de ingresos y al del resto de la familia. El Código civil se limita a señalar que los hijos deben contribuir en la parte que le corresponda, pero no establece cuál es la parte que deben aportar ni aclara si deben realizar una aportación proporcional a su patrimonio y a sus rentas en relación con los otros miembros del grupo familiar, por lo que en este punto en la PCC hemos querido precisar esta cuestión entendiendo que la contribución a las cargas familiares será proporcional según las posibilidades de los hijos y teniendo en cuenta también las de los demás miembros de la familia. Para ello se afectarán los frutos y rendimientos de los bienes de los hijos, pero no el resto de su patrimonio.

VI. Es muy acertado someter a control judicial y del Ministerio Fiscal el ejercicio de la patria potestad en relación con la administración del patrimonio de los hijos. No es preciso que se haya consumado un perjuicio patrimonial del menor, siendo suficiente la realización de actos por parte de los padres que comprometan bienes o derechos integrantes del patrimonio administrado. Hemos optado por proponer una legitimación amplia para solicitar la intervención judicial en caso de peligro patrimonial, considerando que podrá solicitarlo cualquier persona e incluso el

juez podrá acordar de oficio la adopción de las medidas necesarias para la seguridad y recaudo de los bienes, como puede ser exigir una garantía a los padres o nombrar un administrador de los bienes.

VII. Al igual que el Código civil, en la Propuesta partimos de la idea de que no es obligatorio que los padres rindan cuentas cuando terminen de administrar los bienes de los hijos, sino que son los hijos quienes podrán exigirles tal rendición si así lo desean. De acuerdo con el plazo general de prescripción de las acciones personales contemplado en la PCC, el plazo para solicitar la rendición de cuentas será el general de 3 años, pues seguimos la tendencia en este punto de reducir los plazos de prescripción.

## BIBLIOGRAFÍA

ANDRÉS SANTOS, F.J.: Comentario de los artículos 190 y 191 LH, en *Comentarios a la Ley Hipotecaria*, VV. AA., Dir. Domínguez Luelmo, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2.ª ed., 2016.

ANGUITA RÍOS, R.M.: La administración de los bienes de los hijos menores en el ejercicio de la patria potestad, *La Ley Digital,* 14127/2017.

BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M.: Comentario de los artículo 165, 167 y 168 del Código civil, en *Comentarios al Código civil*, VV. AA., Coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 3.ª ed., 2009.

BOSCH CAPDEVILA, E.: *La administración de los bienes de los hijos en el «Codi de Família»,* Bosch, Barcelona, 1999.

CASTÁN VÁZQUEZ, J.M.: Comentario de los artículos 156, 167 y 168 del Código civil, en *Comentario del Código civil*, VV. AA., Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

CHAPARRO MATAMOROS, P.: Capítulo XII. La responsabilidad de los padres y tutores por la administración de los bienes de los hijos y de los pupilos, en *Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares*, VV. AA., De Verda y Beamonte, J. R. (Coord.), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2012.

DÍEZ GARCÍA, H.: Comentario del artículo 167, en *Las modificaciones al Código civil del año 2015,* VV. AA., coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.

GARRIDO MELERO, M.: *Derecho de Familia ( Un análisis del Código civil Catalán y su correlación con el Código civil español), Tomo II, Progenitores y descendientes. Protección civil de los menores, incapacitados y discapacitados,* Marcial Pons, Madrid, 2.ª ed., 2013.

LLAMAS POMBO, E.: Comentario de los artículos 164, 165, 166 y 168 del Código civil, en *Código civil comentado*, Volumen I, VV. AA., Dir. Cañizares Laso, Orduña Moreno, de Pablo Contreras, Valpuesta Fernández, Navarra, Aranzadi, 2.ª ed., 2016.

MENÉNDEZ MATO, J.C.: Comentario de los artículo 156, 167 y 168 del Código civil, en *Comentarios al Código civil*, VV. AA., Dir. Domínguez Luemo, Lex Nova, Valladolid, 2010.

PRADA GONZÁLEZ, J. M. de: La patria potestad tras la reforma del Código civil, *AAMN,* T. XXV, 2004.

PUIG BLANES, F. de P.: Comentario de los artículos 236-22 y 236-24, en *Comentarios al Código civil de Cataluña*, VV. AA., Coord. Puig Blanes y Sospedra Navas, Tomo I, Civitas Thomson Reuters, Navarra, 2011.

SERRANO GÓMEZ, E.: Comentario del artículo 168 LH, en *Comentarios a la Ley Hipotecaria,* VV. AA., Dir. Domínguez Luelmo, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2.ª ed., 2016.

YZQUIERDO TOLSADA, M.: Comentario del artículo 156 Código civil, en *Código civil comentado,* Volumen I, VV. AA., Dir. Cañizares Laso, Orduña Moreno, De Pablo Contreras, Valpuesta Fernández, Navarra, Aranzadi, 2.ª ed., 2016.

## ÍNDICE DE RESOLUCIONES

### Sentencias del Tribunal Supremo

- STS de 1 de julio de 1981 (*RJ* 1981, 3037)
- STS de 28 de noviembre de 1989 (*RJ* 1989, 7915)
- STS de 16 de abril de 1998 (*RJ* 1998, 2392)
- STS de 6 de mayo de 1998 (*RJ* 1998, 2934)

### Sentencias de Audiencias Provinciales

- SAP de Granada de 9 de marzo de 2007 (*JUR* 2007, 203745)
- SAP de Islas Baleares de 7 de septiembre de 2010 (*AC* 2010, 1367)
- SAP de Las Palmas de 17 de marzo de 2015 (*JUR* 2015, 120344)

## NOTAS

[1] Cfr. AGUILERA DE LA SIERRA, T.: *Actos de administración, de disposición y de conservación,* Montecorvo, Madrid, 1973, 294 y sigs.

[2] Cfr. ANGUITA RÍOS, R.M.: La administración de los bienes de los hijos menores en el ejercicio de la patria potestad, *La Ley Digital,* 14127/2017.

[3] Cfr. ANGUITA RÍOS, cit.

[4] Se trata de supuestos en los que el hijo realiza una actividad o trabajo que genera un beneficio.

[5] Cfr. ANGUITA RÍOS, cit.

[6] Cfr. LLAMAS POMBO, E.: Comentario del artículo 165 Código civil, en *Código civil comentado*, Volumen I, VV. AA., Dir. Cañizares Laso, Orduña Moreno, De Pablo Contreras, Valpuesta Fernández, Navarra, Aranzadi, 2.ª ed., 2016, 838.

[7] Cfr. BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M.: Comentario del artículo 165 Código civil, en *Comentarios al Código civil,* VV. AA., Coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 3.ª ed., 2009, 299.

[8] Cfr. SERRANO GÓMEZ, E.: Comentario del artículo 168 LH, en *Comentarios a la Ley Hipotecaria*, VV. AA., Dir. Domínguez Luelmo, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2.ª ed., 2016, 1416.

[9] Cfr. ANDRÉS SANTOS, F.J.: Comentario de los artículo 190 y 191 LH, en *Comentarios a la Ley Hipotecaria*, VV. AA., Dir. Domínguez Luelmo, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2.ª ed., 2016, 1493 y sigs.

[10] Cfr. LLAMAS POMBO, Comentario del artículo 164 Código civil, cit. 832 y 833.

[11] Cfr. BALLESTEROS DE LOS RÍOS, Comentario del artículo 164 Código civil, cit. 298.

[12] Podrán los padres realizar gastos necesarios y útiles, pagar impuestos, arrendar bienes muebles resolviendo el contrato al finalizar su administración, suscribir contratos de arrendamiento rústico o urbano por tiempo no superior a la duración de la administración, etc. También tienen derecho a la posesión de las cosas del hijo que administran (posesión en concepto distinto de dueño). Cfr. LLAMAS POMBO, Comentario del artículo 164 Código civil, cit., 833 y 834.

Destacan como obligaciones generales de todo administrador: deber de fidelidad, deber de cumplir la gestión encomendada, deber de información y consulta, deber de custodia, conservación y mejoramiento de los bienes, realizar reparaciones necesarias y útiles en los bienes, responder de los deterioros y menoscabos debidos a dolo o culpa, deber de satisfacer las deudas contraídas por el hijo o las indemnizaciones por actos dañosos realizados por el mismo e invertir correctamente el numerario del hijo y los capitales cobrados (LLAMAS POMBO, Comentario del artículo 164 Código civil, cit., 837).

[13] Cfr. LLAMAS POMBO, Comentario del artículo 164 Código civil, cit., 836 y 837.

[14] Así lo entendió la SAP de las Palmas de 17 de marzo de 2015 (*JUR* 2015, 120344), en un supuesto en el que la madre custodia inicia un procedimiento de desahucio por precario sobre una plaza de garaje titularidad de la hija menor de edad, siendo el padre quien utiliza dicho inmueble. La AP entiende que la administración del patrimonio privativo de la hija es una decisión extraordinaria muy alejada de las decisiones que se adoptan diariamente propias del ejercicio de la guarda y custodia, que se caracterizan porque suelen pasar desapercibidas por su intrascendencia. Sin embargo, en este caso hay un claro interés contrapuesto que dificulta cualquier decisión consensuada adoptada por ambos ejercientes de la patria potestad, por lo que en caso de desacuerdo, será el juez el que deba resolver sobre la conveniencia del mantenimiento o no de la posesión, sin que se pueda activar el desahucio automático por decisión unilateral del progenitor custodio.

[15] Cfr. BALLESTEROS DE LOS RÍOS, Comentario del artículo 156 Código civil, cit., 290; CASTÁN VÁZQUEZ, J.M.: Comentario del artículo 156 Código civil, en *Comentario del Código civil*, VV. AA., Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, 553; YZQUIERDO

TOLSADA, M.: Comentario del artículo 156 Código civil, en Código civil comentado, Volumen I, VV. AA., Dir. Cañizares Laso, Orduña Moreno, De Pablo Contreras, Valpuesta Fernández, Navarra, Aranzadi, 2.ª ed., 2016, 800; MENÉNDEZ MATO, J.C.: Comentario del artículo 156 Código civil, en *Comentarios al Código civil*, VV. AA., Dir. Domínguez Luemo, Lex Nova, Valladolid, 2010, 276.

[16] El Código de Familia catalán regulaba en el artículo 139 el caso de vida separada de los padres en relación al ejercicio de la patria potestad, que era aplicable tanto a los supuestos de separación judicial como a los de separación de hecho. En el caso de la judicial, el convenio regulador o la resolución judicial a falta del mismo decidirán cómo se ejercerá la patria potestad sobre los hijos. BOSCH CAPDEVILA, E.: *La administración de los bienes de los hijos en el «Codi de Família»,* Bosch, Barcelona, 1999, 59.

[17] Cfr. GARRIDO MELERO, M.: *Derecho de Familia ( Un análisis del Código civil Catalán y su correlación con el Código civil español), Tomo II, Progenitores y descendientes. Protección civil de los menores, incapacitados y discapacitados*, Marcial Pons, Madrid, 2.ª ed., 2013, 685.

[18] Cfr. PUIG BLANES, F. de P.: Comentario del artículo 236-22, en *Comentarios al Código civil de Cataluña,* VV. AA., Coord. Puig Blanes y Sospedra Navas, TOMO I, Civitas Thomson Reuters, Navarra, 2011, 523.

[19] Cfr. LLAMAS POMBO, Comentario del artículo 165 Código civil, cit., 839.

[20] Tras la realización del Seminario en abril 2019 y tras el debate realizado con los asistentes, creemos conveniente modificar la inicial redacción de la PCC en el sentido de precisar que los hijos deben contribuir a los gastos familiares proporcionalmente de acuerdo a sus ingresos y a los de los demás miembros de la familia.

[21] Cfr. GARRIDO MELERO, cit., 687.

[22] Cfr. LLAMAS POMBO, Comentario del artículo 166 Código civil, cit., 840.

[23] Existen aquí diferencias entre el del Código civil y el CCCat. y la PCC. La PCC en este punto dice lo mismo que el CCCat. Teniendo en cuenta esto, hay que señalar que nos encontramos con el problema de determinar qué parte deben aportar los hijos al sostenimiento de las cargas familiares o qué criterio de proporcionalidad debe aplicarse, y cómo debe ser modulada en su caso por la equidad. Esta obligación de entrega se produce en el Derecho catalán y en la PCC, pero no en el Código civil. Donde no hay diferencias entre los tres textos es en el caso de bienes atribuidos especialmente para la educación y formación del hijo, pues en ese supuesto no hay obligación de entrega de frutos y rentas para atender las cargas familiares. El administrador especial puede destinar las rentas y frutos al pago de dichos gastos, que no dejan de ser además cargas de la familia, y solo una vez satisfechos, si todavía hay remanente, será cuando surja la obligación de entrega a los progenitores para atender otros gastos. También los tres textos contemplan la posibilidad de que los progenitores no dispongan de otros medios que los frutos y rentas de los bienes destinados a la educación, en cuyo caso decae las facultades del administrador especial y dichos frutos y rentas deben ser entregados a los progenitores para el cumplimiento de la contribución de los hijos a las cargas familiares. Vid. GARRIDO MELERO, cit., 687.

[24] Cfr. ANGUITA RÍOS, cit.

[25] Cfr. ANGUITA RÍOS, cit.

[26] Cfr. GARRIDO MELERO, cit., 686.

[27] Cfr. ANGUITA RÍOS, cit.

[28] Cfr. DÍEZ GARCÍA, H.: Comentario del artículo 167, en *Las modificaciones al Código civil del año 2015,* VV. AA., coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, 491.

[29] Cfr. CASTÁN VÁZQUEZ, Comentario del artículo 167, cit., 570.

[30] Cfr. BALLESTEROS DE LOS RÍOS: Comentario del artículo 167 Código civil, cit., 301.

[31] *RJ* 1981, 3037.

[32] Cfr. LLAMAS POMBO, Comentario del artículo 167 Código civil, cit., 852. DÍEZ GARCÍA, cit., 491.

[33] *RJ* 1989, 7915.

[34] 25 millones de pesetas del año 1989.

[35] Cfr. LLAMAS POMBO, Comentario del artículo 167 Código civil, cit., 852.

[36] Cfr. MENÉNDEZ MATO, Comentario del artículo 167 Código civil, cit., 288; LLAMAS POMBO, Comentario del artículo 167 Código civil, cit., 852.

[37] Apartar a los padres de la administración de los bienes de los hijos con el consiguiente nombramiento de un administrador puede hacerse en la donación o en el testamento, o bien nombrar un administrador judicial a través del procedimiento de jurisdicción voluntaria.

[38] Cfr. DÍEZ GARCÍA, cit., 491. Incluso en caso de que exista un conflicto de interés con sus representantes legales, resulta necesario el nombramiento de un defensor judicial.

[39] *RJ* 1998, 2934. Se trata de un supuesto en el que se concedió una gran indemnización a un recién nacido por la pérdida de la vista causada como consecuencia de una indebida estancia prolongada en la incubadora. El Tribunal acuerda que durante la minoría de edad del hijo del demandante, todos los gastos y detracciones que se hagan de la suma concedida, cuando sean superiores a tres millones de pesetas anuales, habrán de ser aprobados por la autoridad judicial encargada de la ejecución de la sentencia, oído el Ministerio Fiscal y atendida la finalidad protectora de la indemnización.

[40] Cfr. CHAPARRO MATAMOROS, P.: «Capítulo XII. La responsabilidad de los padres y tutores por la administración de los bienes de los hijos y de los pupilos», en *Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiare*s, VV. AA., De Verda y Beamonte, J. R. (Coord.), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2012, 495.

[41] Cfr. GARRIDO MELERO, cit., 692.

[42] Cfr. CASTÁN VÁZQUEZ: Comentario del artículo 168 Código civil, cit., 570.

[43] Cfr. LLAMAS POMBO, Comentario del artículo 168 Código civil, cit., 854. Llama la atención no obstante que en el resto del ordenamiento jurídico no existe ni un solo caso en el que se exima de rendir cuentas a quienes administran patrimonios ajenos: el albacea, el administrador concursal, el tutor y el mandatario.

[44] En este sentido se pronuncia BALLESTEROS DE LOS RÍOS, Comentario del artículo 168 Código civil, cit., 301. En cambio RAMS ALBESA estima que tienen que rendirlas ambos por ser coadministradores con independencia de quién de ellos sea el gestor habitual, ya que el que no sea administrador habitual solo puede eximirse si solicita la intervención judicial del artículo 167 Código civil.

[45] Cfr. CASTÁN VÁZQUEZ, Comentario del artículo 168 Código civil, cit., 571.

[46] Cfr. LLAMAS POMBO, Comentario del artículo 168 Código civil, cit., 854. Para CASTÁN, solo están legitimados los hijos, pero no sus herederos, aunque tal vez haya que reconocerles el derecho a proseguir la acción que el hijo hubiera ya iniciado (Cfr. CASTÁN VÁZQUEZ, Comentario del artículo 168 Código civil, cit., 570.

[47] Cfr. MENÉNDEZ MATO, Comentario del artículo 168 Código civil, cit., 288, siguiendo a Bercovitz.

[48] Cfr. LLAMAS POMBO, Comentario del artículo 168 Código civil, cit., 854.

[49] Pues como ya he señalado anteriormente, a pesar de la redacción inicial de la PCC defendemos en la actualidad que también deberán rendir cuentas los padres de los frutos destinados al levantamiento de las cargas familiares si así se lo piden sus hijos.

[50] Cfr. CASTÁN VÁZQUEZ, Comentario del artículo 168 Código civil, cit., 571; CHAPARRO MATAMOROS, cit., 505.

[51] Cfr. LLAMAS POMBO, Comentario del artículo 168 Código civil, cit., 584 y 585.

[52] Cfr. CASTÁN VÁZQUEZ, Comentario del artículo 168 Código civil, cit., 571.

[53] Cfr. BALLESTEROS DE LOS RÍOS, Comentario del artículo 168 Código civil, cit., 301. PUIG BLANES, Comentario del artículo 236-24, cit., 526.

[54] Cfr. LLAMAS POMBO, Comentario del artículo 168 Código civil, cit., 855. La SAP Islas Baleares de 7 de septiembre de 2010 (*AC* 2010, 1367) considera que se trata de un plazo de prescripción básicamente por la dicción legal del mismo, que establece que la acción «prescribirá a los tres años» cuando pudo haber dicho «caducará a los tres años».

[55] Cfr. GARRIDO MELERO, cit., 692.

[56] Cfr. LLAMAS POMBO, Comentario del artículo 164 Código civil, cit., 838.

[57] Cfr. PRADA GONZÁLEZ, J. M. de: La patria potestad tras la reforma del Código civil, *AAMN,* T. XXV, 2004, 32.

[58] Cfr. LLAMAS POMBO, Comentario del artículo 168 Código civil, cit., 855.

[59] Cfr. LLAMAS POMBO, Comentario del artículo 168 Código civil, cit., 855.

[60] STS de 16 de abril de 1998 (*RJ* 1998, 2392).

[61] SAP de Granada de 9 de marzo de 2007 (*JUR* 2007, 203745).

[62] Cfr. LLAMAS POMBO, Comentario del artículo 168 Código civil, cit., 855.

[63] Cfr. LLAMAS POMBO, Comentario del artículo 168 Código civil, cit., 856.

*(Trabajo recibido el 19-6-2019 y aceptado para su publicación el 7-11-2019)*

# La importante modificación que propone en el derecho sucesorio español el anteproyecto de ley de reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*

# *The important modification proposed in the Spanish successor right the draft law of reform of civil and procedural legislation on disability*

por

PEDRO BOTELLO HERMOSA

*Profesor de la Universidad Pablo de Olavide*

*RESUMEN*: Desde que entró en vigor la Ley 41/2003 de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, los españoles con hijos o descendientes con su capacidad modificada judicialmente podrán convertirlos en fiduciarios de una sustitución fideicomisaria que recaiga sobre todo el tercio de legítima estricta, convirtiéndose con ello el resto de herederos forzosos en fideicomisarios.

* El presente artículo se ha elaborado en el marco del Grupo de investigación SEJ617: Nuevas Dinámicas del Derecho Privado Español y Comparado.

Sin embargo, el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad propone algo mucho más importante:

1.º. Que se recoja por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico que dicha sustitución fideicomisaria será de residuo, aunque con la limitación de que el fiduciario no pueda disponer *mortis causa*, ni gratuitamente *inter vivos*.

2.º. Que aquellos padres que tengan algún hijo que se encuentre en una situación física o psíquica que le impida desenvolverse de forma autónoma puedan decidir libremente cómo disponer del tercio de legítima estricta para protegerlo, no quedando, por tanto, limitado al uso de la sustitución para ello.

*ABSTRACT: One of the historical principles of Spanish inheritance law is the quantitative intangibility of the strict legitimate. However, back in 2003 the Spanish legislator introduced a first possibility of violating this principle through the special trustee that the testator could establish in favor of disabled children or descendants.*

*Instead, the recent Draft Law reforming the Civil and Procedural Legislation on disability, propose something much more important:*

*1.º. That is recorder for the first time in our legal system that said trustee substitution will be waste, although with the limitation that the fiduciary cannot dispose of mortis causa, nor free inter vivos.*

*2.º. That those parents who have a child who is in a physical or psychic situation that prevents them form developing autonomously can freely decide how to dispose of a third of legitimate to protect him, therefore not being limited to the use of the replacement for it.*

*PALABRAS CLAVES:* Legítima. Intangibilidad. Sustitución fideicomisaria. Anteproyecto de Ley de reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad.

*KEY WORDS: Legitimate. Intangibility. Trustee. Draft Law reforming the Civil and Procedural Law in matters of disability.*

*SUMARIO:* I. INTRODUCCIÓN.—II. DIFERENCIAS ENTRE EL ACTUAL ARTÍCULO 782 DEL CÓDIGO CIVIL Y LA NUEVA REDACCIÓN PROPUESTA EN EL ANTEPROYECTO DE LEY: 1. La exclusión de los nietos y demás descendientes como posibles beneficiarios de la institución. 2. Los nuevos beneficiarios: las personas que se encuentren en una situación física o psíquica que le impida desenvolverse

DE FORMA AUTÓNOMA. 3. IMPOSIBILIDAD DE GRAVAR LA LEGÍTIMA DE POSIBLES FIDEICOMISARIOS QUE TUVIESEN TAMBIÉN UN HIJO EN UNA SITUACIÓN FÍSICA O PSÍQUICA QUE LE IMPIDA DESENVOLVERSE DE FORMA AUTÓNOMA.—III. DUDAS QUE EXISTEN EN NUESTRO ORDENAMIENTO RESPECTO AL ACTUAL ARTÍCULO 782 DEL CÓDIGO CIVIL, Y QUE NO SE DISIPAN CON LA NUEVA REDACCIÓN PROPUESTA EN EL ANTEPROYECTO DE LEY.—IV. POSIBLE TANGIBILIDAD ABSOLUTA DE LA LEGÍTIMA ESTRICTA A EXPENSAS DE LA VOLUNTAD DEL TESTADOR EN BASE A LA REDACCIÓN DEL ARTÍCULO 808 DEL ANTEPROYECTO.—V. LA «DE RESIDUO» COMO MODALIDAD DE SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA SOBRE LA LEGÍTIMA ESTRICTA ESTABLECIDA EN EL ANTEPROYECTO: 1. FIN DEL DEBATE DOCTRINAL AL RESPECTO. 2. LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA DE RESIDUO SI *ALIQUID SUPERERIT* POR LA QUE APUESTA EL ANTEPROYECTO, AUNQUE CON IMPORTANTES LÍMITES.

## I. INTRODUCCIÓN

Entre noviembre de 2015 y diciembre de 2017, la Sección Primera, de lo Civil, de la Comisión General de Codificación trabajó en la elaboración de un texto que finalmente fue presentado a la consideración del ministro de Justicia el 20 de febrero de 2018, no siendo hasta el 21 de septiembre de 2018 cuando el conocido como Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad[1], fue presentado a la consideración del Consejo de Ministros, que lo informó en primera vuelta.

Aun no siendo el tema central[2] de la reforma que propone el APL para el Código civil[3], el presente artículo versa sobre una modificación que la Comisión de dicho Anteproyecto propone y que podría conllevar unas consecuencias jurídicas sin precedentes en nuestro ordenamiento jurídico, como es la modificación de los actuales artículos 782 y 808 del Código civil, o lo que es lo mismo, de la actual sustitución fideicomisaria que puede recaer sobre el tercio de la legítima estricta a favor de los descendientes del testador que tengan su capacidad modificada judicialmente

Y es que, en 2003[4] se introdujo en nuestro ordenamiento un supuesto de tangibilidad incluso cuantitativa de la legítima estricta, al concedérsele al testador la facultad de establecer a favor de sus descendientes con su capacidad modificada judicialmente, una sustitución fideicomisaria sobre todo ese tercio de la herencia, lo cual atenta contra los antecedentes históricos del Código civil, ya que dicha situación puede desembocar en que el resto de herederos forzosos se vean totalmente privados de su herencia.

Por tanto, el objeto del presente artículo es la comparación entre los actuales artículos 782 y 808 del Código civil (cuyo contenido viene provocando importantes dudas[5] doctrinales desde su nuevo contenido en 2003), y la nueva redacción que para ellos propone la Comisión General de Codificación en el APL.

## II. DIFERENCIAS ENTRE EL ACTUAL ARTÍCULO 782 DEL CÓDIGO CIVIL Y LA NUEVA REDACCIÓN PROPUESTA EN EL ANTEPROYECTO DE LEY

Recoge actualmente el Código civil español en su artículo 782 que:

«Las sustituciones fideicomisarias nunca podrán gravar la legítima, salvo que graven la legítima estricta en beneficio de un hijo o descendiente judicialmente incapacitado en los términos establecidos en el artículo 808. Si recayeren sobre el tercio destinado a la mejora, solo podrán hacerse en favor de los descendientes».

Por su parte, el apartado 35 del artículo primero del APL expone que:

«El artículo 782 se redacta conforme se indica a continuación:

Las sustituciones fideicomisarias nunca podrán gravar la legítima, salvo cuando se establezcan en beneficio de un hijo del testador que se encuentre en una situación física o psíquica que le impida desenvolverse de forma autónoma. No obstante, esta sustitución sobre la legítima estricta no será eficaz o se extinguirá si el fideicomisario tuviese, a su vez, hijos en esa misma situación.

Si la sustitución fideicomisaria recayere sobre el tercio destinado a mejora, solo podrá establecerse a favor de los descendientes».

### 1. La exclusión de los nietos y demás descendientes como posibles beneficiarios de la institución

La primera de las diferencias que se observan entre una y otra redacción es que actualmente pueden beneficiarse de la institución los nietos y demás descendientes (siempre con su capacidad modificada judicialmente) del testador, mientras que a partir de la entrada en vigor de la Ley por la que se reforma la legislación en materia de discapacidad únicamente podrían beneficiarse de la sustitución fideicomisaria especial sus hijos[6], quedando por ello excluido los demás descendientes como posibles beneficiarios, y disipándose con ello la duda existente en la actualidad en nuestra doctrina respecto a si los descendientes con su capacidad modificada judicialmente del testador deben ostentar, o no, la condición de legitimarios para poder ser

instituidos fiduciarios, o dicho de otra forma, si podrá el testador atribuir el tercio de legítima estricta a favor de su nieto con su capacidad modificada judicialmente cuando este no sea legitimario por vivir su padre.

Es decir, que se acaban con las actuales dudas que existen en nuestra doctrina dada la redacción actual del Código civil, ya que existen autores[7] que defienden que el fiduciario ha de ser, necesariamente, un descendiente legitimario para poder ser establecido como fiduciario sobre la legítima estricta, mientras que otros[8] consideran que los descendientes con su capacidad modificada judicialmente podrán ser siempre nombrados fiduciarios por el testador, sean o no legitimarios.

Eso sí, si bien es cierto que con la redacción propuesta por la Comisión desaparecería el interrogante que existe hoy en día en nuestra doctrina respecto a si los descendientes han de ser o no legitimarios para ser instituidos como beneficiarios de la sustitución fideicomisaria dado que ya solo podrán ser los hijos y nunca los descendientes, también es cierto que con el nuevo contenido del artículo 782 se les estaría privando a los ascendientes españoles de una posibilidad que hoy en día sí tienen, como es la posibilidad de proteger lo máximo posible a su nieto con capacidad modificada judicialmente, estableciéndole incluso como fiduciario del tercio de legítima estricta.

## 2. Los nuevos beneficiarios: Las personas que se encuentre en una situación física o psíquica que le impida desenvolverse de forma autónoma

La segunda diferencia que se aprecia entre ambas redacciones es que en la actual se puede proteger mediante la sustitución fideicomisaria a las personas incapacitadas, mientras que en la nueva redacción propuesta por la Comisión (donde el actual procedimiento de incapacitación sufre una profunda reforma desapareciendo el procedimiento de incapacitación como tal, y con ello las personas incapacitadas) se ha apostado por constituir como nuevos posibles beneficiarios a las *personas que se encuentre en una situación física o psíquica que le impida desenvolverse de forma autónoma.*

Pero, ¿dónde se regula con exactitud quién es una persona que se encuentran en una situación física o psíquica que le impide desenvolverse de forma autónoma?

Lo cierto es que ni en el Código civil, ni tampoco en el APL, se recoge quienes son esas personas, por lo que deberemos acudir a la 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, en cuyo artículo 2 dedicado a las definiciones se recoge lo siguiente:

«1. Autonomía: la capacidad de controlar, afrontar y tomar, por propia iniciativa, decisiones personales acerca de cómo vivir de acuerdo con

las normas y preferencias propias así como de desarrollar las actividades básicas de la vida diaria.

4. Necesidades de apoyo para la autonomía personal: las que requieren las personas que tienen discapacidad intelectual o mental para hacer efectivo un grado satisfactorio de autonomía personal en el seno de la comunidad».

Es decir, que en base a las definiciones de la Ley de la Dependencia podemos llegar a la conclusión de que las personas que podrán beneficiarse de la legítima estricta del resto de herederos forzosos son aquellos que posean un reconocimiento administrativo de discapacidad (física o psíquica) que no tengan un grado de autonomía personal en el seno de la sociedad.

O dicho de otra forma, si en la actualidad para que pueda constituirse una sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta de cualquier persona se necesita una sentencia judicial firme de incapacitación que declare el grado de apoyo que necesita la persona, con la redacción que se propone mediante el APL, en cambio, no se necesitaría ninguna sentencia judicial para poder establecer al fiduciario en cuestión, ya que solo se exigiría el reconocimiento administrativo de discapacidad que le impida tener un grado de autonomía personal en el seno de la sociedad, entre los que pueden encontrarse, entre otros, los pródigos, los alcohólicos, los drogodependientes, etc.

Particularmente discrepo de esta opción de posibles beneficiarios de la institución, ya que considero que los posibles fiduciarios de la institución que recae sobre el tercio de legítima estricta del resto de herederos forzosos deberían ser exclusivamente aquellos a los que por sentencia judicial se les ha nombrado apoyo en todos los ámbitos de su vida debido al grado de discapacidad que padecen, es decir, los que actualmente necesitan que se les nombre un tutor en base a la redacción actual del Código civil, o los que, ateniéndonos a la nueva propuesta del APL respecto al procedimiento para nombrar medidas de apoyo a las personas con discapacidad, necesitarían el nombramiento de un curador que le apoyase en todos los ámbitos de su vida[9].

El único problema al respecto es que en el APL, como bien apunta MAGARIÑOS BLANCO[10], «La nueva regulación del Anteproyecto acoge, dentro del ámbito de la curatela, todos los supuestos de discapacidad, desde el que necesita apoyo más intenso, que incluye la sustitución de la voluntad del discapacitado, hasta el que necesita una mera asistencia para poder comunicarse o relacionarse, por dificultad de movilidad. Sin distinguir, de modo sistemático, como lo hacen otros ordenamientos, como el suizo, las diversas clases o tipos de curatela, según la intensidad del apoyo: curatela de representación, de acompañamiento, de cooperación y general (que comprende todos los asuntos personales y patrimoniales)».

Pero entonces, ¿qué tipo de persona curatelada podrá beneficiarse de la institución que estudiamos? ¿Acaso tendrán todas las curatelas el mismo

alcance? ¿Cómo fijar los posibles beneficiarios de la sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta?

Y yo me planteo, ¿por qué no regular los diversos tipos de curatela que pueden existir en base al diferente grado de necesidad de apoyo que necesite la persona en cuestión? Por ejemplo, si en el APL se hubiesen fijado los diferentes tipos de curatela existentes en Suiza, que son la curatela de representación, de acompañamiento, de cooperación y general (que comprende todos los asuntos personales y patrimoniales), en la nueva redacción del artículo 782 hubiese podido incluirse algo parecido a: «Las sustituciones fideicomisarias nunca podrán gravar la legítima, salvo cuando se establezcan en beneficio de un hijo del testador que se encuentre en *situación de curatela general* (…)».

Sin embargo, una vez descartada la graduación de la curatela en el articulado propuesto en el APL, creo que también podría fijarse el alcance de la institución que estudiamos con una redacción similar a la siguiente: «Las sustituciones fideicomisarias nunca podrán gravar la legítima, salvo cuando se establezcan en beneficio de un hijo del *testador a cuyo favor se haya nombrado un curador en todos los ámbitos de su vida*», asegurándose con dicha redacción que la sustitución fideicomisaria que recae sobre la legítima estricta de todos los herederos forzosos queda reservada exclusivamente a favor de las personas que necesiten ser apoyadas en todos los ámbitos de su vida.

### 3. Imposibilidad de gravar la legítima de posibles fideicomisarios que tuviesen también un hijo en una situación física o psíquica que le impida desenvolverse de forma autónoma

Otra diferencia que se aprecia entre ambas redacciones es que en el primer párrafo de la propuesta por la Comisión se incluye la siguiente frase: «No obstante, esta sustitución sobre la legítima estricta no será eficaz o se extinguirá si el fideicomisario tuviese, a su vez, hijos en esa misma situación».

Es decir, que en base a la nueva redacción no podrá gravarse mediante la sustitución fideicomisaria que venimos estudiando a posibles fideicomisarios que tuviesen también un hijo en una situación física o psíquica que le impida desenvolverse de forma autónoma, evitándose con ello que por proteger a una persona en tal situación se llegase a perjudicar a otra que se encontrase en las mismas circunstancias.

De la literalidad de la frase se puede deducir que la sustitución fideicomisaria ni siquiera llegaría a producirse (*no será eficaz*) en los supuestos en los que en el momento de la apertura de la sucesión exista un posible fideicomisario con un hijo en una situación física o psíquica que le impida desenvolverse de

forma autónoma, pero también se entiende que una sustitución fideicomisaria vigente podrá dejar de existir (*se extinguirá*) cuando en cualquier momento posterior a su constitución le sea declarada a un hijo del fideicomisario la situación física o psíquica que le impida desenvolverse de forma autónoma.

Pero, ¿qué ocurrirá si existen varios fideicomisarios y solo uno de ellos tiene un hijo en una situación física o psíquica que le impida desenvolverse de forma autónoma? Parece que lo lógico será entender que la única porción de la legítima estricta que no queda gravada a favor del hijo del testador beneficiario de la institución será la correspondiente al fideicomisario con un hijo en las condiciones personales ya expuestas, si bien la sustitución fideicomisaria seguirá vigente en relación a la cuota de legítima estricta del resto de fideicomisarios.

## III. DUDAS QUE EXISTEN EN NUESTRO ORDENAMIENTO RESPECTO AL ALCANCE DEL ACTUAL ARTÍCULO 782 DEL CÓDIGO CIVIL, Y QUE NO SE DISIPAN CON LA NUEVA REDACCIÓN PROPUESTA EN EL ANTEPROYECTO DE LEY

Lo primero que he de decir es que aunque en el título de este punto sexto hago referencia exclusivamente a las dudas que siguen sin disiparse con la nueva redacción propuesta por la Comisión, siendo justo he de exponer que con dicha redacción también se ha terminado con alguna de ellas, como, por ejemplo, la que existe en relación con los descendientes del testador con su capacidad modificada judicialmente que no sean legitimarios, situación que se supera con la redacción propuesta en el APL, donde los descendientes dejan de ser posibles beneficiarios al limitarse su alcance única y exclusivamente a favor de los hijos.

Sin embargo, a continuación nos centraremos en algunas dudas que en la actualidad existen en nuestro ordenamiento en base a la literalidad del artículo 782 y que seguirían existiendo con la nueva redacción propuesta en el APL, como pueden ser:

1.ª. Hoy en día se plantean nuestros autores qué ocurrirá si existe más de un hijo del testador que tenga su capacidad modificada judicialmente, y el testador decide proteger solo a uno de ellos con la sustitución fideicomisaria sobre todo el tercio de legítima estricta del resto de herederos forzosos, lo cual iría en perjuicio del otro hijo incapacitado judicialmente.

Pero en base a la nueva literalidad propuesta para el 782 podemos preguntarnos: ¿Qué ocurrirá si existe más de un hijo del testador que debido a su situación física o psíquica que le impida desenvolverse de forma autónoma, pero este solo haya decidido instituir como beneficiario del tercio de legítima estricta a uno de ellos? ¿Verá el otro hijo gravada su cuota de legítima estricta en beneficio de aquel que ha querido proteger el testador?

La lógica nos dice que la respuesta justa es que no, ya que no tiene sentido que para proteger a una persona que no puede desenvolverse de forma autónoma se acabe perjudicando a otra en la misma situación, y más cuando esa es la decisión adoptada en el mismo artículo que se propone, para los casos en que uno de los fideicomisarios tuviese un hijo en la misma situación.

2.ª. Otra duda que planea en la actualidad en nuestro ordenamiento y seguiría haciéndolo de aprobarse la redacción del Código civil propuesta en el APL es si la persona incapacitada, o aquella que no pueda desenvolverse de forma autónoma, quedará obligado a hacer inventario y prestar fianza.

3.ª. En la misma línea podemos plantearnos hoy, y seguiríamos planteándonos de reformarse el Código civil con la literalidad propuesta en el APL, si la sustitución fideicomisaria ha de recaer sobre todo el tercio de legítima estricta, o podrá el testador limitarlo a la parte que él considere oportuna dentro de dicho tercio.

4.ª. Al hablar de que la sustitución fideicomisaria recae sobre el tercio de legítima estricta, ¿se entenderá que también recae sobre la cuota de legítima estricta de la propia persona nombrada como fiduciario? En relación con la institución actual, una parte minoritaria de la doctrina considera que la legítima estricta del fiduciario irá a parar al resto de fideicomisarios por igual, compensándose de esta forma a aquellos herederos forzosos que se han visto perjudicados temporalmente por el gravamen de la sustitución fideicomisaria especial, si bien reitero que es una corriente minoritaria, ya que la mayoría de autores considera que la sustitución fideicomisaria especial no podrá gravar la legítima estricta del fiduciario.

5.ª. Otra duda de importantes consecuencias jurídicas que seguiría sin disiparse con la redacción propuesta en el APL es si el establecimiento de una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta conlleva también la designación obligatoria del tercio de mejora y del de libre disposición a favor de la persona protegida.

6.ª. Hoy existe la duda respecto al momento concreto en que a la persona se le ha debido declarar incapacitada judicialmente para saber si puede o no ser fiduciaria, pero con la nueva redacción propuesta en el APL existirá la siguiente duda: ¿En qué momento concreto se ha debido declarar que la persona que no puede desenvolverse de forma autónoma?

Me explico. Si dicha declaración se produjo con anterioridad al otorgamiento del testamento por parte del testador, obviamente no planteará ningún problema. Por ejemplo, el padre que hace testamento a favor del hijo que no podía desenvolverse por sí mismo, y al abrirse la sucesión dicho hijo sigue siendo en la misma situación.

Pero, ¿qué ocurrirá si el testador fallece antes de que la resolución concreta de que la persona no puede desenvolverse de forma autónoma se hubiese emitido?

O algo más rocambolesco aún, ¿podrá el testador instituir la sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta por si una persona que hoy en día no se encuentra en tal situación, en el futuro no pudiese desenvolverse de forma autónoma?

7.ª. Y, ¿qué pasará si el nombrado fiduciario sobre todo el tercio de legítima estricta porque no puede desenvolverse de forma autónoma, mejora en su situación física o psíquica que se lo impedía y vuelve a poder desenvolverse de forma autónoma? ¿deberá entenderse que deja de surtir efectos automáticamente la sustitución fideicomisaria?

## IV. POSIBLE TANGIBILIDAD ABSOLUTA DE LA LEGÍTIMA ESTRICTA A EXPENSAS DE LA VOLUNTAD DEL TESTADOR, EN BASE A LA REDACCIÓN DEL ARTÍCULO 808 DEL ANTEPROYECTO

Expone el actual artículo 808 del Código civil que:

«Constituyen la legítima de los hijos y descendientes las dos terceras partes del haber hereditario del padre y de la madre.

Sin embargo podrán estos disponer de una parte de las dos que forman la legítima, para aplicarla como mejora a sus hijos o descendientes.

Cuando alguno de los hijos o descendientes haya sido judicialmente incapacitado, el testador podrá establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta, siendo fiduciarios los hijos o descendientes judicialmente incapacitados y fideicomisarios los coherederos forzosos.

La tercera parte restante será de libre disposición».

Por su parte, el párrafo 36 del artículo primero del APL modifica dicha redacción al recoger que:

«Se suprime el tercer párrafo del artículo 808, pasando el actual cuarto párrafo a ocupar el tercer lugar, y se añaden a continuación dos nuevos párrafos, de forma que el artículo 808 presenta la siguiente redacción:

«Constituyen la legítima de los hijos y descendientes las dos terceras partes del haber hereditario del padre y de la madre.

Sin embargo podrán estos disponer de una parte de las dos que forman la legítima, para aplicarla como mejora a sus hijos o descendientes.

La tercera parte restante será de libre disposición.

*Cuando alguno de los hijos se encontrare en una situación física o psíquica que le impida desenvolverse de forma autónoma, el testador podrá disponer a su favor de la legítima estricta de los demás hijos o descendientes. En tal caso, salvo disposición contraria del testador, lo así recibido por el hijo beneficiado quedará gravado con sustitución fideicomisaria de residuo a favor de los que*

*hubieren visto afectada su legítima estricta y no podrá aquel disponer de tales bienes ni a título gratuito ni por acto* mortis causa.

*Cuando el testador hubiere hecho uso de la facultad que le concede el párrafo anterior, corresponderá al hijo que impugne la privación de su legítima estricta acreditar que no concurre causa que la justifique».*

Las dos primeras diferencias que podemos observar al comparar ambas redacciones coinciden, como es lógico, con lo expuesto anteriormente respecto al nuevo artículo 782, en cuanto a que desaparecen los descendientes como posibles beneficiarios de la institución que recaiga sobre la legítima estricta, fijándose como únicos posibles beneficiarios a los hijos, y que en la nueva redacción del 808 propuesta por la Comisión se ha apostado por constituir como nuevos posibles beneficiarios a las «*personas que se encuentre en una situación física o psíquica que le impida desenvolverse de forma autónoma»,* en vez de a las personas incapacitadas judicialmente.

Sin embargo, en el presente apartado vamos a centrarnos en la tercera diferencia que podemos apreciar, y es que, en la redacción actual del artículo 808 no se le da ninguna opción al testador español a la hora de elegir con qué institución puede gravar la legítima estricta a favor de su hijo o descendiente incapacitado judicialmente, ya que siempre será a través de la sustitución fideicomisaria, mientras que en la redacción del APL se nos dice literalmente que dependerá del testador cómo gravar la legítima estricta en dichas situaciones, si bien, cuando no haya disposición contraria del testador, lo que reciba el hijo beneficiado lo hará en concepto de fiduciario de una sustitución fideicomisaria de residuo, la cual no le faculta para disponer de los bienes fideicomitidos ni a título gratuito ni por actos *mortis causa*, siendo el resto de hijos o descendientes del testador los fideicomisarios de la mencionada institución de residuo.

El actual 808 se establece que *«Cuando alguno de los hijos o descendientes haya sido judicialmente incapacitado, el testador podrá establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta*».

En cambio, la redacción propuesta en el APL habla de la posibilidad de gravar la legítima estricta sin exigir que sea a través de la sustitución fideicomisaria, ya que expone que *«Cuando alguno de los hijos se encontrare en una situación física o psíquica que le impida desenvolverse de forma autónoma, el testador podrá disponer a su favor de la legítima estricta de los demás hijos o descendientes. En tal caso,* salvo disposición contraria del testador, *lo así recibido por el hijo beneficiado quedará gravado con sustitución fideicomisaria de residuo a favor de los que hubieren visto afectada su legítima estricta y no podrá aquel disponer de tales bienes ni a título gratuito ni por acto* mortis causa».

Por tanto, podemos entender en base a esta redacción que el gravamen de la sustitución fideicomisaria de residuo del que se habla en el artículo 808 regirá por defecto *«salvo disposición contraria del testador»*, lo cual deja en manos de este decidir expresamente cómo quiere que se beneficie a dicho

hijo a través del tercio de legítima estricta, y de ahí que en mi opinión pueda incluso, por qué no, adjudicarle el tercio de legítima estricta directamente como heredero sin límite alguno, tal y como puede hacerlo con el tercio de libre disposición y el de mejora.

Es decir, que puede entenderse que la frase *«salvo disposición contraria del testador»* que aparece en el 808 propuesto por el APL faculta al testador para disponer algo en contrario a la sustitución fideicomisaria de la que se habla a continuación, ya que esta regirá por defecto, repetimos, siempre y cuando el testador no haya dispuesto nada al contrario.

Por ejemplo, imaginemos un supuesto en el que el testador recoge literalmente en su testamento algo parecido a lo siguiente:

«Instituyo como heredera universal a mi hija María, incluido todo el tercio de legítima estricta en base al artículo 808 del Código civil, disponiendo expresamente mediante este título que dejo sin efecto el gravamen de la sustitución fideicomisaria sobre dicho tercio a favor del resto de mis herederos, siendo mi voluntad expresa que mi hija María pueda disponer libremente de todo el tercio de legítima estricta tal y como puede hacerlo con el de libre disposición y el de mejora».

¿Quién podría entonces evitar que María (la cual debe encontrarse en una situación física o psíquica que le impida desenvolverse de forma autónoma) o su representante legal llegado el caso, dispusiera libremente del tercio de legítima estricta si el testador lo dispuso expresamente en su testamento? ¿Por qué va a tener efectos la sustitución fideicomisaria de la que habla el 808 si el testador, ejerciendo su facultad para ello, ha dispuesto expresamente en su testamento que no quiere que sea así?

Por todo lo anteriormente expuesto, llego a la conclusión de con la redacción del 808 que propone el APL, los testadores españoles con hijos que se encontrasen en una situación física o psíquica que les impida desenvolverse de forma autónoma, podrán disponer a favor de estos del tercio de legítima estricta sin ningún límite, lo cual vulneraría cuantitativamente la legítima estricta del resto de hijos o descendientes, atentando tal situación contra el principio sagrado e histórico de nuestro Derecho sucesorio de la intangibilidad de la legítima estricta cuantitativa, ya que respecto a la cualitativa se contemplaba ya alguna excepción[11].

## V. LA «DE RESIDUO» COMO MODALIDAD DE SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA SOBRE LA LEGÍTIMA ESTRICTA ESTABLECIDA EN EL ANTEPROYECTO

Uno de los problemas de mayor envergadura jurídica que supuso, y que a día de hoy sigue planteando, la LPPD fue si la sustitución fideicomisaria

que el testador podía establecer sobre todo el tercio de legítima estricta para proteger a los hijos o descendientes incapacitados judicialmente estaba limitada a la modalidad ordinaria, o, por el contrario, podía establecer también una sustitución fideicomisaria «de residuo».

Pero, ¿qué es la sustitución fideicomisaria de residuo?

Por ella se entiende la disposición de última voluntad del testador, a través de la cual, y a diferencia de lo que ocurre con la sustitución fideicomisaria ordinaria, se permite al fiduciario disponer de todos o parte de los bienes fideicomitidos, de modo que el fideicomisario adquirirá en el momento de la restitución los bienes de los cuales el fiduciario no haya dispuesto, y en caso de haber dispuesto de todos, se quedará el fideicomisario sin adquirir ninguno.

O dicho de otro modo, a través de la institución de residuo el fideicomisario solo tendrá derecho a los bienes fideicomitidos de los que el fiduciario no haya dispuesto *«inter vivos»* (bien a título oneroso, o a título gratuito), o, incluso, cuando lo autorice así expresamente el testador, *«mortis causa»*.

Aunque se llame «de residuo», en realidad este tipo de sustitución fideicomisaria es más frecuente que la sustitución fideicomisaria ordinaria, tal y como comenta LASARTE[12].

Valga, pues, la paradoja: la sustitución fideicomisaria de residuo no puede ser considerada una *figura residual* en la práctica testamentaria, al menos, si se la compara con la sustitución fideicomisaria ordinaria. Y es que, tal y como recientemente expuso RIVAS MARTÍNEZ[13], «*esta figura* (refiriéndose a la institución de residuo), *es, sin ningún género de dudas, la que está llamada a tener un mayor desarrollo, y podrá resolver el sinnúmero de problemas que puedan plantearse en la práctica profesional*».

Coinciden doctrina y jurisprudencia al afirmar que puede ser muy variado el grado de permisividad mostrado por el testador en cuanto a la facultad de disponer del fiduciario en una sustitución fideicomisaria de residuo, si bien, como argumenta DÍAZ ALABART[14], el fin que habitualmente se persigue con esta modalidad es otorgarle al fiduciario la facultad de enajenar *inter vivos* en los casos que lo necesite, sin necesidad de justificar dicha necesidad para ello.

Dentro de las sustituciones fideicomisarias de residuo, tal y como afirma nuestro Tribunal Supremo[15], encontramos la de *si aliquid supererit* (si queda algo), y la de *eo quod supererit* (de aquello que debe quedar).

En los supuestos de sustituciones fideicomisarias *si aliquid supererit* (si queda algo), el testador faculta al fiduciario a disponer *inter vivos* (que podrá a ser a título oneroso o a título gratuito) o, incluso, *mortis causa*, de todos los bienes fideicomitidos, sin ningún tipo de límite, siempre y cuando así lo haga constar expresamente el testador, es decir, que el fiduciario podrá disponer absolutamente de toda la herencia fideicomitida, por lo que los

fideicomisarios, llegado el momento oportuno, solo recibirán lo que quede cuando el fiduciario no haya dispuesto completamente de ella, o dicho de otra forma, los fideicomisarios heredarán si es que queda algo, y de ahí la expresión de *«si queda algo»*.

Así, recoge la sentencia del Tribunal Supremo 323/2014[16], de 6 de junio de 2014, que *«La esencia del fideicomiso (*rectius, *sustitución fideicomisaria) es el* ordo sucessivus, *el nombramiento de un preheredero (el fiduciario) y, sucesivamente, de un postheredero (el fideicomisario) pero en el residuo, el fiduciario tiene poder de disposición sobre los bienes fideicomitidos, en la medida que haya ordenado el testador fideicomitente.*

*En el caso presente, comprende los actos inter vivos y a título oneroso (a título gratuito, o* mortis causa, *solo a favor de la fundación fideicomisaria). Sin embargo, lo que no disponga (si quid supererit) se transmite directamente al heredero fideicomisario»*.

En la misma línea de reconocer al testador las más amplias facultades a la hora de fijar el alcance de la sustitución fideicomisaria de residuo *si aliquid supererit*, recoge la sentencia del Tribunal Supremo 624/2012[17], de 30 de octubre de 2012, que *«pese a su objeto, no obstante, la autorización del instituido para que disponga de los bienes de la herencia resultó claramente limitada, facultándole solamente para la disposición por actos inter vivos a título oneroso, quedando excluida la concesión de la facultad de disponer mortis causa, que ha de ser expresa y, a* sensu contrario, *la facultad de disposición* inter vivos *a título gratuito»*.

O, por último, la del Tribunal Supremo 327/2010[18] de 22 de junio de 2010, cuando expone que *«se establece así el fideicomiso de residuo en la modalidad más amplia* "si aliquid supererit", *si bien dejando a la buena voluntad del fiduciario guardar un resto de dichos bienes de la mejora, quedando su número y calidad al arbitrio del fiduciario que incluso podría haberlo consumido todo sin dejar nada, dada la amplísima institución "en pleno dominio" y facultad de disponer (fundamento de derecho sexto)»*.

Por su parte, en las de *de eo quod supererit* (de aquello que debe quedar), el fiduciario contará con facultades de disposición *inter vivos* sobre ciertos bienes fideicomitidos, pero no sobre todos, ya que la intención del testador es que ciertos bienes vayan a parar al fideicomisario una vez llegado el término o cumplida la condición. Dicho de otra forma, el fiduciario, en esta modalidad, no podrá disponer libremente de toda la herencia fideicomitida, por ser voluntad del fideicomitente que el fideicomisario reciba parte de la herencia.

## 1. Fin del debate doctrinal al respecto

Hoy en día, existen discrepancias doctrinales respecto a si puede o no puede un español tras la LPPD proteger a su hijo o descendiente incapaci-

tado judicialmente estableciendo una sustitución fideicomisaria de residuo sobre todo el tercio de legítima estricta a su favor.

La doctrina más cualificada en la materia no es unánime a la hora de apostar por una u otra posibilidad. Al estudio en profundidad de los autores que componen cada línea doctrinal y su posicionamiento al respecto dedico hasta quince páginas en una monografía[19] sobre la sustitución fideicomisaria introducida por la LPPD, si bien en el presente artículo me limitaré a nombrar las líneas doctrinales existentes al respecto y la opinión de alguno de sus autores más representativos.

Así, lo primero que he de reconocer es que la corriente doctrinal que podemos denominar «negativa», es, sin duda, la corriente compuesta por la mayoría de autores.

Dentro de ella destaca ALBALADEJO[20], cuando expone que «*la sustitución fideicomisaria de que se trata es una sustitución fideicomisaria normal, no con facultad de disponer, ni tampoco fideicomisaria de residuo, las que el testador no podría establecer aunque quisiera.*

*Sin embargo, hay quien opina que el testador puede dispensar al incapacitado fiduciario del deber de conservar, disponiendo incluso un fideicomiso de residuo.*

*Opinión claramente errónea (…). Permitir esto sería tanto como que directa o eventualmente pudiese el testador dejar al incapacitado la parte libre, la mejora entera y también la legítima entera, privando de esta a todos los demás legitimarios que no fuesen el incapacitado».*

También LEÑA FERNÁNDEZ[21], indica que *«ciertamente, la modificación efectuada de los artículos del Código civil no limita el tipo de fideicomiso que puede imponerse, por lo que parece tendría cabida el condicional e incluso el de residuo. Sin embargo, una interpretación finalista de la Ley lleva a no admitir esos tipos de fideicomiso puesto que solo admite el gravamen de la legítima estricta con el fideicomiso regulado, pero no la privación de esa legítima estricta, cosa que podría ocurrir si no se cumpliese la condición puesta por el testador a los fideicomisarios en el fideicomiso condicional o no existiesen bienes para transmitir a los fideicomisarios por haber dispuesto de ellos el fiduciario en el caso de fideicomiso de residuo».*

Junto a esta corriente doctrinal negativa aparece otra corriente que podemos llamar «intermedia», cuyos autores entienden que la posibilidad de que el testador establezca una sustitución fideicomisaria de residuo sobre el tercio de legítima estricta debería admitirse solo y exclusivamente cuando se acredite la estricta necesidad de disponer del fiduciario incapacitado.

Dentro de esta segunda corriente doctrinal encontramos autores como RAGEL SÁNCHEZ[22], que indica que únicamente se justificará «*el sacrificio de privación de la legítima de los descendientes no incapacitados cuando se constata la necesidad del descendiente incapacitado. Fuera de este caso extre-*

*mo de estricta necesidad, estimamos que la sustitución fideicomisaria no debe llevar a la privación de la legítima estricta, por más que lo hubiera previsto el testador al establecer un fideicomiso de residuo. Por lo tanto, quedarían excluidas las posibilidades de disponer a título gratuito de los bienes fideicomitidos, tanto* inter vivos *como* mortis causa, *porque en tales supuestos no se estará acreditando que exista necesidad por parte del fiduciario».*

También, en la misma línea, RIPOLL SOLER[23] entiende que «*aunque no estará exento de críticas, me parece que la solución adecuada es entender que la norma se está refiriendo a un fideicomiso de residuo con facultades de disposición para caso de necesidad del incapacitado».*

Por último, existe una corriente doctrinal a la que podemos referirnos como «positiva», que apuesta por la posibilidad de que la sustitución fideicomisaria que grava la legítima estricta pueda ser en todo caso «de residuo», entre cuyos autores destacan, por ejemplo, PEREÑA VICENTE[24], quien considera que «*incluso esa privación podrá ser definitiva si el causante, haciendo uso de la facultad que le concede el artículo 783, dispensa al fiduciario del deber de conservar la herencia constituyendo un fideicomiso de residuo. Esta posibilidad supone que el legislador admite que, ante la presencia de un incapacitado, la legítima de los demás coherederos puede llegar a desaparecer. Desde luego, una medida drástica que, esperemos, logre resolver más problemas de los que puede plantear».*

También CÁMARA LAPUENTE[25], cuando entiende que «*más difícil es dilucidar si el testador puede crear un fideicomiso de residuo con plenas facultades dispositivas a favor del fiduciario incapacitado (a través de su representante); aunque con el tenor de los artículos 808.3 y 782 sería posible, por ser una modalidad de sustitución fideicomisaria».*

Por su parte, DÍAZ ALABART[26] manifiesta que aunque lo lógico sería no considerar posible la constitución de una sustitución fideicomisaria especial de residuo, acaba manifestando que tampoco se atrevería a descartar dicha posibilidad, cuando indica que: «*precisamente por carecer o tener muy mermada la obligación de conservar los bienes fideicomitidos es difícil aceptar que pueda ser de residuo el fideicomiso que se permite sobre el tercio de legítima estricta en el artículo 808.3 Código civil. De admitirse, podría convertirse en más que un gravamen a la legítima estricta en una verdadera desheredación para los legitimarios fideicomisarios, que podrían verse privados de su legítima si el fiduciario dispone, de una u otra forma de los bienes fideicomitidos. Por ello el admitir que el fideicomisario del artículo 808.3 Código civil pueda ser de residuo lo considero excesivo, pues aunque se admita en el citado precepto la creación de un gravamen sobre la legítima estricta, mientras esta no pierda su carácter, no sería posible que el gravamen impuesto pueda ser de tal tenor que permita defraudarla. Así que tratándose ese fideicomiso de un supuesto tan excepcional, parece lógico inclinarse por una interpretación restringida de*

*la figura, la que cause el menor perjuicio posible a la posición de los colegitimarios gravados con la sustitución fideicomisaria, pero tampoco me atrevería a excluirla absolutamente, ya que el legislador no ha puesto limitaciones respecto del tipo de fideicomiso».*

Todas las dudas doctrinales recién expuestas se disipan con la redacción que propone el APL, ya que en el mismo la Comisión apuesta decididamente por la inclusión literal en nuestro Código civil de la sustitución fideicomisaria de residuo sobre el tercio de legítima estricta, siendo la primera vez desde 1889 que nuestro Código recogería la modalidad «de residuo».

Por todo ello, tras conocer en 2018 la postura de la Comisión General de Codificación al respecto, en mi opinión actualmente debe entenderse que la sustitución fideicomisaria que se permite sobre el tercio de legítima estricta puede ser de la modalidad de residuo, y todo ello con independencia de que la Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad llegue o no a promulgarse.

## 2. La sustitución fideicomisaria de residuo si *aliquid supererit* por la que apuesta el Anteproyecto, aunque con importantes límites

En los casos en los que el testador intente beneficiar a un hijo que se encontrare en una situación física o psíquica que le impida desenvolverse de forma autónoma instituyéndolo heredero sobre el tercio de legítima estricta sin disponer de forma expresa nada más al respecto, lo estará convirtiendo en fiduciario de una sustitución fideicomisaria de residuo *si aliquid supererit* que le facultará para disponer por actos *inter vivos*, siempre a título oneroso, incluso cuando no lo necesite para sobrevivir (ya que no lo prohíbe la redacción del APL).

Y es que, la literalidad del nuevo artículo 808 del APL únicamente limita al fiduciario a disponer *mortis causa* y a disponer *inter vivos* de forma gratuita, siempre y cuando el testador no haya expresado nada al contrario, de lo cual podemos obtener dos conclusiones:

1.ª. A sensu contrario, el testador también puede expresar a favor del fiduciario la facultad de disponer *mortis causa* e *inter vivos* de forma gratuita de los bienes fideicomitidos.

Volviendo al ejemplo anterior, el testador con una hija que se encontrare en una situación física o psíquica que le impida desenvolverse de forma autónoma puede establecer lo siguiente en testamento:

«Instituyo como heredera universal a mi hija María respecto al tercio de mejora y libre disposición, y sobre el tercio de legítima estricta la instituyo fiduciaria de residuo *si aliquid supererit* con las más amplias facultades posibles a la hora de disponer de los bienes fideicomitidos que lo componen,

desde disponer *inter vivos* a título gratuito u oneroso, hasta disponer de ellos *mortis causa*, nombrando fideicomisarios de los bienes fideicomitidos a mis otros dos hijos, Ramón y Lucas».

2.º. Que puede entenderse que la sustitución fideicomisaria que propone el APL es más restrictiva para el fiduciario que la que existe hoy en nuestro Código civil, ya que en la institución actual, si el testador establece a favor del fiduciario una sustitución fideicomisaria de residuo *si aliquid supererit* sobre todo el tercio de legítima estricta, sin decir nada más respecto a su alcance, se debe entender que no tendría ningún tipo de límite al respecto, ni siquiera para disponer *mortis causa* u onerosamente *inter vivos*, situación que no podría darse con la redacción propuesta en el APL.

Pero eso sí, no podemos olvidar que el testador podría fijar expresamente lo contrario, es decir, nada obsta para que este estableza una sustitución fideicomisaria de residuo *si aliquid supererit* que permita incluso al fiduciario disponer *mortis causa* u onerosamente *inter vivos*.

## IV. CONCLUSIONES

La labor de la Comisión General de Codificación respecto a la modificación propuesta para los actuales artículos 782 y 808 del Código civil, puede calificarse como loable, aunque podía haber sido, dicho con el máximo de los respetos, algo más completa, ya que no podemos negar que al igual que ha servido para disipar algunas de las dudas que nuestra doctrina (porque la jurisprudencia al respecto sigue siendo escasísima por no decir inexistente) viene planteándose desde la redacción que les otorgó a dichos artículos la Ley 41/2003, también es cierto que otras no las ha disipado y que incluso ha creado algunas nuevas de gran trascendencia jurídica.

Eso sí, resulta de una trascendencia jurídica enorme lo que propone el Anteproyecto con su artículo 808 principalmente por dos motivos:

1.º. Porque apuesta decididamente por la tangibilidad de la legítima estricta, tan ansiada desde algunos sectores de nuestro ordenamiento.

Y es que, a través de su redacción, dicho artículo permite a los españoles con hijos que se encuentren en una situación física o psíquica que les impida desenvolverse de forma autónoma, que dispongan a su favor de la legítima estricta de los demás hijos o descendientes sin ningún tipo de límite, si bien habrá de reflejarse así expresamente en el testamento.

2.º. Porque en aquellos casos en los que el testador no haya dispuesto nada al respecto y quiera proteger con la legítima estricta a dichos hijos, lo hará obligatoriamente mediante una sustitución fideicomisaria de residuo de la modalidad *si aliquid supererit* limitada, ya que se prohíbe al fiduciario disponer *mortis causa* ni *inter vivos* de forma gratuita.

La importancia de este segundo punto es doble, por un lado, porque se incluiría por primera vez en nuestro Código civil la modalidad de residuo de dicha institución, y por otro, porque si bien le limita literalmente al fiduciario a disponer *mortis causa* ni *inter vivos* de forma gratuita de los bienes que componen el tercio de legítima estricta, a *sensu* contrario le faculta para poder disponer libremente *inter vivos* de forma onerosa de todos los bienes, por qué no, que componen la legítima estricta, lo cual, una vez más, podría conllevar la tangibilidad cuantitativa de la legítima estricta del resto de herederos forzosos.

## BIBLIOGRAFÍA


ALBALADEJO, M., El gravamen con una sustitución fideicomisaria a favor del descendiente incapacitado de la legítima estricta de los demás descendientes, en *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación,* núm. 35, Madrid, 2005.

BOTELLO HERMOSA, P., *La sustitución fideicomisaria especial introducida por la Ley 41/2003: inicio de la tangibilidad de la legítima estricta y origen de la desigual libertad de testar existente en España,* Editorial Tirant Lo Blanch, 2017.

CÁMARA LAPUENTE, S., *Comentarios al Código civil,* Dir.: Domínguez Luelmo, 1.ª Edición, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2010.

DÍAZ ALABART, S., *El fideicomiso de residuo. Su condicionalidad y límites,* Editorial Bosch, Barcelona, 1981.

— La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor de hijo o descendiente incapacitado judicialmente (art. 808 Código civil, reformado por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre), en *Revista de Derecho Privado*, número 5-6, mayo de 2004.

LASARTE, C., *Derecho de Sucesiones. Principios de Derecho Civil VII*. Séptima Edición, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2011.

LEÑA FERNÁNDEZ, R., Posibilidades testamentarias y otras disposiciones en materia de sucesiones que ofrece la Ley 41/2003, en *Discapacidad, patrimonio separado y legítima, Cuadernos de Derecho Judicial*, 2005.

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

NANCLARES VALLE, J., La sustitución fideicomisaria a favor de persona incapacitada, en *Las nuevas herramientas de protección jurídico-privadas de las personas dependientes. Un estudio comparado,* Muñoz Fernández (coord.), Editorial Aranzadi, Navarra, 2014.

PEREÑA VICENTE, M., La sustitución fideicomisaria en la legítima, ¿piedra angular del sistema de protección de los incapacitados?, en *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad,* Pérez de Vargas Muños (coord.), Editorial La Ley, Madrid, 2006.

RAGEL SÁNCHEZ, L. F., La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta, *Homenaje al Profesor Lluis Puig I Ferriol,* Volumen II, Abril Campoy y Amat Llari (coordinadores), Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

RIPOLL SOLER, A., La sustitución fideicomisaria del nuevo artículo 808 del Código civil: Fideicomiso de Residuo, en *Boletín del Colegio de Registradores de España,* Editorial Centro de Estudios, núm. 114, 2005.

RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones. Común y Foral.* Tomo II, Cuarta Edición, Editorial Dykinson, Madrid, 2005, 1477; SERRANO GARCÍA, Discapacidad e Incapacidad en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, en *Homenaje al Profesor Francisco Javier Serrano García,* Universidad de Valladolid, 2004.

— Problemas «habituales» en los testamentos y particiones con los fideicomisos normales y de residuo, *El patrimonio sucesorio: Reflexiones para un debate reformista,* Tomo I, Directores: Lledó Yagüe, Ferrer Vanrell y Torres Lana, Editorial Dykinson, Madrid, 2014.

## NOTAS

[1] En adelante, APL.

[2] El tema central es la eficaz implementación en nuestro ordenamiento jurídico del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en relación con las medidas de apoyo que estas puedan necesitar para el ejercicio de su capacidad jurídica, la cual a día de hoy, y tras la Convención, engloba tanto la capacidad jurídica (entendida como aptitud estática del sujeto, a quien, por el mero hecho de ser persona y por su dignidad como tal, el ordenamiento jurídico le atribuye derechos y obligaciones, tanto en la esfera personal como en la patrimonial) como la capacidad de obrar (entendida como aptitud de poner en movimiento por sí mismo los poderes y facultades que surgen de sus propios derechos, y en general, para desenvolverse con autonomía en la vida jurídica).

De hecho comienza el APL en su Exposición de Motivos afirmando que *«La presente reforma del Código civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley del Registro Civil pretende dar un paso decisivo en la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, tratado internacional 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».*

[3] En adelante Código civil.

[4] A través de la Ley 41/2003 de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad y de modificación del Código civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad.

[5] A las cuales dedico parte de mi monografía titulada *La sustitución fideicomisaria especial introducida por la Ley 41/2003: inicio de la tangibilidad de la legítima estricta y origen de la desigual libertad de testar existente en España,* Editorial Tirant Lo Blanch, 2017, ISBN 978-84-9143-405-4.

[6] Siempre que se encontrasen en una situación física o psíquica que les impidiese desenvolverse de forma autónoma.

[7] RIVAS MARTÍNEZ, *Derecho de Sucesiones. Común y Foral.* Tomo II, Cuarta Edición, Editorial Dykinson, Madrid, 2005, 1477; SERRANO GARCÍA, Discapacidad

e Incapacidad en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, en *Homenaje al Profesor Francisco Javier Serrano García,* Universidad de Valladolid, 2004, 144.

[8] DÍAZ ALABART, La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor de hijo o descendiente incapacitado judicialmente (Art. 808 Código civil, reformado por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre), en *Revista de Derecho Privado*, número 5-6, mayo, 2004, 263; PEREÑA VICENTE, La sustitución fideicomisaria en la legítima, ¿piedra angular del sistema de protección de los incapacitados?, en *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad,* Pérez de Vargas Muños (coordinador), Editorial La Ley, Madrid, 2006, 693; RAGEL SÁNCHEZ, La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta, *Homenaje al Profesor Lluis Puig I Ferriol,* Volumen II, Abril Campoy y Amat Llari (coordinadores), Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, 2005; NANCLARES VALLE, La sustitución fideicomisaria a favor de persona incapacitada, en *Las nuevas herramientas de protección jurídico-privadas de las personas dependientes. Un estudio comparado,* Muñoz Fernández (coordinador), Editorial Aranzadi, Navarra, 2014, 145.

[9] El APL apuesta por la desaparición de la tutela en tal sentido, pasando a ser la curatela el único medio judicial de apoyo a favor de las personas con discapacidad.

[10] MAGARIÑOS BLANCO, Victorio, Comentarios al Anteproyecto de Ley para la reforma del Código civil sobre discapacidad, en *Revista de Derecho Civil,* vol. V, núm. 3 (julio-septiembre de 2018), Estudios, 2018, 201.

[11] Excepciones que, por regla general, simplemente suponían el aplazamiento del cobro de la legítima, como era el caso de la *cautela socini*, o la posibilidad de conmutar la legítima en dinero.

[12] LASARTE, *Derecho de Sucesiones. Principios de Derecho Civil VII*. Séptima Edición, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2011, 136.

[13] RIVAS MARTÍNEZ, Problemas «habituales» en los testamentos y particiones con los fideicomisos normales y de residuo, *El patrimonio sucesorio: Reflexiones para un debate reformista,* Tomo I, Directores: Lledó Yagüe, Ferrer Vanrell y Torres Lana, Editorial Dykinson, Madrid, 2014, 487.

[14] DÍAZ ALABART, Silvia, *El fideicomiso de residuo. Su condicionalidad y límites,* Editorial Bosch, Barcelona, 1981, 231.

[15] Así lo refleja, entre otras, la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de enero de 1959, al exponer que «*…el fideicomiso de residuo puede adoptar dos modalidades: 1.ª Hipótesis en que el testador faculte al fiduciario para disponer de los bienes objeto de la institución sin trabas de ningún género. En este caso los herederos fideicomisarios solo recibirán, en su día, lo que quede o reste, si algo efectivamente queda de la herencia. (En esta hipótesis aparecerá el fideicomiso conocido como si* aliquid supererit, *si queda algo).*

*2.ª. Supuesto en la que el causante restringe al fiduciario los poderes de disposición de tal forma que siempre los fideicomisarios deben recibir un mínimo del caudal hereditario, que necesariamente ha de recaer en ellos, por expresa voluntad de aquel (aparecerá el llamado* de eo quod supererit, *de aquello que deba quedar)».*

O, también, la sentencia de 25 de mayo de 1971, mediante la cual, reitera que «*en cuanto a la naturaleza de las cláusulas testamentarias de residuo, depende sobre todo de la intención del testador, pudiendo adoptar dos modalidades: Primera. En el supuesto de que el testador (fideicomitente) faculte al fiduciario para disponer de los bienes objeto de la institución sin trabas de ningún género, en cuyo caso los herederos fideicomisarios solo recibirán en su día lo que quede o reste* (si aliquid supererit), *si queda algo; y Segunda. En la hipótesis de que el causante restrinja los poderes de disposición de tal forma que siempre los fideicomisarios deben recibir un mínimo del caudal hereditario, que necesariamente ha de recaer en ellos por expresa voluntad de aquel* (de eo quod supererit), *de aquello que debe quedar».*

[16] *RJ* 2014, 3127.

[17] *RJ* 2013, 2274.

[18] *RJ* 2010, 4900.

[19] BOTELLO HERMOSA, Pedro, *La sustitución fideicomisaria especial introducida por la ley 41/2003: inicio de la tangibilidad de la legítima estricta y origen de la desigual libertad de testar existente en España,* Editorial Tirant Lo Blanch, 2017, 160-175.

[20] ALBALADEJO, Manuel, El gravamen con una sustitución fideicomisaria a favor del descendiente incapacitado de la legítima estricta de los demás descendientes, en *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación,* núm. 35, Madrid, 2005, 43.

[21] LEÑA FERNÁNDEZ, Rafael, Posibilidades testamentarias y otras disposiciones en materia de sucesiones que ofrece la Ley 41/2003, en *Discapacidad, patrimonio separado y legítima, Cuadernos de Derecho Judicial*, 2005, 195.

[22] RAGEL SÁNCHEZ, *op. cit.,* 5865.

[23] RIPOLL SOLER, Antonio, La sustitución fideicomisaria del nuevo artículo 808 del Código civil: Fideicomiso de Residuo, en *Boletín del Colegio de Registradores de España,* Editorial Centro de Estudios, núm. 114, 2005, 826.

[24] PEREÑA VICENTE, El Derecho…, cit., 2.

[25] CÁMARA LAPUENTE, *Comentarios al Código civil,* Dir.: Domínguez Luelmo, 1.ª Edición, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2010, 726.

[26] DÍAZ ALABART, La sustitución…, cit., 1050.

*(Trabajo recibido el 25-4-2019 y aceptado para su publicación el 16-9-2019)*

# Los efectos del afianzamiento de un préstamo en la sociedad de gananciales: en especial la fianza del préstamo hipotecario

## *The impact of the guarantee policy to a loan under the community property: specially the guarantee to a mortgage loan*

por

MARÍA ROSARIO MARTÍN BRICEÑO

*Profesora Titular (i) de la Universidad Rey Juan Carlos*

*RESUMEN:* A fin de garantizar el pago de los derechos de crédito, los acreedores exigen garantías que aseguren que aquellos van a ser satisfechos por sus deudores; sobre todo cuando interviene una entidad bancaria como prestamista. En este sentido, el afianzamiento de un préstamo hipotecario se nos muestra como una situación bastante común; como también lo es que el fiador sea además cónyuge casado en régimen de sociedad de gananciales, lo que exige un análisis de la responsabilidad derivada de esta garantía personal a fin de conjugar los intereses de los acreedores con la protección que merece el patrimonio común. Requiere determinar si las obligaciones del cónyuge garante son consideradas como cargas, o no. Razón: las claras consecuencias patrimoniales que un posible el embargo y ejecución de los bienes gananciales tendría sobre la familia.

*ABSTRACT: In order to guarantee the payment of the loans, creditors require safeguards that ensure those are going to be satisfied by their debtors; especially when a banking entity involves as a lender. In this sense, the guarantee of a mortgage loan appears as a fairly common situation; as it is that the guarantor is also married under a community property, which requires an analysis of the liability for this personal guarantee in order to combine the interests of the creditors with the protection that deserves the common goods. It requires to determine whether the obligations of the guarantor spouse are considered loads, or not. Reason: the clear economic consequences as a possible embargo and execution of goods under community property would have on the family.*

PALABRAS CLAVE: Fianza. Préstamo hipotecario. Cónyuge. Patrimonio ganancial. Consumidor y vivienda habitual.

*KEY WORDS: Guarantee. Mortgage loan. Spouse. Community property. Consumer and common housing.*

*SUMARIO:* I. CONSIDERACIONES GENERALES.—II. NATURALEZA JURÍDICA DE LA FIANZA DENTRO DEL PATRIMONIO GANANCIAL.—III. CÓNYUGES EN RÉGIMEN DE GANANCIALES COMO FIADORES DE UN TERCERO.—IV. LA RESPONSABILIDAD DEL CÓNYUGE FIADOR: LOS EFECTOS DERIVADOS DE LA FALTA DE CONSENTIMIENTO DEL OTRO CÓNYUGE.—V. LA FIANZA EN EL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES Y SU REPERCUSIÓN SOBRE LA VIVIENDA HABITUAL.—VI. EL AFIANZAMIENTO DE UN PRÉSTAMO HIPOTECARIO.—VII. LOS CÓNYUGES-FIADORES COMO CONSUMIDORES.— VIII. CONCLUSIONES.— IX. ÍNDICE DE SENTENCIAS Y RRDGRN.— X. BIBLIOGRAFÍA.

## I. CONSIDERACIONES GENERALES

Mediante el afianzamiento, el garante asume una obligación fideiusoria que consiste en *«pagar o cumplir por un tercero, en el caso de no hacerlo este»* —tal y como establece el artículo 1822 del Código civil—[1]. ¿Por qué? En principio, los motivos subjetivos carecerán de relevancia jurídica[2]; salvo que estos se incorporen como condiciones resolutorias del contrato o resulten determinantes para calificar la fianza como onerosa o gratuita (arts. 1823 del Código civil y 441 del Código de Comercio[3]).

La naturaleza de la obligación principal que se pretende garantizar determinará el carácter civil o mercantil de la fianza en virtud de lo dispuesto por el artículo 439 Código de Comercio, según el cual *«Será reputado mercantil todo afianzamiento que tuviere por objeto asegurar el cumplimiento de un contrato mercantil, aun cuando el fiador no sea comerciante».* Como lo relevante no es que el fiador sea comerciante, sino que se atribuya naturaleza mercantil a la obligación garantizada por la fianza (por ej., el afianzamiento de un contrato de préstamo bancario), conforme a una interpretación *a contrario,* esta garantía personal será de carácter civil cuando no concurra esta condición. Una de las consecuencias de describir la fianza como civil o mercantil, la encontraremos en su propia constitución. Mientras que respecto de la primera solo se exigirá que aquella sea expresa (art. 1827 CC), para la segunda se requerirá constancia por escrito como requisito *ad solemnitatem* (art. 440 CCO). La forma escrita actuará como requisito de validez, y no como un mero elemento de prueba; una forma escrita que, aunque no requiere escritura pública, en la práctica se recurre a ella para buscar una fuerza ejecutiva[4].

De acuerdo con lo previsto por el artículo 1822 del Código civil, el fiador responde frente al acreedor cuando el deudor incumple con la obligación principal que se garantiza; y lo hace conforme al principio de responsabilidad patrimonial universal previsto en el artículo 1911 del mismo cuerpo legal. Ahora bien, tan solo actúa como responsable en virtud del contrato de afianzamiento de la deuda impagada; asume una responsabilidad, pero no en calidad de deudor; incluso, aunque la fianza tenga carácter solidario. No hay que olvidar que la obligación del fiador es distinta de la que se atribuye al *solvens*. Existen dos contratos: el que genera la obligación principal; y el que constituye la fianza. Por tanto, no son codeudores solidarios.

Que la posición del fiador sea independiente de la que se atribuye al deudor principal, no niega que el contrato de fianza tenga carácter accesorio por naturaleza[5]. Es precisamente esta característica lo que distingue el afianzamiento de otras figuras jurídicas que, pese a actuar como garantías por deudas ajenas, son autónomas de la obligación principal cuyo cumplimiento aseguran[6]. Nos referimos a las garantías de primer requerimiento o a primera demanda, a las que el Alto Tribunal ha descrito como negocios atípicos[7]. Se presentan como una modalidad compatible con el tipo contractual fideusorio, cuya función no solo consiste en garantizar, sino también en intensificar la seguridad al permitir el inmediato cobro de la deuda por el beneficiado-acreedor[8]. Actúan como un contrato autónomo de garantía, garantía bancaria, garantía independiente, garantía a demanda o garantía abstracta, que engloba relaciones jurídicas distintas, pero conexas entre sí: la fianza y el crédito garantizado[9]. Mediante este instrumento, el garante se compromete a satisfacer una determinada suma a simple requerimiento del

acreedor; sin que este deba probar que su deudor ha incumplido o cumplido defectuosamente con el pago exigible. La sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 2019 establece que, «el garante asume una obligación abstracta e independiente de pagar la obligación del sujeto garantizado, desde el mismo momento en que sea requerido por el acreedor y sin oponer excepciones de ningún tipo, ni siquiera la nulidad de la obligación garantizada». Tan solo puede oponer las excepciones derivadas del propio contrato de garantía frente a la reclamación del acreedor. De acuerdo a los requisitos pactados en el contrato de garantía, aquel deberá pagar y solo después podrá repetir contra el deudor en vía de regreso[10].

Recordar el carácter accesorio del contrato de fianza sirve para evitar que este sea considerado como un contrato autónomo. Su presencia se justifica siempre en la deuda principal cuyo cumplimiento garantiza; determinante esta de la cantidad y de la onerosidad de las condiciones que debe asumir todo fiador (art. 1826 CC)[11]. Sin embargo, en cuanto a la cantidad que debe garantizar el fiador se plantean ciertas cuestiones en función de si la fianza es, bien definida o limitada, bien simple o indefinida. En el primer caso queda claro que el fiador garantiza el pago de una determinada cantidad. La prestación a realizar por el fiador se encuentra claramente delimitada por la cuantía, por el tiempo o por el tipo de deuda que se garantiza[12]; esto es, por las condiciones pactadas en el contrato de fianza. El garante no se obliga a más de lo previsto en dicho contrato, aunque de la obligación principal se derive una responsabilidad superior. En consecuencia, la invalidez declarada de alguna cláusula del contrato de préstamo va a repercutir claramente sobre los efectos de la fianza cuyo cumplimiento garantiza. En la medida en que se requiere la validez de la obligación principal para que el afianzamiento desprenda sus correspondientes efectos (art. 1824 CC), su nulidad o inexistencia permitirá al fiador oponer las excepciones correspondientes ante la reclamación del acreedor fiduciario de acuerdo a lo previsto por el artículo 1853 del Código civil. La invalidez de las cláusulas del vencimiento anticipado o de las cláusulas suelo de un préstamo hipotecario pactadas por un deudor-consumidor repercutirá sobre las obligaciones asumidas por el garante[13]. Pero la fianza no se extinguirá; sus efectos subsistirán en lo que corresponda. Se aplicarán las consecuencias propias de la nulidad parcial de un contrato de préstamo. Ahora bien, en los términos expuestos anteriormente, ¿cabría legitimar activamente al fiador para instar la nulidad de una cláusula del préstamo que garantiza?[14] El fiador es responsable, pero no deudor, lo que se traduce en la idea de que es un tercero respecto del contrato de préstamo a estos efectos. El afianzamiento se vincula al contrato cuyas obligaciones garantiza, pero es independiente. Pero, no por ello deja de ser sujeto afectado por el contenido del contrato. Mientras que la anulabilidad presupone la validez y eficacia del contrato,

salvo que los sujetos legitimados lo anulen, la nulidad radical se justifica en una invalidez de raíz. Que la cláusula de un contrato de préstamo cuyo cumplimiento garantiza el fiador, resulte abusiva, fundamenta su nulidad *per se,* y por ello debería estar legitimado el garante para solicitarla por infringir normas de carácter prohibitivo, aunque ello repercuta sobre un contrato del que él no es parte. Todo ello, sin olvidar que la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea[15] (Sala Primera), de 26 de enero de 2017, ha declarado que «el juez nacional deberá apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 y, de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional, tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello».

Asimismo, ¿los pagos parciales realizados por el deudor afectarán al contenido de la fianza o solo deberán ser considerados como causa de extinción parcial del crédito? El pago podría imputarse a la parte de la deuda no afianzada, pero ¿no resulta más oportuno aplicar por analogía el criterio previsto en el artículo 1172 del Código civil referido a la imputación de pagos, con el fin de que sea el deudor quien lo decida, salvo pacto en contrario? Al fin y al cabo, el fiador es un garante; no es un deudor. Siendo esto así, ¿su responsabilidad no podría ir disminuyendo en proporción a la deuda pendiente?

Cuando no se acuerda ningún límite en la fianza, esta será simple o indefinida, y conforme a lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 1827 del Código civil, *«comprenderá no solo la obligación principal, sino todos sus accesorios»;* entre los que cabría incluir la indemnización de daños y perjuicios, así como los intereses tanto moratorios como convencionales, a lo que habría que añadir el abono de una posible pena convencional, si esta existiera; responderá incluso de los gastos judiciales del procedimiento seguido contra el deudor, siempre y cuando el fiador hubiera sido requerido para el pago, en cuyo caso no bastará una mera comunicación[16]. En este sentido, el obligado fideiusorio puede asumir idéntica posición a la del obligado principal, tanto desde el punto de vista cualitativo, como cuantitativo. Si esto no fuera así, habría que atender a las limitaciones expuestas por el artículo 1826 del Código civil.

Finalmente, hay que resaltar la importancia que tiene para el fiador conocer el estado de la situación financiera del deudor a fin de analizar su solvencia. Por consiguiente, ante un crédito bancario, ¿debería ser la propia entidad financiera quien informara sobre el nivel de riesgo a asumir? Parece ser lo oportuno porque es quien se encuentra en la posición más adecuada para conocer tales datos. Este estudio reviste especial interés cuando quien afianza está casado en régimen de gananciales, y con su acto puede vincular el patrimonio consorcial en función de la naturaleza que atribuyamos a esta garantía personal, tal y como vamos a analizar a continuación.

## II. NATURALEZA JURÍDICA DE LA FIANZA DENTRO DEL PATRIMONIO GANANCIAL

Son muchos los casos en los que el cónyuge, sujeto a un régimen de gananciales, actúa como fiador de un tercero-deudor, situación que obliga a determinar con claridad cómo definir esta garantía de carácter personal dentro de este sistema económico-matrimonial; qué naturaleza jurídica se debe atribuir a esta carga dentro de la masa común cuya administración y disposición corresponde a ambos cónyuges constante el matrimonio. Con ello se trata de delimitar la responsabilidad que asume, en su caso, el cónyuge fiador en función de si es susceptible de ser aplicado el artículo 1369 del Código civil o el artículo 1373 del mismo cuerpo legal. Para dar respuesta a estas cuestiones hay que analizar la razón que justifica la obligación que garantiza la fianza: si la deuda nace de un gasto familiar, de la actividad o profesión de cada cónyuge, o de la propia administración de los bienes. La respuesta a esta cuestión determinará la posición de la fianza; si esta carga grava el consorcio común, o no. ¿Por qué es importante solventar esta pregunta? Porque, aunque son muchas las deudas que gravan el patrimonio común frente al acreedor, solo algunas, en un proceso de liquidación del patrimonio ganancial, serán definidas como consorciales y, por tanto, quedarán a cargo del fondo común. Se trata de distinguir los conceptos de «deuda» y «responsabilidad» a fin de discernir entre una responsabilidad provisional o *ad extra* de otra responsabilidad de carácter definitivo o *ad intra* del patrimonio ganancial; aspecto relevante a tener en cuenta cuando la deuda es considerada privativa ya que, en este caso, el cónyuge deudor estará obligado a realizar los reintegros pertinentes en el ámbito interno conforme a lo previsto por el artículo 1397.3.º del Código civil: *«Habrán de comprenderse en el activo: … 3.º. El importe actualizado de las cantidades pagadas por la sociedad que fueran de cargo solo de un cónyuge y en general las que constituyen créditos de la sociedad contra este».*

En virtud del principio de accesoriedad, la naturaleza ganancial de la obligación que garantiza la fianza será determinante para considerar el afianzamiento como deuda consorcial, en su caso. En este sentido, la ganancialidad se atribuye a una deuda, siempre y cuando esta se vincule a unos fines ordenados a la gestión de la sociedad de gananciales. Resulta clara, pues, la aplicación del artículo 1362 del Código civil en relación con las cargas que debe soportar la sociedad de gananciales, y la aplicación al respecto de lo dispuesto por el artículo 1365 del mismo cuerpo legal[17].

En primer lugar, será ganancial la fianza ligada a aquellas obligaciones dirigidas al sostenimiento de la familia; concepto este último que incluye no solo a los cónyuges e hijos comunes, sino también a los hijos de uno de ellos, respecto a los cuales, los gastos derivados de su alimentación y edu-

cación serán gananciales *«cuando convivan en el hogar familiar».* Todo ello se vincula al ejercicio de la potestad doméstica. No siendo esto así, aunque la sociedad de gananciales sufrague dichos gastos, surgirá un derecho de reintegro a su favor en el momento de la liquidación. Pero, ¿resulta aplicable, por analogía, a los gastos derivados del mantenimiento y cuidado del padre/madre de uno de los cónyuges que conviva con ellos, por aplicación de la obligación de alimentos del artículo 143.2.º del Código civil? Si el ascendiente es un sujeto dependiente incapacitado, ¿será de cargo de la sociedad de gananciales la deuda asumida por uno de los cónyuges con respecto a la residencia en la que es ingresado su ascendiente? Y si el cónyuge actúa tan solo como fiador del padre/madre en relación con la empresa acreedora que presta los correspondientes servicios asistenciales y/o residenciales, ¿cómo calificamos el afianzamiento? Analicemos estas cuestiones.

El derecho de los padres a ser alimentados por los hijos en los términos previstos por el artículo 142 del Código civil surge cuando aquellos lo necesitan (art. 148 CC), y se abonan de acuerdo al caudal o medio de quien los da (art. 146 CC). En consecuencia, el cónyuge-descendiente estará obligado a pagar la pensión que se fije, o a recibir o mantener en su casa a quien tiene derecho de alimentos (art. 149 CC) que, en este caso, es un ascendiente. Si el padre o madre es dependiente, el cónyuge podrá convertirse en su guardador de hecho o promover la declaración de incapacitación que corresponda a fin de ser nombrado su tutor. No obstante, aunque todos los gastos y obligaciones que afectan al mantenimiento, asistencia domiciliaria o residencial de los ascendientes, sean sufragados por la sociedad de gananciales, no parece oportuno proceder a considerarlos consorciales en los términos previstos por el legislador. Más bien se debe atribuir a esta un derecho de reintegro en el momento de su liquidación. No es un gasto vinculado al sostenimiento de la familia, entendida esta con un carácter nuclear: padres e hijos comunes. Ahora bien, si se incluye *«la alimentación y educación de los hijos de uno de los cónyuges»,* ¿por qué no aceptar también el mantenimiento de los ascendientes de uno de los cónyuges cuando dependen de este último en virtud de una obligación de origen legal como es el deber de alimentos?[18].

Por supuesto, si uno de los cónyuges actúa como fiador respecto de un contrato de prestación de servicios residenciales en favor de un ascendiente, la obligación derivada del afianzamiento no será considerada consorcial porque la deuda que se garantiza no lo es.

Queda claro que son gananciales las deudas derivadas de la «*adquisición, tenencia y disfrute de los bienes comunes»*, así como la administración ordinaria de «*los bienes privativos de cualquiera de los cónyuges»* (art. 1362.2.º y 3.º CC), en cuyo caso la existencia de una fianza como garantía vinculada al pago de los mismos, debe ser considerada también como ganancial. Aunque

resulta complicado encontrar una situación de este tipo, se puede plantear respecto del contrato de servicio de administración de la vivienda de uno de los cónyuges, que el otro cónyuge afianza[19].

En idéntica situación se muestra la fianza cuando la deuda que garantiza se deriva de la explotación de *«los negocios o el desempeño de la profesión, arte u oficio de cada cónyuge»* (art. 1362.4.º CC). Aquí se debe realizar la siguiente precisión: mientras el Código civil se refiere al desarrollo de una actividad profesional, habrá que recurrir al Código de Comercio para abordar el supuesto vinculado al ejercicio de una actividad empresarial. Esto tiene que ver con que las actividades profesionales no se van a incluir en la noción de bienes gananciales, sino como bienes privativos de cada uno de los cónyuges a la luz de lo dispuesto por el artículo 1346.5.º del Código civil; mientras que las Empresas y los establecimientos mercantiles sí pueden ser definidos como gananciales, según lo dispuesto por el párrafo 5.º del artículo 1347 del Código civil[20]. Esta distinción habrá que tenerla en cuenta a los efectos de dirimir la naturaleza de la deuda contraída por uno de los cónyuges frente a un tercero, porque de ello depende, bien la aplicación del artículo 1365 del Código civil, bien la del artículo 6 del Código de Comercio. Razón: de las deudas contraídas por uno de los cónyuges con origen en actos derivados del *«ejercicio ordinario de la profesión, arte u oficio»,* responderán directamente los bienes gananciales frente al acreedor; situación que no se refleja con idénticas consecuencias cuando el cónyuge es comerciante. Ahora bien, a los efectos que nos interesan, si el cónyuge actúa como fiador de una sociedad —persona jurídica— de la que forma parte, habrá que analizar si sus rendimientos aprovechan al consorcio conyugal para calificar la carga como consorcial, o no. Habrá que valorar el fin del negocio[21]. Si la deuda, que obedece a un acto vinculado al ejercicio ordinario de la profesión por uno de los cónyuges, tiene como fundamento el sostenimiento de la familia, se podrá reclamar que los bienes consorciales respondan de aquella. Por supuesto que, si lo que se analiza es un acto de comercio porque uno de los cónyuges es comerciante, se podrá llegar a la misma conclusión siempre que concurran los requisitos exigidos por el Código de Comercio. Esto es lo que sucede con los contratos de apertura de crédito bancario realizados por parte de una empresa para conseguir una liquidez fluida (fianza *ómnibus*). Se trata de garantizar operaciones económicas que respondan a la actividad ordinaria del deudor-empresario, y no a otras distintas[22]. Aunque el objeto de la fianza recae sobre obligaciones futuras por desconocer la cuantía de la que se va a disponer el deudor (art. 1825 CC), la responsabilidad será consorcial si lo que se garantiza se vincula a una deuda ganancial. Se deberá aplicar lo dispuesto por el artículo 1369 del Código civil a fin de reclamar una responsabilidad solidaria de los bienes consorciales junto a los bienes del cónyuge deudor; si bien es cierto que frente al acreedor, la legitimación

pasiva tan solo recaerá sobre quien actúa como deudor, siendo consorcial también la responsabilidad derivada de la fianza. Si no fuera así, la deuda sería privativa lo que conduciría a la aplicación del artículo 1373 del Código civil, según el cual el cónyuge responderá con sus bienes propios[23]; y solo si estos no son suficientes para hacer frente al pasivo, el acreedor podrá solicitar el embargo de bienes gananciales, momento en el que el cónyuge no deudor decidirá soportar el embargo u oponerse a él indicando que existen todavía bienes privativos del cónyuge deudor sin ejecutar o solicitando modificar la traba sobre los bienes comunes por la parte que ostenta en la sociedad de gananciales, *«en cuyo caso el embargo llevará consigo la disolución de aquella».*

¿Cabría aplicar los artículos 1355 y 1361 del Código civil a los efectos de atribuir naturaleza consorcial al afianzamiento mediante la mera voluntad de los cónyuges bajo el amparo del principio de autonomía privada? Las pruebas contrarias a la presunción de ganancialidad de los bienes deben ser fehacientes —no basta pruebas indiciarias—[24]. Por consiguiente, no se puede atribuir carácter ganancial a la fianza si no garantiza una deuda de esta naturaleza, conforme al principio de accesoriedad que acompaña a esta garantía[25]. Incluso, la confesión de uno de los cónyuges al respecto debe tener efectos limitados en función de la repercusión que sobre terceros pueda tener su declaración (art. 1324 CC).

## III. CÓNYUGES EN RÉGIMEN DE GANANCIALES COMO FIADORES DE UN TERCERO

En la sociedad de gananciales, la actuación conjunta de los cónyuges, o la de un cónyuge con consentimiento del otro, requiere la aplicación del artículo 1367 del Código civil, conforme al cual «*Los bienes gananciales responderán en todo caso de las obligaciones contraídas por los dos cónyuges conjuntamente o por uno de ellos con el consentimiento expreso del otro».* Siendo esto así, si ambos cónyuges actúan como fiadores, la responsabilidad derivada del afianzamiento recaerá sobre los bienes gananciales. A la misma conclusión se llega en el caso de que sea solo uno de los cónyuges quien actúa como fiador, siempre que lo haga con el consentimiento *«expreso»* del otro[26]. La responsabilidad es directa aunque la obligación sea extraña a los intereses de la familia[27]. Ahora bien, cualquiera de los supuestos planteados no se vincula necesariamente a una obligación consorcial, entendida esta como la derivada de una carga ganancial. Tan solo es determinante de la responsabilidad de los bienes gananciales frente a la reclamación del acreedor: los cónyuges acuerdan que tales bienes responderán de las deudas contraídas con independencia de cuál sea su naturaleza. Por consiguiente, a los efectos de atribuir naturaleza ganancial a la fianza, habrá que atender a

la finalidad pretendida por la obligación principal[28]. Incluso si el afianzamiento es concertado por uno de los cónyuges, el consentimiento expreso del cónyuge no fiador, no debería desvirtuar esta idea: es ganancial la carga si la deuda que se garantiza también lo es (por ej., el cónyuge afianza a la empresa o sociedad, cuyos rendimientos son bienes gananciales en los términos previstos por los números 1.º y 5.º del art. 1347 CC)[29]. Que los cónyuges hayan actuado como cofiadores, o que uno de ellos haya afianzado a un tercero con el consentimiento del otro, no es criterio suficiente para atribuir naturaleza consorcial a la fianza; este solo justifica que la responsabilidad recaiga sobre los bienes comunes.

El Alto Tribunal, en sentencia de 1 de febrero de 2016, considera que la sociedad de gananciales no tiene personalidad jurídica, razón por la que no puede contraer deudas[30]. Son los cónyuges quienes aparecen como deudores. Pero si la deuda se contrae para satisfacer atenciones de la sociedad, habrá que utilizarse bienes de esta para su pago, «y en caso de que sea el patrimonio de los cónyuges quien lo haga, tendrá un crédito contra el patrimonio ganancial». Puede hablarse de deudas «a cargo a la sociedad de gananciales, en cuanto deben ser soportadas por su patrimonio. (…). Pero no existe una estricta coincidencia entre el carácter de la deuda (ganancial o privativa) y el patrimonio que ha de responder, pues el Código civil con un criterio generoso y favorecedor del tráfico hace responsable a los bienes privativos de deudas gananciales, sin perjuicio de los reintegros pertinentes, y viceversa. Por ello, a los efectos que ahora interesa, en las operaciones de liquidación de la sociedad de gananciales en el concurso de acreedores de uno de los esposos, habrán de computarse todas las deudas a cargo de la sociedad de gananciales». Esto significa que, con independencia de si la obligación se imputa posteriormente en el pasivo de la sociedad o en el patrimonio privativo de uno de los cónyuges, los bienes gananciales podrán ser agredidos porque responden solidariamente de la deuda. Tal y como sostiene el Alto Tribunal, podrán ser embargados en una ejecución singular o ahora quedar afectados al concurso de uno de los cónyuges. Aunque el artículo 1367 del Código civil exige una actuación conjunta de los cónyuges o el consentimiento expreso del cónyuge no deudor, al Tribunal Supremo le basta con que el dinero adeudado tenga como destino cubrir las necesidades familiares. En consecuencia, si el cónyuge afianza el cumplimiento de una deuda vinculada a alguno de los supuestos previstos en el artículo 1362 del Código civil (por ej. deuda relacionada con el desarrollo de su actividad empresarial o profesional), la responsabilidad asumida será calificada como carga de la sociedad: el acreedor podrá dirigirse indistintamente contra el patrimonio consorcial o contra el patrimonio del cónyuge garante (art. 1369 CC)[31]. Asimismo, el derecho de reembolso del cónyuge fiador frente al deudor se integrará en el activo de la sociedad de gananciales[32].

Si los dos cónyuges actúan como fiadores de un mismo deudor, su relación como garantes será mancomunada, salvo pacto en contrario, por aplicación del artículo 1837 del Código civil; aunque estén sometidos al régimen de ganancialidad en los términos previstos por el artículo 1367 del Código civil. Es cierto que resulta relevante la contradicción existente entre los artículos 1837 y 1844 del Código civil a los efectos de la cofianza simple. Resulta difícil su armonización e inclusión en el régimen genérico de las obligaciones con pluralidad de deudores, razón por la que se debe sostener el carácter específico que tiene la regulación de la cofianza en el Código civil, a la luz, sobre todo, de la remisión que dispone el segundo párrafo del artículo 1837 del Código civil, y que permite el cese del beneficio de división si concurre alguno de los motivos legales previstos en el artículo 1831 del Código civil ante la reclamación del acreedor[33]. En consecuencia, el artículo 1844 del Código civil se aplica a una cofianza constituida bajo un régimen de solidaridad a fin de permitir a los cofiadores que hayan pagado la deuda, ya sea en su totalidad o parcialmente, reclamar la parte que corresponda a los demás en proporción a su participación[34].

La masa común no es un patrimonio autónomo, motivo por el cual los cónyuges son los fiadores, quienes responderán con su patrimonio privativo por mitad —salvo cese del beneficio de división o pacto de solidaridad—, y de modo conjunto con los bienes consorciales. Si las obligaciones derivadas de la fianza se definen como cargas consorciales, el patrimonio ganancial responderá de ellas, y, de modo subsidiario —en la parte no satisfecha—, los bienes privativos de cada uno de los cónyuges. En tal caso, si uno de ellos hubiera extinguido la deuda garantizada con sus bienes privativos, aquel dispondrá de una acción de enriquecimiento injusto contra el patrimonio ganancial. Si no fuera así, y los efectos del afianzamiento no tuvieran que ser soportados por el patrimonio ganancial, no se computará como una deuda consorcial.

Ante una relación solidaria de afianzamiento de una deuda ajena a los intereses de la sociedad de gananciales, el cónyuge que haya respondido con sus bienes privativos, dispondrá de un derecho de regreso en los términos previstos por los artículos 1844 y 1373 del Código civil; si bien es cierto, que aun siendo cónyuges, las condiciones del afianzamiento pueden ser distintas para cada uno de ellos en virtud de la aplicación del principio de autonomía privada, lo que repercutirá claramente en las consecuencias derivadas de su responsabilidad como garantes.

Los cónyuges, que son cofiadores solidarios, no solo pueden oponer las excepciones que correspondan al acreedor que reclama el cumplimiento de la obligación. También pueden recurrir a ellas ante la acción de regreso ejercitada por uno de los fiadores, y dentro del marco dispuesto por el artículo 1845 del Código civil. Esto se traduce en la idea de que la prórroga concedida al deudor por el acreedor sin el consentimiento del fiador, es

causa de extinción de la fianza (art. 1851 CC); consecuencia del carácter accesorio de la misma, y del hecho de que el fiador tiene fundado interés en asegurarse su regreso[35]. Se incrementa el riesgo de impago y las condiciones son más onerosas, en cuyo caso, si se concede un nuevo plazo al deudor, debe concurrir el consentimiento de ambos cónyuges, si los dos son fiadores. Si no concurriera una de las dos voluntades, cabría aplicar lo dispuesto por el artículo 1141 del Código civil en cuanto a las relaciones solidarias, por analogía, a fin de no resultar perjudicado quien no ha prestado su consentimiento[36]. Ahora bien, si la prórroga se concede al propio cónyuge que actúa como cofiador solidario, la situación será distinta porque aprovechará al otro, quien, por tanto, quedará vinculado.

Si solo uno de los cónyuges ha actuado como fiador, y el acreedor concede una prórroga al deudor, se requerirá de nuevo el asentimiento del cónyuge no fiador conforme a lo dispuesto por el artículo 1367 del Código civil[37]. La falta del mismo modificará el supuesto de hecho, puesto que la novación del afianzamiento será concertada por uno de los cónyuges sin una declaración de aquiescencia del otro. Sin embargo, si esta prórroga afecta a la responsabilidad derivada del propio afianzamiento acordado por uno solo de los cónyuges, la falta de asentimiento expreso del otro cónyuge no será relevante si este se beneficia de sus efectos.

Cuestión distinta se plantea cuando la relación entre los cofiadores y el deudor es solidaria[38]. En tal caso, el acreedor podrá actuar contra el deudor o contra los cofiadores, a quienes reclamará en función de si su relación es mancomunada o solidaria entre sí. Podrá dirigirse, en su caso, indistintamente, contra el deudor o contra patrimonio ganancial de los cónyuges cofiadores; y, de modo subsidiario, contra el patrimonio privativo de cada uno de los cónyuges; si bien es cierto que, si la relación de estos últimos fuera solidaria, habría que estar a lo dispuesto por los artículos 1822, párrafo 2.º y 1144 del Código civil; aunque sin olvidar que la naturaleza subsidiaria hace que la fianza devenga exigible cuando se produce el incumplimiento o cumplimiento parcial de la prestación que garantiza. Por consiguiente, el acreedor deberá esperar a que se produzca el incumplimiento para reclamar, extrajudicial o judicialmente, a los cónyuges fiadores el cumplimiento de la prestación.

## IV. LA RESPONSABILIDAD DEL CÓNYUGE FIADOR: LOS EFECTOS DERIVADOS DE LA FALTA DE CONSENTIMIENTO DEL OTRO CÓNYUGE

Aunque la gestión de los bienes comunes se rige por el principio de igualdad (art. 1328 CC), y, por tanto, no se puede excluir de la misma a

uno de los cónyuges, la ley sí admite que uno de ellos pueda actuar por sí solo en diferentes situaciones (por ej. en actos vinculados al ejercicio de la potestad doméstica, actos de disposición de los rendimientos propios de sus bienes privativos, actos en defensa de bienes y derechos comunes, gastos urgentes de carácter necesario o ejercicio de derecho de crédito a su nombre, entre otros). En aquellos actos de administración o disposición para los que se requiera la concurrencia de la voluntad de ambos cónyuges, la ausencia de cualquiera de ellas permitirá al cónyuge afectado anularlos si lo estima oportuno (art. 1322 CC); aunque tales actos se considerarán nulos en el caso de que se realizaran a título gratuito. Inciden sobre esta idea los artículos 1377 y 1378 del Código civil en relación con los actos de disposición sobre bienes gananciales. En consecuencia, ¿puede uno de los cónyuges afianzar una deuda ajena sin el asentimiento del otro en el ejercicio de la potestad doméstica y hacer responsable de las obligaciones que se deriven de ella al patrimonio ganancial?[39]

En nuestro Código civil, en principio, las obligaciones contraídas por uno de los cónyuges de manera individual sin consentimiento del otro serán privativas, salvo que tengan su origen en actos vinculados al ejercicio de la potestad doméstica, a la gestión o a la disposición de los gananciales, así como en actos derivados del *«ejercicio ordinario de la profesión, arte u oficio o en la administración ordinaria de los propios bienes»* (arts. 1365 CC)[40]. Cabe aplicar el criterio que se infiere de lo dispuesto por el artículo 1366 del Código civil en cuanto a las obligaciones extracontractuales de uno de los cónyuges: todo aquello que aprovecha o genera un beneficio a la sociedad de gananciales será a cargo de esta última, *«salvo dolo o culpa grave del cónyuge deudor»*[41]. Por consiguiente, la responsabilidad alcanzará a los bienes consorciales y los privativos del cónyuge deudor, pero no los bienes privativos del cónyuge no fiador (art. 1369 CC), salvo que, conforme a lo dispuesto por los artículos 1390 y 1391 del Código civil, la finalidad del acto fuera obtener un lucro o beneficio exclusivo para él u ocasionar *«dolosamente»* un daño a la sociedad, en cuyo caso el acto realizado *«en fraude de los derechos»* del otro cónyuge, permitirá a este último solicitar su rescisión[42]; aunque se exija una responsabilidad consorcial a fin de salvaguardar los intereses de los acreedores, postergando los efectos definitivos al momento de liquidación del patrimonio ganancial.

Si uno de los cónyuges es comerciante, y es él quien se convierte en fiador, con respecto a la obligación que asume, se debe estar a lo dispuesto por el artículo 6 del Código de Comercio, según el cual «*En caso de ejercicio del comercio por persona casada, quedarán obligados a las resultas del mismo los bienes propios del cónyuge que lo ejerza y los adquiridos con esas resultas, pudiendo enajenar e hipotecar los unos y los otros. Para que los demás bienes comunes queden obligados será necesario el consentimiento de ambos cónyu-*

*ges»;* salvo capitulaciones matrimoniales en contrario. La responsabilidad se establece con respecto a todos aquellos actos de comercio realizados por uno de los cónyuges vinculados al desarrollo de una empresa o explotación económica; no por el mero hecho de ser comerciante, quien podrá contraer otro tipo de deudas cuya calificación, como privativa o ganancial, estará sujeta al régimen jurídico general[43]. En consecuencia, el asentimiento del cónyuge no comerciante resulta sustancial para que los bienes gananciales respondan por las obligaciones derivadas de un afianzamiento concertado por el cónyuge comerciante, siempre y cuando la fianza sea definida como un acto de comercio por estar vinculado al desarrollo de una actividad empresarial. Es cierto que el artículo 7 del Código de Comercio, presume este consentimiento «*cuando se ejerza el comercio con conocimiento y sin oposición expresa del cónyuge que deba prestarlo»;* un asentimiento que lo puede revocar en cualquier momento, siempre y cuando no perjudique a terceros (art. 10 CCO)[44]. También se establece esta presunción cuando, al contraer matrimonio, *«se hallare uno de los cónyuges ejerciendo el comercio y lo continuare sin oposición del otro»* (art. 8 CCO). Todo ello se traduce en la idea de que, para evitar la responsabilidad de los bienes gananciales, el cónyuge no comerciante deberá probar su ignorancia o su oposición (art. 217 LEC). Ahora bien, esto no afecta a sus bienes privativos para los que el cónyuge no comerciante deberá prestar un consentimiento expreso en cada caso que se plantee (art. 9 CCO)[45].

Es cierto que surgen problemas en relación con la ficción de apariencia societaria que conduce a la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo. Esto puede suceder cuando la sociedad está formada por un único socio. El comerciante es la sociedad y el cónyuge, que es socio, actúa como fiador. Cabría considerar que concurren en la misma persona el fiador y el deudor principal. Siendo esto así, habría que pensar que es el garante quien, en realidad, está recibiendo el importe del préstamo garantizado. Ahora bien, la aplicación de esta teoría se sostiene si la sociedad se ha creado con un ánimo fraudulento. Tal y como ha mantenido el Tribunal Supremo, en sentencia de 18 de mayo de 2006, el uso del levantamiento del velo debe ser siempre «ponderado y restringido» en aquellos casos en los que actúan «una o varias personas físicas bajo la apariencia o cobertura formal de una sociedad (de la que son o suelen ser socio únicos dichas personas físicas)». Los patrimonios —el de la persona física y el de la sociedad— aparecen confundidos. Y si esto es así, la persona física puede ser responsable del pago de las deudas sociales contraídas en un único acto negocial por parte de la persona jurídica, que es la que aparece como deudora[46]. No obstante, en cualquier caso siempre será determinante el asentimiento —o la presunción del mismo— del cónyuge no comerciante para vincular el patrimonio consorcial.

El Alto Tribunal, en una sentencia de 3 de noviembre de 2004, aborda la naturaleza de la fianza con respecto a unas deudas de carácter ganancial,

y, al respecto, señala lo siguiente[47]: «(…) en los matrimonios regidos por las normas de la sociedad de gananciales, si la obligación la contrae, *nomine proprio,* uno de los cónyuges, él será el único deudor, no el otro (ni aquella sociedad, carente de personalidad jurídica); (…) pese a ello, responderán directamente ambos cónyuges con los bienes comunes si (como se ha dicho, habiéndola contraído solo uno y, por lo tanto, no los dos o uno con el consentimiento del otro, casos previstos en el art. 1367 CC) la deuda es de la naturaleza que el legislador toma en consideración para facultar a los acreedores a que hagan efectivo su derecho con una ejecución directa sobre los bienes comunes». En consecuencia, si la deuda afianzada tiene su origen en actos de gestión de los bienes gananciales, se deberá atribuir a la fianza una naturaleza ganancial. Si no fuera así, no. Por tanto, si la deuda derivada de un acto de comercio se incluye en el supuesto previsto en el número 4.º del artículo 1362 del Código civil, aquella será de cargo de la sociedad de gananciales. Esta es la razón por la que la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 2001 mantuvo que, de las obligaciones derivadas de la fianza prestada por un cónyuge en favor de la sociedad de la que era socio y administrador, respondieran los bienes gananciales; negando esta responsabilidad en el caso de que predominara la mera liberalidad en la garantía personal; que es lo que sucede cuando la causa de la misma se justifica en el ánimo de beneficiar a familiares o amigos (por ej., el cónyuge actúa como fiador del préstamo hipotecario de un tercero ajeno a los intereses familiares)[48].

Es la postura que sostiene el Alto Tribunal, en una sentencia de 5 de febrero de 2007, cuando analiza una cláusula de afianzamiento en un contrato de préstamo donde uno de los cónyuges aparece como fiador —junto a otros—, sin que se haga referencia en ningún caso a su cualidad de cónyuge. Al respecto, mantiene que el primero actúa como un fiador individual de carácter solidario junto al resto de avalistas. La falta de consentimiento expreso, en cuanto a la responsabilidad de los bienes gananciales, impide vincular el afianzamiento con actos de administración y gestión de los bienes gananciales. No prueba que la finalidad fuera esta, lo que obliga al cónyuge avalista a responder frente al acreedor como garante.

No obstante, ¿no debería ser exigible el asentimiento del otro cónyuge, a los efectos de que los bienes consorciales respondan de las obligaciones derivadas de un afianzamiento vinculado al ejercicio de *«la profesión, arte u oficio»* del otro? Si uno de los cónyuges participa como socio de una sociedad vinculada al ejercicio de una profesión (por ej., un bufete que se constituye a través de una sociedad civil), y actúa a su vez como garante de un préstamo que solicita esta última, aunque el préstamo garantizado tenga su origen en lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 1365 del Código civil, ¿no sería oportuno exigir el consentimiento del otro cónyuge por ser considerada

la fianza como un gravamen? Entiendo que así debería ser si consideramos que la naturaleza de las obligaciones derivadas de este contrato de garantía personal excede lo que entendemos por *«ejercicio ordinario de la profesión».* Con una interpretación *a contrario* del artículo 1365.2.º del Código civil, los bienes consorciales no responderán directamente frente a los acreedores si las obligaciones tienen origen en un acto de carácter extraordinario. Esta situación no se plantea en los mismos términos que dispone el artículo 6 del Código de Comercio, donde simplemente se hace referencia al *«ejercicio del comercio»;* si bien es cierto que se requiere la concurrencia de la voluntad del cónyuge no comerciante —expresa o presunta— para exigir responsabilidad a los bienes comunes. No obstante, el artículo 1365.2.º del Código civil sí precisa que el acto debe obedecer al ejercicio ordinario de la profesión a los efectos de determinar la responsabilidad de los bienes gananciales frente a terceros; aunque también se infiere de lo dispuesto por el artículo 1362.4.º del Código civil una falta de precisión sobre la naturaleza ordinaria u extraordinaria de los gastos imputables a la sociedad de gananciales con origen en la *«explotación regular de los negocios o el desempeño de la profesión, arte u oficio de cada cónyuge»*[49].

Sin embargo, no hay que olvidar que los artículos 1377 y 1378 del Código civil exigen el consentimiento de ambos cónyuges respecto de los actos de disposición que afecten a bienes gananciales[50]. Si el afianzamiento es una carga y, como tal, se configura como un acto dispositivo, y no como un mero acto de administración, por la responsabilidad que aquel conlleva, ¿no sería necesaria la concurrencia de ambas voluntades? No bastaría con el deber de información recíproca entre los cónyuges previsto por el artículo 1383 del Código civil. Más aún, en consonancia con lo previsto por el artículo 1322 del Código civil, se distingue entre la onerosidad y la gratuidad de los actos dispositivos, optando por la nulidad en el segundo caso. En consecuencia, ¿qué efectos tendría sobre el afianzamiento realizado unilateralmente por uno de los cónyuges?

Que lo dispuesto por los artículos 1377 y 1378 del Código civil no permite al cónyuge no fiador dejar sin efecto el contrato de fianza, es meridiano. La sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 1991 ya sostuvo esta idea cuando uno de los cónyuges constituye un aval sin el consentimiento del otro cónyuge, quien solicita su nulidad por este motivo. En la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz (sección 7.ª), de 8 de octubre de 2002, el cónyuge no fiador pretende la nulidad de la fianza por haber sido acordada sin su consentimiento, entendiendo que esto le supone un perjuicio como parte de la sociedad conyugal de gananciales. Ante esto, es cierto que quien no es parte del contrato, no puede pretender su ineficacia; pero sí podría ejercitar sus derechos conforme a lo previsto por el artículo 1373 del Código civil[51]. Claro está que su falta de asentimiento podría evitar que los bienes comu-

nes respondieran de las obligaciones derivadas de la fianza en los términos previstos por el artículo 1369 del Código civil, pero no porque la fianza no deba ser considerada como un acto dispositivo —que lo es—, sino porque es un acto que no vincula a la sociedad de gananciales. Por consiguiente, lo dispuesto por los artículos 1377 y 1378 del Código civil, respecto de la falta de voluntad de uno de los cónyuges en cuanto a la fianza acordada, ha de interpretarse como causa que justifica que los bienes gananciales no respondan frente al acreedor cuando la obligación no tiene carácter ganancial. Frente a la reclamación del acreedor, el cónyuge que no ha prestado su consentimiento, puede oponer lo dispuesto por el artículo 541.3. Ley de Enjuiciamiento Civil que admite que, si estamos ante deudas propias de uno de los cónyuges y se persiguiesen bienes comunes por insuficiencia de los privativos, se tendrá que notificar el «*embargo al cónyuge no deudor»,* a fin de que este pueda optar entre *«la disolución de la sociedad conyugal»* y correspondiente *«división del patrimonio»,* y la suspensión de la ejecución en lo relativo a los bienes comunes. Reclamaría la aplicación del artículo 1373 del Código civil, al sostener la naturaleza privativa de la obligación derivada de la fianza concertada por el otro cónyuge sin su consentimiento, y solicitaría hacer excusión de los bienes del cónyuge fiador para que el acreedor los persiguiera. El cónyuge no fiador podría oponerse al embargo y ejecución de los bienes gananciales, si quien actúa como garante tiene bienes suficientes para hacer frente a su responsabilidad. Por otra parte, una clara falta de diligencia al respecto podría incrementar el nivel de asunción de un riesgo por posible insolvencia del cónyuge garante; riesgo que tendría que asumir el acreedor si con su actitud dolosa —e incluso negligente en algunos casos— se dificulta, de modo evidente, la persecución de los bienes del cónyuge fiador, en los términos que se infiere del artículo 1833 del Código civil. La consecuencia de esta afirmación sería la de liberar los bienes gananciales porque *«el acreedor negligente»* sería responsable *«hasta donde* [los bienes] *alcancen, de la insolvencia* [del cónyuge fiador] *que por aquel descuido resulte».*

La gratuidad del afianzamiento, como acto dispositivo que es, ¿permitiría sostener su nulidad de pleno derecho en virtud de lo previsto por los artículos 1322, 2.º pár. y 1378 del Código civil? No. Que la fianza sea gratuita (art. 441 CCO y 1823 CC) no es óbice para sostener su eficacia. El garante asume su responsabilidad como tal. Lo que sí habría que cuestionar son sus efectos sobre el patrimonio ganancial. En este sentido la onerosidad de la fianza podría vincularse a la naturaleza de la obligación principal que garantiza y que será determinante de su carácter ganancial. De tal modo que, si la deuda garantizada se vincula a alguno de los supuestos previstos en el artículo 1365 del Código civil, bien podríamos atribuir a la fianza un carácter oneroso; no así cuando el cónyuge afianza una deuda ajena a este patrón. No obstante, no se debe simplificar los conceptos de gratuidad u

onerosidad de la fianza, puesto que el afianzamiento puede ser oneroso o gratuito bajo otros parámetros (por ej., una rebaja en el tipo de interés aplicable al préstamo que repercute claramente sobre la responsabilidad que asume el fiador). Lo que tratamos de solventar es cómo afectan tales conceptos al ámbito de aplicación de las reglas que rigen la sociedad de gananciales a fin de dirimir la repercusión cuantitativa de la garantía personal: si afecta no solo a los bienes privativos del cónyuge fiador, sino también a los comunes. No se discuten aspectos cualitativos de la misma, que son los determinantes de su naturaleza.

## V. LA FIANZA EN EL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES Y SU REPERCUSIÓN SOBRE LA VIVIENDA HABITUAL

El régimen de separación de bienes se caracteriza por la falta de un patrimonio ganancial. Solo existen dos patrimonios independientes entre sí. No obstante, se aplica un conjunto de disposiciones generales —que constituyen lo que se denomina régimen patrimonial primario—, orientadas todas ellas a la gestión del levantamiento de las cargas del matrimonio[52]; concepto, este último, que se debe interpretar como gasto dedicado al sostenimiento de la familia de acuerdo a lo establecido por el artículo 1362 del Código civil, y no como sinónimo de gravamen.

Las disposiciones generales se deben conjugar con la normativa específica que regula cada uno de los regímenes económico-matrimoniales presentes en nuestro Código civil. Por consiguiente, cuando el artículo 1318 del Código civil establece que *«Los bienes de los cónyuges están sujetos al levantamiento de las cargas del matrimonio»,* hay que aplicar lo previsto por el artículo 1438 del mismo cuerpo legal en relación con el régimen de separación de bienes: *«Los cónyuges contribuirán al sostenimiento de las cargas del matrimonio»* según lo acordado, y a falta de pacto, *«lo harán proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos».* En tal caso, la falta de bienes de uno de los cónyuges no atribuirá siempre un derecho de reembolso al otro ante tales gastos, ya que el legislador aplica un criterio de la proporcionalidad al distribuir las cargas derivadas del matrimonio. No recurre a la regla propia de la sociedad de gananciales, que no es otra que la de la participación al cincuenta por ciento, salvo que así lo hayan convenido los cónyuges[53]. Ante esta situación, ¿cómo repercutirá el afianzamiento concertado por uno de los cónyuges constante un régimen de separación de bienes?[54].

Si ambos cónyuges actúan como fiadores, la responsabilidad que se derivará del contrato de garantía solo resultará relevante si este se ha vinculado a un acto de gestión de levantamiento de cargas familiares (por ej., la fianza acordada para garantizar el cumplimiento de un contrato de servicios por

parte de uno de los cónyuges que ha de prestar un tercero —una empresa— en relación con un hijo discapacitado con patrimonio propio). En tal caso, los cónyuges responderán en proporción a sus recursos económicos con sus bienes privativos, y no de acuerdo a su participación como cofiador, si no se ha pactado nada en contrario. Si la fianza no estuviera vinculada a un acto dedicado al levantamiento de cargas familiares, ante la falta de un patrimonio ganancial, cada uno de los cónyuges responderá como cualquier otro cofiador.

Si quien actúa como fiador fuera uno de los cónyuges, habría que valorar la aplicación del artículo 1319 del Código civil conforme al cual cualquiera de los cónyuges podría realizar actos encaminados a *«atender las necesidades ordinarias de la familia».* De las deudas contraídas al respecto responderán *«solidariamente los bienes comunes y los del cónyuge que contraiga la deuda y, subsidiariamente, los del otro cónyuge».* Ahora bien, ¿la noción *«bienes comunes»* es equivalente a la de bienes gananciales en los términos previstos por el artículo 1362 del Código civil? No de forma exclusiva, ya que no existen bienes de esta naturaleza en un régimen de separación de bienes. Cabe incluir otro tipo de bienes; aquellos sobre los que concurre una cotitularidad[55]. Asimismo, que la atribución de responsabilidad recaiga de modo principal sobre el cónyuge deudor, solo se justifica en la seguridad jurídica que permite al acreedor saber a quién dirigirse. El cónyuge no deudor asume una responsabilidad de carácter subsidiario si la deuda tiene su origen en gastos ordinarios dedicados a atender el cuidado de la familia (art. 1440 CC). Por consiguiente, actuará como si de un subfiador se tratara (art. 1846 CC), y dispondrá después de su correspondiente derecho de reembolso de acuerdo a su régimen matrimonial.

Ahora bien, si sostenemos la naturaleza dispositiva de la fianza por actuar como una carga sobre los bienes del garante, habrá que traer a colación lo dispuesto por el artículo 1320 del Código civil, conforme al cual, en relación con la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, *«aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges»*, se requerirá el consentimiento de ambos cónyuges, o, *«en su caso, autorización judicial»*[56]. La restricción tiene un claro fundamento cuando ambos cónyuges son cotitulares de la vivienda —o cuando es un bien ganancial, en su caso—. Cuando la vivienda tiene naturaleza privativa o el régimen económico al que se sujeta el matrimonio es el de separación de bienes, el legislador concede al cónyuge no titular la posibilidad de impugnar el acto dispositivo que afecte al inmueble por constituirse en vivienda habitual (art. 1322 CC)[57]. La finalidad del citado artículo 1320 del Código civil es proteger la vivienda, evitando que actos unilaterales de uno de los cónyuges perjudiquen al otro; entendiendo como vivienda habitual aquel inmueble destinado al domicilio familiar[58]. Que se desarrolle en ella, a su vez, una actividad profesional, no tiene que ser óbice para quedar afectada por lo dispuesto por el artículo 1320 del Código

civil. En consecuencia, la restricción establecida por el legislador podría ser definida como una prohibición de disponer en los términos previstos por el artículo 26 de la Ley Hipotecaria, ya que el inmueble constituido en vivienda habitual está sujeto a una carga que impide su libre disposición[59]. Es una limitación que, de modo imperativo, grava el *ius disponendi* que todo titular tiene sobre su inmueble. No puede enajenar ni gravar la vivienda habitual sin el asentimiento del otro cónyuge, cuya ausencia conlleva la aplicación del artículo 1322 del Código civil[60]. Pero, ¿qué valor otorgamos a la voluntad del cónyuge no fiador en el contrato de fianza?

La fianza concertada por uno de los cónyuges es válida y eficaz sin el asentimiento del otro ante la reclamación del acreedor. Sin embargo, el artículo 1322 del Código civil recurre a la anulabilidad cuando se viola la obligación legal establecida por el artículo 1320 del Código civil: falta la voluntad del cónyuge no fiador porque la responsabilidad derivada del afianzamiento afecta, entre otros bienes, a la vivienda habitual, aunque el titular del inmueble sea el cónyuge fiador. Parece que se atribuye la facultad de anular a quien no es parte del contrato. Si esto fuera así, el cónyuge no fiador podría decidir anular o confirmar el contrato. Sin embargo, no es esta la interpretación a la que debemos recurrir. Razón: el asentimiento del cónyuge no fiador delimita la extensión de los efectos de la fianza, pero no su validez. Por consiguiente, no se trata de reclamar la ineficacia del afianzamiento, sino de limitar las consecuencias de su ejecución sobre el inmueble que actúa como vivienda habitual por falta de consentimiento del cónyuge no titular de la vivienda. El acreedor fiduciario deberá soportar sobre la vivienda habitual una carga que actúa como una prohibición de disponer de origen legal anterior al contrato de fianza, en cuyo caso el tercero adquirente habrá de respetar las condiciones de uso del inmueble. El asentimiento del cónyuge no fiador no se constituye como elemento sustancial de validez del contrato de fianza, sino como voluntad determinante de la naturaleza del inmueble que se constituye como vivienda familiar. Lo que le permite el legislador es reclamar que se respete la afección que limita su uso, y que actúa como una carga que no desaparece con el embargo y la ejecución forzosa solicitada por el acreedor fiduciario. La restricción legal de disponer se extinguirá solo cuando el inmueble deje de ser considerado vivienda habitual de la familia. Mientras tanto, cualquiera de los cónyuges podrá reclamar la eficacia del gravamen —el uso familiar—, no como parte de un contrato de fianza, sino como persona interesada en que se respeten los efectos del gravamen legal. El consentimiento prestado por el cónyuge fiador no será causa de extinción del mismo. Tan solo la concurrencia de voluntades de los dos cónyuges podrá dar lugar a la extinción de la carga si se interpreta que con ella se pretende desvincular el inmueble del destino familiar.

La carga sobre el inmueble, que vincula su destino a través de una prohibición legal de disponer, debe ser anterior al contrato de fianza para ser

oponible[61]. La publicidad de la restricción viene dada por la combinación de lo dispuesto por los artículos 1320 del Código civil y 26 de la Ley Hipotecaria. Es legal. Por tanto, la vivienda habitual se puede embargar y ejecutar, pero respetando siempre su destino en virtud de lo dispuesto por la ley. Lo adecuado será que el destino del bien inmueble quede determinado en el contrato de afianzamiento a fin de que la prohibición sea oponible al acreedor fiduciario y al futuro tercero adquirente, en los términos previstos por el artículo 144.5. del Reglamento Hipotecario, según el cual *«Cuando la Ley aplicable exija el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de derechos sobre la vivienda habitual de la familia, y este carácter constare en el Registro, será necesario para la anotación del embargo de vivienda perteneciente a uno solo de los cónyuges que del mandamiento resulte que la vivienda no tiene aquel carácter o que el embargo ha sido notificado al cónyuge del titular embargado»*[62]. Si no fuera así porque el cónyuge fiador no lo declarara, el cónyuge no fiador puede oponer el destino del inmueble en virtud de lo dispuesto por el artículo 1320 del Código civil siempre y cuando ofrezca prueba oportuna al respecto[63]. Por ello, a los efectos de proteger los intereses del tercero adquirente de buena fe resulta oportuno exigir determinar el destino del inmueble embargado, al estar ante un matrimonio; si se constituye en domicilio conyugal, o no; y desde cuándo esto sucede[64].

Si el inmueble se convirtiera en vivienda habitual con posterioridad al contrato de afianzamiento, conforme a las reglas de *prior tempore, potior iure,* la carga no tendría efectos frente a terceros[65]. No hay que olvidar que, no siendo así, se podría intentar defraudar el interés de los acreedores al constituir como vivienda habitual un inmueble que antes no estaba afectado por este uso, a fin de limitar sus efectos en un procedimiento de embargo y ejecución. En este sentido se manifestó la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 2015 cuando sostuvo la falta de oponibilidad de un derecho de uso de vivienda familiar al adjudicatario de la misma tras un proceso de enajenación forzosa en subasta pública. No basta argumentar que el cónyuge no consintió la constitución de una hipoteca sobre la vivienda familiar, bien privativo del otro. Razón: la vivienda no se constituía en vivienda familiar porque en el momento de su adquisición e hipoteca no existía matrimonio alguno y, por tanto, no se podía configurar como vivienda familiar. Este bien ya estaba gravado con la hipoteca antes de constituirse como tal, y el derecho de uso atribuido a uno de los cónyuges e hija tras un procedimiento de divorcio es posterior[66].

## VI. EL AFIANZAMIENTO DE UN PRÉSTAMO HIPOTECARIO

El afianzamiento de un préstamo hipotecario no modifica la naturaleza de la fianza conforme a los términos expuestos anteriormente. En consecuencia, la fianza será mercantil si lo que garantiza es el cumplimiento de

un contrato mercantil; que es lo que sucede habitualmente al actuar como acreedora una entidad bancaria. Así mismo, que los cónyuges —o uno de ellos— actúen como garantes de un préstamo hipotecario no es razón determinante para calificar la responsabilidad como consorcial o privativa. Habrá que analizar el crédito garantizado para determinar cómo va a operar después la fianza en el marco de los regímenes económico-matrimoniales. No obstante, es cierto que este tipo de préstamos al estar doblemente garantizados —mediante una fianza y una hipoteca—, requieren un estudio más detallado.

Ante el impago del deudor, el acreedor fiduaciario tiene la opción de solicitar que se condene al fiador a través de un juicio declarativo o, si existiera una póliza de afianzamiento, reclamar su ejecución ante los Tribunales[67]. Si esto fuera así, ante una fianza solidaria, el cónyuge —o los cónyuges fiadores— deberán responder del cumplimiento íntegro de la prestación[68]. Una vez satisfecho el interés del acreedor, el afianzamiento se extingue, y los fiadores, que no son deudores sino garantes, ejercitan unos derechos de reembolso y subrogación que le son propios[69]; aunque el acreedor pueda demandar al fiador desde el momento del vencimiento de la obligación sin necesidad de requerimiento previo al deudor o demandar conjuntamente al fiador y deudor[70].

Respecto de la reclamación del acreedor al fiador por el impago de un préstamo hipotecario, cabe preguntarse si este puede oponer al citado acreedor fiduciario la existencia de una hipoteca como garantía a fin de postergar su responsabilidad, o si, por el contrario, el garante no tiene esta facultad. Para dar respuesta a esta pregunta hay que tener presente lo dispuesto por el artículo 1853 del Código civil en materia de excepciones, ya que de aquí se infiere que solo le competen al garante aquellas que tienen naturaleza real por ser inherentes a la deuda[71]; no así las excepciones personales, que, sin embargo, sí puede utilizar el deudor solidario en virtud de lo previsto en el artículo 1148 del Código civil[72]. El carácter accesorio de la fianza lo justifica (art. 1847 CC). Por ello, conforme a lo establecido por el artículo 1849 del Código civil, *«Si el acreedor acepta voluntariamente un inmueble, y otros cualesquiera efectos en pago de la deuda, aunque después los pierda por evicción, queda libre el fiador».* Si el acreedor que acepta la dación en pago, asume el riesgo íntegramente. En este sentido, que el préstamo garantizado por la fianza sea hipotecario, no podrá ser considerado como una excepción a oponer por parte del fiador. Es el acreedor quien decide qué garantía ejecutar. Ahora bien, esto no significa que la fianza no pueda extinguirse cuando la conducta del acreedor impida a los fiadores, *«aunque sean solidarios, … «quedar subrogados en los derechos, hipotecas y privilegios del mismo»,* conforme a lo previsto por el artículo 1852 del Código civil Pero, ¿cómo debemos interpretar este precepto?

Queda claro que se pretende salvaguardar el interés del fiador en vía de regreso[73]; y ello de modo imperativo, en cuyo caso no se admite cláusula en contrario. Razón: el fiador tiene derecho a recuperar lo pagado, los intereses, los gastos que le hubiera ocasionado el pago y la correspondiente indemnización de daños y perjuicios (art. 1838 CC)[74]. Para que resulte efectiva esta facultad, se le atribuye la posibilidad de subrogarse en los derechos que pudiera tener el acreedor frente al deudor a fin de garantizar el pago de la deuda, como sucede con la hipoteca (art. 1839 CC)[75]. En este sentido, el análisis de los términos del citado artículo 1852 del Código civil no debe orillar la idea de dejar indemne al fiador al tratar de determinar qué *«hechos del acreedor»* resultan determinantes para justificar la extinción de la fianza. El Alto Tribunal, en sentencia de 4 de mayo de 2007, no libera al fiador, pese a haberse extinguido la hipoteca que garantizaba el préstamo con anterioridad. El acreedor había adquirido la finca hipotecada en pública subasta, aspecto determinante de la extinción de la garantía por consolidación. Siendo esto así, se considera que «el hecho del acreedor que impide la subrogación y provoca la liberación del fiador es aquel acto voluntario y libre que de forma activa o pasiva se produce en la misma relación jurídica en la que se había dado la fianza». Como la causa que justifica la extinción del derecho real de garantía se encuentra en otro derecho de crédito anterior al afianzado, no se puede oponer lo dispuesto por el artículo 1852 del Código civil[76]. Sin embargo, si las garantías de cobro que ofrece el derecho de crédito garantizado justifican las condiciones pactadas en el afianzamiento, habrá que valorar la extinción de aquellas en otros términos. Lo que se afianza es un préstamo hipotecario, en cuyo caso no todas las causas de extinción de este derecho real de garantía deben afectar a la fianza. Si aquellas obedecen a un caso fortuito o fuerza mayor no liberarán al fiador en los términos previstos por el artículo 1852 del Código civil. Por consiguiente, una devaluación del valor de la vivienda hipotecada no permitirá al fiador oponer la extinción del afianzamiento, pese a la minoración de la garantía inmobiliaria. Ni siquiera cabría admitir la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* porque la disminución del valor del bien hipotecado, que actúa como garantía, es un riesgo que debe asumir. Incluso, este hecho no impide al fiador subrogarse en la hipoteca; solo repercute sobre los efectos del ejercicio del derecho de regreso (por ej., que el deudor resulte insolvente). Por otra parte, el artículo 1852 del Código civil se refiere a la extinción de la hipoteca, y no a la modificación del valor del bien hipotecado. Del mismo modo tampoco se extinguirá la fianza en el caso de que el inmueble se deteriore por causa imputable a terceros o que este sea expropiado, ya que la subrogación se producirá sobre las indemnizaciones (art. 110.2.º LH)[77].

El fiador solicita su liberación ante conductas del acreedor que le perjudican claramente[78]. En consecuencia, la adquisición de la vivienda hipote-

cada por el acreedor fiduciario e hipotecario a la par, puede ser catalogada como tal si con ello lo que pretende es extinguir una garantía que no solo afecta al acreedor, sino también al fiador. Esto es, si el fin es perjudicar el derecho de regreso de quien actúa como fiador[79]. Razón: el acreedor no tiene una libre disposición sobre su derecho real de garantía ya que no es él quien únicamente se beneficia de su existencia, sino también el fiador. Por ello, lo oportuno sería requerir el asentimiento de este garante ante cualquier acto que realizara el acreedor si afecta a la hipoteca que va a garantizar también su derecho de reembolso[80]. Resulta plausible exigir la concurrencia del fiador ante el acto de adquisición de la vivienda hipotecada por parte del acreedor. No siendo esto así, habría argumentos suficientes para fundamentar la liberación del garante, ya que no se está discutiendo la extinción de la hipoteca, sino su repercusión sobre el derecho de subrogación del fiador en su caso, situación subsumible en lo dispuesto por el artículo 1852 del Código civil.

Por supuesto, que la conducta dolosa del acreedor con resultado de extinción de la hipoteca y perjuicio al fiador en vía de regreso queda incluida en el artículo 1852 del Código civil por ser imputable a aquel. Pero, ¿cabe hablar de actos negligentes en tal caso? En realidad, lo que se analiza es si la actuación del acreedor —por acción o por omisión— impide la subrogación del fiador en el derecho real de hipoteca. Cuando el deudor no tiene bienes suficientes para hacer efectivo el derecho de reembolso del fiador, cobra especial relevancia esta garantía. Siendo esto así, cabría inferir que la medida prevista en el artículo 1852 del Código civil se aplica solo si la solvencia del deudor se ve afectada hasta tal punto que la ausencia de la garantía real frustraría el interés del fiador. Si esto no fuera así, no parece existir fundamento alguno que justifique la liberación del fiador ya que el deudor tiene capacidad patrimonial suficiente para hacer frente al cumplimiento de sus obligaciones. Desde este presupuesto hay que analizar si el hecho es imputable al acreedor —por dolo o culpa—, o no, a los efectos de que el fiador pueda reclamar la aplicación del artículo 1852 del Código civil con base en el nivel de diligencia exigible a aquel en relación con *«los derechos, hipotecas y privilegios»* que se le atribuyen, ya que son garantías que también protegen la efectividad del derecho de reembolso del fiador. Se exige una ausencia de actos que perjudiquen al fiador sin otra finalidad añadida que impedir su vocación de garantía (por ej. la cancelación de la hipoteca). Ahora bien, esto no se debe traducir en una defensa activa de los intereses del garante por parte del acreedor —aunque sin estos actos se viera perjudicada la solvencia del deudor (por ej., la falta de ejercicio de una acción revocatoria)—. Tal y como sostiene el Tribunal Supremo, en sentencia de 8 de mayo de 2002, se trata de evitar que un acuerdo entre el acreedor y el deudor perjudique la fiador «y acabe pagando una deuda

ajena». La carga que asume el acreedor es la de preservar el derecho de subrogación del fiador y el incumplimiento de esta carga es lo que conlleva la sanción del artículo 1852 del Código civil. En consecuencia, si el hecho que impide al fiador subrogarse no fuera imputable al acreedor, no cabría aplicar lo dispuesto por el citado artículo 1852[81]. En tal caso, no estamos ante un supuesto de hecho incluido en este precepto cuando se extingue parte de la deuda afianzada con el producto de la enajenación el bien inmueble hipotecado[82]. Los efectos son los mismos que los derivados de la ejecución hipotecaria.

Por otra parte, la declaración de nulidad de una cláusula en el contrato de préstamo hipotecario, ¿podría ser considerada como *«hecho del acreedor»* a la luz de lo dispuesto por el artículo 1852 del Código civil? Si el contenido del contrato obedece a una condición general de contratación impuesta por el acreedor, y esta resulta ser abusiva, cabría considerarla como hecho imputable a este. Si la nulidad de esta condición impidiera al fiador subrogarse *«en los derechos, hipotecas y privilegios del mismo»,* podría reclamar su liberación. Ahora bien, si se declarara nula alguna de las cláusulas dispuestas en el préstamo hipotecario, ello no afectará al afianzamiento si no se impide dicha subrogación. Su eficacia tan solo se verá afectada por la nulidad parcial del préstamo garantizado.

Conforme a lo dispuesto por el artículo 88 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, resulta abusiva *«La imposición de garantías desproporcionadas al riesgo asumido»,* en cuyo caso ¿el propio afianzamiento de un contrato de préstamo hipotecario podría ser considerado como tal? Que exista una hipoteca no es razón suficiente para contestar de modo afirmativo. No hay que olvidar que en un marco de crisis económica, los activos inmobiliarios se han depreciado y ello ha repercutido negativamente sobre los efectos de la hipoteca como garantía de un préstamo[83]. Por tanto, el afianzamiento, en este contexto, no podría ser calificado como abusivo; salvo que la obligación principal estuviera suficientemente garantizada con el valor del inmueble hipotecado hasta tal punto que no se viera afectada la garantía por su depreciación en el mercado.

Cabe entender que la liberación del fiador conforme a lo dispuesto por el artículo 1852 del Código civil tiene carácter subsidiario, ya que el fiador de un préstamo hipotecario además dispone de una acción de relevación para defender su posición o exigir una garantía que le ponga a salvo de los procedimientos del acreedor ante el peligro de insolvencia del deudor[84]. Para ello debe concurrir alguna de las condiciones previstas en el artículo 1843 del Código civil. Su fin es proteger al fiador de un riesgo de impago. Las circunstancias que determinan sus efectos han cambiado y el fiador solicita la relevación de la fianza al deudor[85]. Si el Banco concede un nuevo crédito al deudor empresario a sabiendas de que es insolvente, el fiador podrá ejer-

citar la acción de relevación del artículo 1843.2. del Código civil, aunque se haya fijado una duración concreta para el contrato de fianza[86]. Sin embargo, como se necesita la aceptación del acreedor —quien podrá solicitar a su vez otra garantía—, hay que concluir que, de hecho, no se reconoce al fiador una acción que le libere de sus obligaciones; máxime cuando el fiador se puede subrogar en las garantías del acreedor, entre las que están la hipoteca.

No sucede lo mismo con la acción de cobertura: el fiador exige una garantía mayor con cargo a los bienes del deudor a fin de asegurar su solvencia ante el ejercicio de la acción de regreso, ya que el bien inmueble hipotecado se ha devaluado. Una situación de insolvencia no declarada del deudor o que la deuda sea exigible por cumplirse el plazo en que debía satisfacerse, lo justifica[87]. Sin embargo, su aplicación genera diversas dudas: cuando el deudor es declarado concursado, el beneficio de excusión del fiador quiebra (art. 1831 CC), motivo por cual el acreedor fiduciario puede dirigirse contra el fiador. Siendo esto así, el garante será quien soporte la insolvencia del deudor.

Si la fianza estipulada está sujeta a plazo, esta se extinguirá llegado el mismo, de acuerdo a lo establecido por el artículo 1843.3.º del Código civil. La responsabilidad del garante va a recaer sobre las deudas generadas con anterioridad a dicha fecha, por lo que hablar de extinción de la fianza no evita la reclamación del acreedor respecto de las deudas nacidas con anterioridad a la misma. Pero, si el vencimiento de la obligación principal no está sujeta a un término fijo, la fianza podrá extinguirse en un plazo de diez años *«a menos que sea de tal naturaleza que no pueda extinguirse sino en plazo mayor…»* (por ej., renta vitalicia, usufructo, etc.). El carácter retributivo del afianzamiento mercantil determina la subsistencia de la fianza hasta *«la terminación completa de la obligación principal que se afiance…, a no ser que por pacto expreso se hubiera fijado plazo a la fianza»* (art. 442 CCO). Una interpretación *a contrario* nos indica que la naturaleza gratuita de la fianza, sí le permite al fiador solicitar la relevación de la fianza.

El afianzamiento de un préstamo hipotecario plantea también otra cuestión si quien hipoteca el bien inmueble es un tercero en el caso que este pague voluntariamente o en el proceso de ejecución forzosa de la finca. ¿Se subroga en la posición de acreedor con respecto a la fianza o, por el contrario, esta extingue? En principio la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2009 niega la subrogación en virtud de lo previsto en el artículo 1209 del Código civil, ya que esta nunca se presume. La hipoteca no se constituye bajo la condición de un afianzamiento. Son garantías independientes con respecto a un mismo préstamo que permiten al acreedor ejercitar su derecho contra cualquiera de ellas libremente. No obstante, sí le reconoce este derecho como persona interesada en el cumplimiento de la obligación conforme a lo previsto en el párrafo 3.º del artículo 1210 del Código civil, lo que le permitiría subrogarse.

Si el deudor no hipotecante se puede subrogar en la posición del acreedor, ¿podría recurrir a la aplicación del artículo 1852 del Código civil, por analogía, cuando este ha liberado al fiador de su responsabilidad? El Alto Tribunal, en la citada sentencia de 3 de febrero de 2009, se pronuncia en contra de su aplicación porque considera que se estaría creando una causa de extinción de la hipoteca que afecta a su régimen jurídico. No cabe recurrir a la analogía por las singularidades que acompañan a cada una de estas garantías (fianza e hipoteca), lo que generaría, si no fuera así, una cierta inseguridad en el tráfico al existir otro tipo de garantías también[88].

## VII. LOS CÓNYUGES-FIADORES COMO CONSUMIDORES

De acuerdo a lo previsto por el artículo 3 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, han de ser considerados consumidores, *«las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión»*. Se añade que *«Son también consumidores … las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial».* Por el contrario, será empresario quien *«actúe …con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión».* En este contexto, el cónyuge que actúa como fiador, ¿podría ser considerado como consumidor y acogerse a su normativa protectora cuando esto fuera preciso? Para dar respuesta a esta pregunta hay que analizar la noción de consumidor a fin de determinar si tiene cabida la figura del fiador en dicho concepto; sobre todo cuando se garantizan obligaciones vinculadas a una sociedad mercantil.

Si la definición de consumidor se sustentara en un criterio basado en el destino particular del producto adquirido o servicio contratado, el fiador nunca podría ser considerado como tal porque esta garantía no satisface ningún interés personal[89]. Sin embargo, la descripción de quien consume como destinatario final se ha ido relegando paulatinamente en favor de una noción basada en el ámbito en el que se desarrolla el contrato objeto de examen. La propia jurisprudencia se hace eco de esta postura al interpretar lo dispuesto por el artículo 3 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y excluir solo a quienes contratan en el marco de una actividad profesional o empresarial[90]. Siendo esto así, que el garante actúe con «*un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión»,* justifica que pueda recurrir a las medidas tuitivas establecidas para el consumidor por el legislador.

El Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea es quien ha ido flexibilizando la noción jurídica de consumidor al adoptar como perspectiva, no tanto la finalidad del objeto adquirido o servicio contratado, como el ámbito en el que se ha desarrollado el contrato. De acuerdo con lo dispuesto

por el artículo 2 de la Directiva de 5 de abril de 1993 sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 4.ª) de 3 de septiembre de 2015 atribuye la condición de consumidor a una persona física que ejerce la abogacía y actúa como prestataria en un contrato de crédito celebrado con un banco, porque, al no precisar el destino del crédito, este no queda vinculado a su actividad profesional[91]. El auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 6.ª) de 19 de noviembre de 2015 sostiene la misma postura al pronunciarse sobre la calificación de un garante como consumidor. Reconoce al fiador como tal por actuar en un ámbito ajeno a su actividad profesional o empresarial; con independencia de que las obligaciones afianzadas sean las propias de una sociedad mercantil frente a una entidad bancaria en el marco de un contrato de crédito. Si bien es cierto, que esta afirmación solo se puede sostener si no existen vínculos funcionales entre el garante y el sujeto a quien afianza (por ej., la sociedad y su administrador). Por consiguiente, para que el fiador pueda reclamar la aplicación de las normas relativas a la protección del consumidor, como pueden ser todas aquellas relativas al control de las condiciones abusivas en la contratación, no debe incluirse el contrato de garantía en el marco de una actividad profesional o empresarial. Ello es así, aunque las obligaciones garantizadas sean las propias de una sociedad mercantil. Razón: no se examina la naturaleza del contrato principal cuyas obligaciones garantiza el afianzamiento, sino el ámbito en el que desarrolla la fianza. En consecuencia, si los cónyuges afianzan un préstamo o crédito destinado al desarrollo de una actividad empresarial o profesional, aquellos podrán reclamar la aplicación de la normativa sobre consumo si concurre el criterio expuesto anteriormente[92]. El contrato de afianzamiento es autónomo en este sentido pese a su carácter accesorio con respecto al contrato principal.

Tema distinto es valorar si el fiador tiene, o no, vínculos con la actividad profesional o empresarial que desarrolla la sociedad cuyas obligaciones garantiza. No estamos aplicando un criterio subjetivo al garante para definirle como consumidor, sino uno de carácter objetivo que permita determinar en qué ámbito se está celebrando el contrato. Si el cónyuge, que actúa como fiador, garantiza el crédito de una sociedad de la que, además de formar parte de ella, es administrador, no podrá ser calificado como consumidor. No parece oportuno considerar como tal a un garante que actúa con un propósito que no es ajeno *«a una actividad comercial o empresarial»* por los vínculos que le unen al sujeto cuyas obligaciones garantiza. Tiene un claro interés en ellas. Sin embargo, no resulta tan meridiano cuando el cónyuge es fiador de las obligaciones de una sociedad mercantil de la que simplemente forma parte, si se adopta una interpretación estricta del artículo 3 Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Justificación: aunque el garante tiene un claro interés en la sociedad cuyas obligaciones garantiza, su

responsabilidad no se justifica en el desarrollo de una actividad empresarial o profesional. Si concurren los dos cónyuges como garantes de las obligaciones de una sociedad de la que solo uno de ellos forma parte, se aplicará idéntico criterio. Ahora bien, quien es fiador en estas condiciones, deberá probar su condición de consumidor a los efectos que correspondan (art. 217 LEC).

No cabe duda que el cónyuge fiador, calificado como consumidor, puede reclamar la nulidad radical de aquellas cláusulas presentes en el contrato de fianza —siempre que estas resulten abusivas en los términos previstos por la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios—, por ser aquel parte del mismo. Está legitimado activamente. Pero, ¿podría reclamar esta nulidad el cónyuge que, aun no siendo fiador, es sujeto interesado porque las obligaciones derivadas de la fianza tienen una naturaleza consorcial? Su patrimonio ganancial se ve afectado por un contrato de afianzamiento concertado por el otro cónyuge, y a esta situación compleja, hay que aplicar lo previsto por el artículo 83 Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, según el cual «*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».*

Es cierto que el cónyuge no fiador es un tercero con respecto a la fianza, pero también lo es que es persona interesada en que sea declarada la nulidad de aquellas cláusulas que puedan resultar abusivas. El propio artículo 1385 del Código civil, en su segundo párrafo, sostiene que *«Cualquiera de los cónyuges podrá ejercitar la defensa de los bienes y derechos comunes, por vía de acción o de excepción».* Pretender la nulidad de una cláusula abusiva incluida en un contrato de afianzamiento, que repercute de modo claro sobre los bienes consorciales, fundamenta su interés y legitima su pretensión de invalidez por violar una norma de naturaleza prohibitiva; aun no siendo parte del contrato. Razón: el cónyuge no fiador actúa en beneficio de la comunidad ganancial[93]. A mayor abundamiento, no hay que olvidar que el juez está obligado a apreciar de oficio la nulidad de una cláusula contractual «en el marco de los contratos celebrados por profesionales con consumidores» por resultar abusiva, tal y como reconoce el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 1.ª) de 3 de abril de 2019. Y es que se trata de un supuesto de nulidad radical.

## VIII. CONCLUSIONES

I. Se recurre al afianzamiento en los contratos de apertura de crédito, en la negociación de letras de cambio y otros efectos de comercio, así como en los préstamos hipotecarios, lo que requiere una delimitación de la responsabilidad

del fiador tomando como referencia aquella que se exige al deudor, y siempre sin olvidar los límites derivados de lo dispuesto por el artículo 1826 del Código civil, en cuanto a la cantidad y a la onerosidad de las condiciones. Ahora bien, aunque el fiador responde frente al acreedor cuando el deudor incumple con la obligación principal que garantiza, lo hace en concepto de garante, y no en calidad de deudor; incluso, aunque la fianza tenga carácter solidario. Razón: Existen dos contratos diferenciados (el que genera la obligación principal; y el que constituye la fianza), sin que ello sea óbice para sostener la naturaleza accesoria del afianzamiento; aspecto este último que distingue esta figura jurídica de otras como las garantías de primer requerimiento o a primera demanda que son autónomas; y, que, aunque son instrumentos compatibles con el tipo contractual fideusorio, tienen como objetivo principal potenciar la seguridad de cobro de la deuda por parte del beneficiado-acreedor.

II. Si quien actúa como fiador está casado en régimen de sociedad de gananciales, resulta oportuno determinar si la fianza debe ser considerada como una carga consorcial a los efectos de dirimir la responsabilidad del patrimonio ganancial. El carácter accesorio de la fianza permite afirmar que su naturaleza dependerá de la que atribuyamos a la obligación principal que se garantiza. Por supuesto, esta idea estará presente no solo cuando uno de los cónyuges sea quien actúe como fiador, sino también cuando lo sean ambos, ya que hay que distinguir entre patrimonio responsable y naturaleza de la fianza.

III. Cuando la deuda que garantiza la fianza se derive de la explotación de *«los negocios o el desempeño de la profesión, arte u oficio de cada cónyuge»* (art. 1362.4.º CC), responderán directamente los bienes gananciales frente al acreedor. Ahora bien, si el cónyuge actúa como fiador de una sociedad —persona jurídica— de la que forma parte, habrá que analizar si sus rendimientos aprovechan al consorcio conyugal para calificar la carga como consorcial, o no*;* si la deuda obedece a un acto vinculado al ejercicio ordinario de la profesión por uno de los cónyuges, cuyo fin es el sostenimiento de la familia. En cambio, si el objeto de análisis es un acto de comercio realizado por el cónyuge que actúa como comerciante, se podrá llegar a la misma conclusión, siempre que concurran los requisitos exigidos por el Código de Comercio: que el acto esté vinculado al desarrollo de una empresa o explotación económica y que exista asentimiento del otro cónyuge no comerciante, que puede ser presumido en los términos previstos por los artículos 7 y 8 del Código de Comercio, lo que le obliga a probar su ignorancia u oposición.

IV. A diferencia de lo que prevé el Código de Comercio, el Código civil distingue las deudas contraídas en el ejercicio ordinario de la profesión, arte u oficio, de aquellas otras de naturaleza extraordinaria. Razón: los bienes consorciales solo responden de las primeras. Si el afianzamiento se configura como un acto dispositivo, y no como un mero acto de administración, por la responsabilidad que aquel conlleva, ¿no sería necesaria la concurrencia

de las voluntades de ambos cónyuges, conforme a lo dispuesto por los artículos 1377 y 1378 del Código civil, para vincular los bienes gananciales? Cuando esto no sucede, aunque el cónyuge no fiador no puede dejar sin efecto el contrato fianza por no ser parte de él, sí debería estar facultado para evitar una responsabilidad consorcial.

V. El régimen de separación de bienes se caracteriza por la falta de un patrimonio ganancial. Sin embargo, se aplica un conjunto de disposiciones generales orientadas todas ellas a la gestión del levantamiento de las cargas del matrimonio. Si ambos cónyuges actúan como fiadores, la responsabilidad que se derivará del contrato de garantía solo resultará relevante si este se ha vinculado a un acto de gestión de levantamiento de cargas familiares. Si la fianza no estuviera vinculada a un acto dedicado al levantamiento de cargas familiares, ante la falta de un patrimonio ganancial, cada uno de los cónyuges responderá como cualquier otro cofiador. Ahora bien, la naturaleza dispositiva de la fianza, por actuar como una carga sobre los bienes del garante, entre los que se puede encontrar la vivienda habitual de la familia, justifica que el cónyuge no titular pueda recurrir a lo previsto por los artículos 1320 y 1322 del Código civil. No se trata de reclamar la ineficacia del afianzamiento, sino de limitar las consecuencias de su ejecución sobre el inmueble que actúa como vivienda habitual por falta de consentimiento del cónyuge no titular de la vivienda. El acreedor fiduciario deberá soportar sobre la vivienda habitual una carga que actuará como una prohibición de disponer en los términos previstos por el artículo 26 de la Ley Hipotecaria. El asentimiento del cónyuge no fiador no se constituye como elemento sustancial de validez del contrato de fianza, sino como voluntad determinante de la naturaleza del inmueble que se constituye como vivienda familiar.

VI. El afianzamiento de un préstamo hipotecario no modifica la naturaleza de la fianza. Habrá que analizar el crédito garantizado para determinar después cómo va a operar después la fianza en el marco de la sociedad de gananciales. En cualquier caso, ante la reclamación del acreedor al fiador por el impago de un préstamo hipotecario, este no puede oponer la existencia de una hipoteca como garantía a fin de postergar su responsabilidad. Es el acreedor quien decide qué garantía ejecutar. Ahora bien, esto no significa que la fianza no pueda extinguirse cuando concurran las circunstancias previstas en el artículo 1852 del Código civil: actos del acreedor que perjudican al fiador sin otra finalidad añadida que impedir su vocación de garantía (por ej. la cancelación de la hipoteca). Por supuesto, el acreedor no está obligado a defender activamente los intereses del garante.

VII. Las cláusulas abusivas presentes en los contratos de préstamo hipotecario, afianzados a vez por uno de los cónyuges (o por ambos), plantea la cuestión de si este puede ser considerado como consumidor a la luz de lo dispuesto por el artículo 3 de la Ley General para la Defensa de los

Consumidores y Usuarios a fin de acogerse a su normativa protectora. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea considera que consumidor es quien actúa en un ámbito ajeno a su actividad profesional o empresarial. En consecuencia, si el cónyuge fiador actúa de este modo, puede ser definido como consumidor; con independencia de la naturaleza atribuida a las obligaciones afianzadas (por ej., vinculadas al desarrollo de una empresa); y siempre que no tenga ningún vínculo funcional con el sujeto a quien afianza. Todo ello, sin olvidar que quien afianza en estas condiciones, deberá probar su condición de consumidor a los efectos que correspondan (art. 217 LEC).

VIII. El cónyuge fiador de un préstamo hipotecario, calificado como consumidor, puede reclamar la nulidad radical de aquellas cláusulas presentes en el contrato de fianza, si resultan abusivas en los términos previstos por la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios—. Así mismo, de acuerdo con lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 1385 del Código civil, en cuanto al cónyuge no fiador, como persona interesada en que sea declarada la nulidad de aquellas cláusulas que puedan resultar abusivas por repercutir sobre los bienes consorciales, podría estar legitimado. La nulidad radical de estas condiciones justificaría esta postura en la medida que el propio juez la pueda apreciar de oficio.

## IX. ÍNDICE DE SENTENCIAS Y RRDGRN

- STSJUE (Sala 4.ª) de 3 de septiembre de 2015.
- Auto del TSJUE (Sala 6.ª) de 19 de noviembre de 2015.
- STSJUE (Sala 1.ª) de 26 de enero de 2017
- STSJUE (Sala 1.ª) de 27 de abril de 2017.
- STSJUE (Sala 5.ª) de 4 de octubre de 2018.
- STSJUE (Sala 3.ª) de 21 de marzo de 2019.
- STSJUE (Gran Sala) de 26 de marzo de 2019.
- STSJUE (Sala 1.ª) de 3 de abril de 2019.

- STS de 18 de noviembre de 1988.
- STS de 20 de octubre de 1989.
- STS de 2 de julio de 1990.
- STS de 10 de diciembre de 1990.
- STS de 15 de marzo de 1991.
- STS de 30 de septiembre de 1991.
- STS de 7 de marzo de 1992.
- STS de 14 de febrero de 1997.
- STS de 10 de noviembre de 1999.
- STS de 27 de diciembre de 1999.

- STS de 17 de febrero de 2000.
- STS de 13 de diciembre de 2000.
- STS de 20 de diciembre de 2000.
- STS de 8 de mayo de 2002.
- STS de 28 de marzo de 2003.
- STS de 31 de mayo de 2003.
- STS de 19 de febrero de 2004.
- STS de 26 de mayo de 2004.
- STS de 8 de octubre de 2004.
- STS de 7 de febrero de 2005.
- STS de 6 de octubre de 2005.
- STS de 8 de mayo de 2006.
- STS de 18 de mayo de 2006.
- STS de 11 de junio de 2006.
- STS de 4 de diciembre de 2008.
- STS de 7 de mayo de 2009.
- STS de 13 de octubre de 2009.
- STS de 14 de enero de 2010.
- STS de 18 de enero de 2010.
- STS de 2 de julio de 2010.
- STS de 8 de octubre de 2010.
- STS de 6 de marzo de 2012.
- STS de 25 de mayo de 2012.
- STS de 4 de marzo de 2014.
- STS de 6 de marzo de 2015.
- STS de 28 de julio de 2015.
- STS de 1 de febrero de 2016.
- STS de 19 de mayo de 2016.
- STS de 7 de julio de 2016.
- STS de 21 de septiembre de 2016.
- STS de 21 de noviembre de 2016.
- STS de 16 de enero de 2017.
- STS de 5 de abril de 2017.
- STS de 15 de noviembre de 2017.
- STS de 24 de abril de 2018.
- STS de 5 de abril de 2019.

- SAP de Pontevedra (sección 1.º), de 16 de noviembre de 2006.
- SAP de Madrid (sección 22.º), de 3 de julio de 2007.
- SAP de Burgos (sección 2.ª), de 31 de julio de 2009.
- SAP de Pontevedra (sección 1.ª), de 6 de junio de 2011.
- SAP de Burgos, (sección 3.º), de 16 de enero de 2014.

- SAP de Pontevedra (sección 1.º), de 6 de abril de 2016.
- SAP de Madrid (sección 8.ª), de 23 de enero de 2019.

- RDGRN de octubre de 2008.
- RDGRN de 28 de septiembre de 2010.

## X. BIBLIOGRAFÍA

ALVENTOSA DEL RÍO, J., (1988). *La fianza: ámbito de responsabilidad,* Comares, Granada.

ARIJA SOUTULLO, C. (2003). Notas sobre la eficacia de la cláusula de globalización en los contratos de fianza. En: A. Cabanillas Sánchez (dir.). *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo,* Madrid: Thomson-Civitas, 1397-1414.

ÁVILA DE LA TORRE, A. (2013). La fianza mercantil. En: A. Bercovitz, A. Calzada y J. Faus (dir.). *Contratos Mercantiles,* T. II. Pamplona: Aranzadi, 1045-1071.

BLASCO GASCÓ, F. P. (1994). *Objeto de la hipoteca y ejecución hipotecaria.* Valencia: Editorial General de Derecho.

CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ, M. (2015). *Tratado de los Derechos de Garantía.* Navarra: Thomson-Aranzadi.

CORDÓN MORENO, F. (2004). Comentarios al artículo 135. En: F. Cordón Morano (dir.). *Comentarios a la Ley Concursal.* Navarra: Thomson-Aranzadi.

CORTÉS, L. J. (2001). *Curso de Derecho Mercantil,* t. II. Madrid: Civitas.

CUENA CASAS, M. (2017). El régimen jurídico de la vivienda familiar. En: M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuena Casas (dir.). *Tratado de Derecho de Familia,* vol. III. Madrid: Aranzadi, 275-442.

DE LA CUESTA RUTE, J. M. (2004). *El convenio concursal.* Navarra: Thomson-Aranzadi.

DE LA CUESTA SAENZ, J. M. (2015). La sociedad de gananciales. En: S. Nasarre (dir.). *Bienes en común*. Valencia: Tirant lo Blanch, 331-356.

GÓMEZ-BLANES, P. (2008). *El principio de accesoriedad de la fianza,* Navarra: Aranzadi.

LACRUZ BERDEJO, J. L. (1995). *Elementos de Derecho Civil,* II. Madrid: Bosch.

MARTÍN BRICEÑO, M. R. (2015). La responsabilidad de los bienes gananciales por las obligaciones extracontractuales de un cónyuge, *Revista Derecho de Familia. La Ley,* núm. 8, 4-25. (2018).

— Análisis sobre protección de los adquirentes de una vivienda en construcción en cuanto a las cantidades anticipadas al promotor a cuenta del precio, *RCDI,* núm. 768, julio-agosto, 1939-1985.

MONTERO AROCA, J. (2014). *Disolución y liquidación de la sociedad de gananciales.* Valencia. Tirant lo Blanch.

REBOLLEDO VARELA, A. L. (2017). *Empresas, sociedades y actividades económicas en la liquidación de la sociedad de gananciales,* Navarra: Aranzadi.

RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, E. (2002). *La acción de rescisión por fraude a los derechos del consorte en la sociedad de gananciales: el artículo 1391.* Valencia: Tirant lo Blanch.

SARMIENTO RAMOS, J. (2007). Sobre la subsistencia de la fianza cuando el acreedor doblemente asegurado con fianza e hipoteca adquiere la finca hipotecada en garantía de su crédito, en una ejecución judicial en la que se hace valer una carga posterior a dicha hipoteca, *ADC,* T. LXIII, 897-919.

SÁNCHEZ MAGRO, A. (2014). Aspectos concursales de la Ley de Emprendedores. En: E. Díaz Revorio (dir). *Manual de especialización en administración concursal.* Madrid, Dykinson, 652-667.

SERRANO DE NICOLÁS, A. (2017). Afianzamiento de préstamos hipotecarios: subsidiariedad, carácter abusivo de la fianza y sobregarantías. En: P. Izquierdo Blanco, J. Picó i Juno y F. Adán Doménech (dir.). *Manual de actuaciones frente a la ejecución hipotecaria inminente.* Barcelona. Bosch, 603-624.

VÁZQUEZ CASTRO, E. (2013). La fianza. En: E. Llamas Pombo (dir.). *Acciones civiles,* T. III, IV. Madrid: La Ley, 1451-15194.

VVAA. (2014). Los contratos ante el concurso de acreedores. En: M. Izquierdo Tolsada, J. M. Almudí Cid y M. A. Martínez Lago (dir.). *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias,* T. XVIII. Navarra. Thomson, 435-449.

## NOTAS

[1] En adelante, CC.

[2] A veces es una entidad bancaria la que actúa como fiadora con respecto al crédito que su cliente tiene pendiente con otra entidad. Esto es lo que sucede entre el Banco, el promotor de viviendas y la entidad bancaria que actúa como avalista dentro del marco del cumplimiento de unas obligaciones derivadas de un contrato de obra. En otras ocasiones, el afianzamiento está presente en las relaciones comerciales a través de las cartas de patrocinio —cartas de confort o soporte—, que actúan como instrumento de garantía entre una sociedad y sus filiales. El acreedor/beneficiario de una carta de patrocinio ve satisfecho su crédito cuando la sociedad dominante del grupo adquiere el compromiso de hacer lo posible para que la filial pague. Aunque la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de julio de 2015 lo considera como un contrato atípico que no se proyecta como una suerte de contrato de fianza, sino como una modalidad de garantía personal con personalidad propia y diferenciada (por ej., el patrocinador no se obliga a ejecutar a favor del acreedor una prestación idéntica a la que le adeuda el deudor; puede ser otra de distinta naturaleza y contenido).

[3] En adelante CCO.

[4] Fundamento 2.º, sentencia del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 2005.

[5] La STS de 18 de noviembre de 1988 sostuvo que el carácter accesorio de la fianza mercantil es lo que fundamenta su presunción de onerosidad. En relación con ello el artículo 442 del Código de Comercio señala que «*En los contratos por tiempo indefinido, pactada una retribución al fiador, subsistirá la fianza hasta que, por la terminación completa del contrato principal que se afiance, se cancelen definitivamente las obligaciones que nazcan de él, sea cual fuere su duración, a no ser que por pacto expreso se hubiere fijado plazo a la fianza*». Es una idea presente en el afianzamiento mercantil, cuya onerosidad impide al garante ejercitar el derecho a obtener una relevación de la fianza a los diez años de ser constituida en los términos previstos por el Código civil —cuando la obligación principal no tiene término fijo para su vencimiento— (art. 1843.5. CC).

[6] Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 2000, 4 de marzo de 2014, de 19 de mayo y 21 de noviembre de 2016.

[7] *Vid.* ÁVILA DE LA TORRE, A. (2013). La fianza mercantil. En: A. Bercovitz, A. Calzada y Faus, J. (dir.). *Contratos Mercantiles,* T. II. Pamplona: Aranzadi, 59.

[8] STS de 10 de noviembre de 1999, de 13 de diciembre de 2000, de 31 de mayo de 2003 y de 28 de mayo de 2004.

[9] *Vid.* GÓMEZ-BLANES, P. (2008). *El principio de accesoriedad de la fianza.* Navarra: Aranzadi, 43-44.

[10] El afianzamiento debe distinguirse del seguro de caución también, aunque este se aproxime más al ámbito de la fianza que al de los seguros en algún supuesto. Sobre el tema, *vid.* MARTÍN BRICEÑO, M. R. (2018), Análisis sobre protección de los adquirentes de una vivienda en construcción en cuanto a las cantidades anticipadas al promotor a cuenta del precio. *RCDI,* núm. 768, julio-agosto, 1956.

[11] Respecto a la onerosidad de las condiciones de la obligación, cabe incluir el plazo y el lugar de cumplimiento: el fiador no se puede obligar a pagar antes del vencimiento de la obligación principal o en un lugar distinto del que debía hacerlo el afianzado. Ni tampoco está obligado a pagar una deuda en su totalidad cuando esta ha sido condonada parcialmente al deudor.

[12] Si la fianza es definida porque su eficacia es temporal, en tal caso, las obligaciones del fiador estarán sujetas a un tiempo durante el cual estas serán exigibles. Aunque no será el vencimiento del crédito el dato temporal determinante, sino el momento de la reclamación por el acreedor, salvo que la voluntad de las partes sea otra. Por ello, toda reclamación realizada fuera del plazo acordado no será admitida.

[13] Con la cláusula de vencimiento anticipado estamos negando al consumidor su derecho al plazo. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 26 de marzo de 2019 analiza los efectos de la nulidad sobre una cláusula de vencimiento anticipado de un contrato de préstamo hipotecario a los efectos de determinar si su supresión permite al juez integrar el contrato modificando el contenido de dicha cláusula. Niega esta facultad porque ello «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, en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar tales cláusulas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales». Tan solo recoge como salvedad que el contrato se pudiera ver afectado.

[14] La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 8.ª), de 23 de enero de 2019 niega la legitimación activa al fiador a instar la nulidad del préstamo por vicio del consentimiento de los prestatarios al contratar un producto bancario cuya naturaleza y riesgos desconocían verdaderamente. Son estos quienes deben alegar el error provocado por el dolo de la otra parte. El fiador no puede oponer como excepción este vicio de consentimiento por tener naturaleza personal, y no real. Solo tiene legitimación en las acciones fundadas en causas de inexistencia o de nulidad radical; no así de anulabilidad.

[15] A partir de ahora TSJUE.

[16] ¿Se plantea la misma solución si el fiador es solidario? A la luz de lo dispuesto en materia de obligaciones solidarias cabría concluir que no es necesario el requerimiento al fiador. Sin embargo, no estamos ante una obligación solidaria sino ante una fianza a la que se le aplica alguna de las reglas de la solidaridad, lo que hace que se defina como tal. Por tanto, aunque el fiador sea solidario, hay que tener presente lo dispuesto en materia de fianza por el artículo 1827 del Código civil, y exigir el correspondiente requerimiento. Si no fuera así, y el acreedor no reclamara al fiador en los términos previstos por el legislador, este podría oponer la excepción de falta de responsabilidad de los gastos del juicio seguido contra el deudor por no haber sido incluido en la demanda seguida contra este para exigir el pago correspondiente, aun estando ante una fianza de carácter solidario.

[17] El párrafo tercero del artículo 1318 del Código civil tiene en cuenta la *litis expensa:* los gastos derivados de un litigio frente a terceros. Hay que entender que recae sobre el

caudal común si no existe *«mala fe o temeridad»,* y siempre que el cónyuge actor no tenga bienes suficientes. Cabría ampliar esta idea a aquella situación en la que los efectos del litigio aprovechan a la familia. Esto debería ser un criterio para justificar que el patrimonio ganancial soporte el gasto, aunque esto no debería fundamentarse en el hecho de que fueran cargas familiares sino en un principio general del derecho: enriquecimiento injusto. Razón: puede que el litigio no esté vinculado a una carga del matrimonio en los términos del citado artículo 1318, pero que sin embargo le beneficie. Tema distinto es valorar si estamos ante gastos repercutibles en la sociedad de gananciales (por ej., uno de los cónyuges afianza un contrato de prestación de servicios cuyo destinatario es uno de los hijos, o la sociedad de la que él es partícipe —una sociedad civil de abogados—, o un negocio), porque en tal caso aplicaríamos lo dispuesto por el artículo 1362 del Código civil para identificar la naturaleza de la deuda.

[18] No hay que olvidar que, aunque el artículo 1362.1.º del Código civil se refiere a los hijos, cabría incluir también a los nietos conforme a una interpretación correctora del término hijos a fin de considerar que la finalidad de legislador es incluir a todos los descendientes.

[19] Los párrafos 1.º y 2.º del artículo 1347 del Código civil señalan que *«Los bienes obtenidos por el trabajo o la industria de cualquiera de los cónyuges»*, y *«Los frutos, rentas o intereses»,* derivados tanto de los bienes privativos como de los gananciales, tienen un carácter ganancial.

[20] *Vid.* REBOLLEDO VARELA, A. L. (2017). *Empresas, sociedades y actividades económicas en la liquidación de la sociedad de gananciales,* Navarra: Aranzadi, 72

[21] En la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (sección 1.º), de 16 de noviembre de 2006 se plantea si un préstamo solicitado para la reforma de un negocio al que se dedica uno de los cónyuges es, o no, ganancial. Se excluye del pasivo de la sociedad de gananciales porque no tiene como interés la familia. Ha sido contraída con posterioridad a la separación de hecho. Consecuentemente el débito es privativo.

[22] Vid. ARIJA SOUTULLO, C. (2003). Notas sobre la eficacia de la cláusula de globalización en los contratos de fianza. En: A. Cabanillas Sánchez (dir). *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo,* Madrid: Thomson-Civitas, 1401.

[23] El artículo 541.3. Ley de Enjuiciamiento Civil exige que, si estamos ante deudas propias de uno de los cónyuges y se persiguen bienes comunes por insuficiencia de los privativos, se notifique el «*embargo al cónyuge no deudor. En tal caso, si este optare por pedir la disolución de la sociedad conyugal, el tribunal … resolverá lo procedente sobre división del patrimonio»;* y, en su caso, acordará, mientras tanto, que se suspenda la ejecución en lo relativo a los bienes comunes.

[24] La sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2004 señala que el valor de la confesión de uno de los cónyuges en aplicación del artículo 1324 del Código civil tiene efectos *inter partes,* pero limita su eficacia respecto de herederos forzosos del confesante y acreedores, ya sean de la sociedad conyugal o de cada uno de los cónyuges.

[25] Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (sección 1.º), de 6 de junio de 2011, señala que no rige la presunción de ganancialidad del préstamo concertado por la esposa sin el consentimiento del marido, si no se invierte en el sostenimiento de las cargas familiares.

[26] Si el cónyuge da su consentimiento, y posteriormente se produce una nulidad, separación o divorcio del matrimonio, conforme al artículo 102.2.º del Código civil, la separación o divorcio conlleva la revocación de consentimientos y poderes *«que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado al otro»*. ¿Cómo repercute sobre la fianza? Habrá que estar al momento en que se prestó el consentimiento.

[27] Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2004.

[28] En la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2016 se discute el carácter ganancial o privativo de la vivienda habitual adquirida por los cónyuges antes de contraer matrimonio, cuyo pago se realiza con dinero propio de uno de los cónyuges y mediante un préstamo hipotecario concertado por ambos, que ha sido amortizado al cincuenta por

ciento, constante el matrimonio. El Alto Tribunal aplica el segundo párrafo del artículo 1357 del Código civil que se remite a lo dispuesto por el artículo 1354 del mismo cuerpo legal, a fin de delimitar los porcentajes de participación en el inmueble y su naturaleza. Considera que la vivienda habitual pertenece pro indiviso a los cónyuges compradores y a la sociedad de gananciales en proporción al valor de sus aportaciones. Se busca proteger la titularidad común respecto de la vivienda habitual y «de ciertos bienes destinados a proteger las necesidades primarias de la familia». Sin embargo, cuando el precio de la vivienda se ha pagado íntegramente con dinero privativo, la titularidad sobre el inmueble también lo será; aunque su origen esté en un préstamo hipotecario. La deuda, por tanto, también será privativa, aunque se pague constante el matrimonio con dinero ganancial.

[29] La sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1990 considera que existe una actuación a favor de la explotación regular de los negocios cuando el cónyuge presta un aval a una sociedad cuyas acciones son propiedad de la sociedad conyugal, y cuyos beneficios son beneficios para el consorcio. También STS de 15 de marzo de 1991 sostuvo que hay que buscar un equilibrio entre los beneficios que para la sociedad de gananciales se derivan de la actividad del cónyuge con los riesgos y responsabilidades jurídicas que esa actividad origina y produce, de acuerdo a lo previsto por el artículo 1365.2.º del Código civil.

[30] En la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2016 se mantiene esta idea en un proceso concursal de uno de los cónyuges. Durante la liquidación de la sociedad de gananciales, tras el divorcio de los cónyuges, se produce un incidente concursal sobre la inclusión de unas deudas derivadas de préstamos personales y disposiciones con cargo a tarjetas de crédito en el inventario como pasivo de la sociedad de gananciales, pese a no haber prestado el otro cónyuge su consentimiento. Y así es, porque el destino del dinero obtenido se ingresaba en una cuenta común, cuenta de la que disponía el otro cónyuge, con la que se hacía frente a las cargas familiares.

[31] Conforme a lo dispuesto por el artículo 541 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el acreedor podrá solicitar «*ejecución frente a la comunidad de gananciales*» cuando «*la ejecución se siga a causa de deudas contraídas por uno de los cónyuges, pero de las que deba responder la sociedad de gananciales*». La demanda ejecutiva «*podrá dirigirse únicamente contra el cónyuge deudor, pero el embargo de bienes gananciales habrá de notificarse al otro cónyuge*» a fin de que «*pueda oponerse a la ejecución*» justificando esta oposición «*en que los bienes gananciales no deben responder de la deuda por la que se haya despachado la ejecución. Cuando la oposición se funde en esta última causa, corresponderá al acreedor probar la responsabilidad de los bienes gananciales. Si no se acreditara esta responsabilidad, el cónyuge del ejecutado podrá pedir la disolución de la sociedad conyugal conforme a lo dispuesto en el apartado siguiente*».

[32] Si no fuera así, habría que estar a lo dispuesto por el artículo 1348 del Código civil, en relación con los artículos 1385, 1398 y 1402 del mismo texto legal.

[33] No se infiere del segundo párrafo del artículo 1837 del Código civil que la obligación de los fiadores se convierta en solidaria, pues la solidaridad se debe acordar.

[34] Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 2009.

[35] Se produce la extinción de la fianza por falta de consentimiento del cónyuge fiador ante la prórroga concedida al deudor por el acreedor, salvo que se hubiera contemplado algo distinto inicialmente, o la ley, o la resolución judicial o administrativa determinaran lo contrario. La sentencia del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 2009 distingue entre el convenio individual entre acreedor y deudor, una situación normal y el que se deriva de una situación de concurso. En este último caso se ve forzado a la espera ante la insolvencia del deudor y, por ello, cabría pensar que no debe quedar exonerado totalmente el fiador, conforme al artículo 135.2. de la Ley Concursal. [sobre el tema, *vid.* DE LA CUESTA RUTE, J. M. (2004). *El convenio concursal,* Thomson-Aranzadi, Navarra, 206; CORDÓN MORENO, F. (2004). Comentarios al artículo 135, En: F. Cordón Morano (dir.). *Comentarios a la Ley Concursal*. Navarra: Thomson-Aranzadi, 949; y CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ, M. (2015). *Tratado de los Derechos de Garantía,* T. I, Thomson-Aranzadi, Navarra, 262].

[36] Sobre novación de póliza de descuento con fianza de terceros, ver STS de 6 de marzo de 2012.

[37] No sirve la inactividad del acreedor ante el vencimiento de la deuda para considerar que existe una prórroga. El Alto Tribunal, en sentencia de 20 de diciembre de 2002 requiere «convenio explícito, con señalamiento de nuevo plazo y fecha determinada para el pago». En este último caso el fiador podrá pedir la relevación de la fianza a la luz de lo dispuesto en el artículo 1843.4.º del Código civil.

[38] Que el objeto del afianzamiento sea un contrato bancario por parte de los cónyuges determina que la naturaleza de la fianza sea mercantil, y no civil. Si el contrato tiene señalado un día para su cumplimiento, *die interpellat pro homine,* el deudor se constituye en mora al día siguiente de su vencimiento (art. 63.1. CCO). Si la obligación no tiene término fijado podrá compelerse al pago al fiador siempre que el acreedor *«haya interpelado judicialmente al deudor, o le intimare la protesta de daños y perjuicios hecha contra él ante un Juez, Notario u otro oficial público autorizado para admitirla».* A partir del cumplimiento de tales requisitos, el fiador estará obligado a cumplir con su garantía, con independencia de la situación patrimonial del deudor. De la póliza de afianzamiento suele deducirse que la responsabilidad que asume el fiador es de carácter solidario. Así lo entiende el Tribunal Supremo, al manifestarse a favor de una presunción de solidaridad en la contratación mercantil en algunas sentencias, aunque manteniendo su carácter subsidario (SSTS 20 octubre de 1989, de 7 de marzo de 1992, 14 de febrero de 1997, 26 de mayo de 2004 y 11 de junio de 2006).

[39] A esta pregunta responde de un modo claro el legislador francés al prever en el artículo 1415 del Código civil francés que cada uno de los cónyuges no podrá vincular más que sus propios bienes e ingresos por una fianza, salvo que esta se haya concertado con el consentimiento expreso del otro cónyuge que, en este caso, no obligará a sus bienes privativos. Con ello se busca proteger el patrimonio ganancial ante la responsabilidad derivada de la fianza concertada por uno solo de los cónyuges.

[40] Esto es lo que sucede en el caso analizado por la sentencia de la Audiencia Provincial, de Madrid (sección 22.ª), de 3 de julio de 2007: uno de los cónyuges actúa como avalista de un préstamo, y como tal tiene que hacer frente a su impago por parte del deudor principal. El otro cónyuge, que no había suscrito el aval, ni tenía conocimiento de la operación (art. 1367 CC), alega la exclusión de los artículos 1362 y 1365.1.º del Código civil porque la obligación no tenía como destino el sostenimiento de cargas familiares, como así queda probado.

[41] *Vid.* MARTÍN BRICEÑO, M. R. (2015). La responsabilidad de los bienes gananciales por las obligaciones extracontractuales de un cónyuge. *Revista Derecho de Familia,* La Ley*,* núm. 8, 4-25.

[42] *Vid.* RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, E. (2002). *La acción de rescisión por fraude a los derechos del consorte en la sociedad de gananciales: el artículo 1391.* Valencia. Tirant lo Blanch, 37-44.

[43] *Vid.* REBOLLEDO VARELA, A. L., *ob. cit.,* 130.

[44] La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 22.ª), de 14 de noviembre de 2006, admite la revocación del consentimiento del cónyuge a través de comunicaciones mediante burofax a los proveedores de su esposo a fin de evitar que este vinculara bienes gananciales del matrimonio por causa del ejercicio del comercio (art. 11 CCO). En consecuencia, las deudas no pueden ser incluidas en el pasivo ganancial.

[45] En el supuesto analizado en la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos (sección 2.ª), de 31 de julio de 2009, la fianza del cónyuge socio a favor de la sociedad con consentimiento de la esposa, los configura a ambos como fiadores solidarios. El esposo era el administrador único de una sociedad de la que formaban parte ambos cónyuges, y actuaba en «interés de su vigente sociedad de gananciales para quien en exclusiva adquiría las participaciones sociales, pasando a ser el matrimonio el titular en exclusiva de aquellas».

[46] La sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2010 entiende que las sociedades codemandadas fueron creadas «ex profeso» para defraudar legítimos intereses de tercero, hasta el punto de instrumentalizarlas para lograr un alzamiento de bienes.

[47] Una vez paga la deuda a los acreedores por los fiadores, estos ejercitaron su acción de reintegro por la parte proporcional contra los otros dos cofiadores solidarios, casados entre sí, lo que implicaba su realización sobre los bienes gananciales de estos.

[48] En relación con un préstamo hipotecario, la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 2016 lo deja claro: no se considera carga del matrimonio, sino deuda de la sociedad de gananciales que debe ser afrontada al cincuenta por ciento por cada uno de los cónyuges.

[49] *Vid.* REBOLLERO VARELA, A. L., *ob. cit.,* 146.

[50] En el caso de que uno de los partícipes haya realizado el pago de una deuda de carácter ganancial, podría reclamar el pago de la mitad de lo pagado sin esperar a la liquidación de la sociedad de gananciales, o, por el contrario, esperar a que esta tenga lugar a los efectos de determinar lo pagado por uno de los cónyuges, como crédito contra la sociedad. Esto último es lo oportuno. Para que pueda admitirse la reclamación de la mitad de lo pagado tendrá que quedar establecido que la voluntad de las partes es, de momento, no pedir la liquidación [*vid.* MONTERO AROCA, J. (2014). *Disolución y liquidación de la sociedad de gananciales.* Valencia: Tirant lo Blanch, 86-88].

[51] En la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1990 se mantiene que cada uno de los cónyuges puede obligarse individualmente y responder con sus respectivos bienes. Si el esposo adquirió por documento privado el compromiso de devolver un préstamo, ello no significa por sí solo que estemos ante un acto de disposición de los gananciales que determine la nulidad de dicho acto, ya que siempre tendrá el otro cónyuge la posibilidad de ejercitar la facultad del artículo 1373 del Código civil si se dirige apremio contra tales bienes.

[52] Con las disposiciones generales se establecen unos mínimos orientados al levantamiento de cargas familiares, que, en el régimen de separación de bienes, afectan de manera directa a los bienes de los cónyuges. No recae la responsabilidad sobre las ganancias de los cónyuges, tal y como sucede en el régimen de sociedad de gananciales en primer lugar; ni tampoco goza de preferencia alguna frente a otros créditos [vid. DE LA CUESTA SAENZ, J. M. (2015). La sociedad de gananciales. En: S. Nasarre (dir.). *Bienes en común*. Valencia: Tirant lo Blanch, 340].

[53] El deber de contribución a las cargas familiares recae sobre los cónyuges, en cuyo caso el acto jurídico mediante el cual se decide liberar a uno de ellos de la obligación que supone el sostenimiento de aquellas, deberá ser analizado, por la gratuidad que comporta, a los efectos que corresponda cuando sus consecuencias afecten a terceros (por ej. fraude).

[54] Si el afianzamiento de un tercero se produce por los cónyuges bajo el régimen de ganancialidad, unas futuras capitulaciones matrimoniales que determinen la separación de bienes, no pueden afectar a la naturaleza del contrato de fianza suscrito. Solo si la fianza se suscribe bajo un régimen de separación de bienes, estará sujeta a las reglas aplicables a este último.

[55] Idéntica situación se plantea con lo dispuesto por el artículo 1318 del Código civil cuando sujeta los bienes de los cónyuges al levantamiento de cargas del matrimonio. Razón: no se refiere a los bienes gananciales, sino a los bienes de los cónyuges en general. Claro está que, ante un régimen de ganancialidad, se incluirán los bienes gananciales y los privativos, siendo los primeros los que respondan principalmente.

[56] El afianzamiento actúa como un gravamen sobre el patrimonio del fiador pues, aunque su responsabilidad es subsidiaria, sus bienes están sujetos a ella lo que limita su libre disponibilidad a fin de no actuar en fraude de acreedores o cometer un delito de alzamiento de bienes.

[57] *Vid.,* el artículo 96.3. del Código civil.

[58] De acuerdo a la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2010, si estamos ante la hipoteca de la vivienda familiar, que es un bien privativo de uno de los cónyuges, con consentimiento del otro cónyuge, hay que valorar la aplicación de lo dispuesto por el artículo 1320 del Código civil La hipoteca es un acto de disposición, con unos efectos claros sobre el bien hipotecado ante el impago de la deuda que garantiza.

[59] Conforme a lo dispuesto por el artículo 8 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, como una excepción a lo dispuesto por el artículo 1911 del Código civil y 6 del Código de Comercio, se admite que el emprendedor de responsabilidad limitada pueda *«obtener que su responsabilidad y la acción del acreedor, que tenga origen en las deudas empresariales o profesionales, no alcance al bien no sujeto»* de acuerdo a lo dispuesto por el legislador. La limitación de responsabilidad afectará a la vivienda habitual del deudor *«siempre que su valor no supere los 300.000 euros» y en el caso de «viviendas situadas en población de más de 1.000.000 de habitantes se aplicará un coeficiente del 1,5 al valor del párrafo anterior».* Se trata de excluir la vivienda como bien determinado y no su valor. Por supuesto, no podrá beneficiarse de la limitación de responsabilidad *«el deudor que hubiera actuado con fraude o negligencia grave en el cumplimiento de sus obligaciones con terceros, siempre que así constare acreditado por sentencia firme o en concurso declarado culpable».* De los artículos 9 y 10 de la citada Ley se infiere que, con carácter constitutivo, se deberá inscribir como emprendedor de responsabilidad limitada en el Registro Mercantil, y esto se hará mediante acta notarial o *«instancia suscrita … y remitida telemáticamente a dicho Registro».* Para ser oponible a terceros, deberá constar en el Registro de la Propiedad, *«la no sujeción de la vivienda habitual, a las resultas del tráfico empresarial o profesional».* A partir de este momento se denegarán anotaciones de embargo trabadas sobre la vivienda por causa de deudas vinculadas al desarrollo de la empresa o profesión; aunque sí se mantiene su responsabilidad por deudas no empresariales o profesionales. Por ello, en un proceso concursal, el bien inmueble no sujeto se incluirá en la masa activa, especificando su destino (art. 75 Ley concursal). En tal caso, si la vivienda se liquidase por deudas de origen no empresarial, del sobrante se podrían beneficiar los acreedores por deudas empresariales si el concurso es declarado culpable. La discriminación sobre el origen de la deuda para evitar el embargo lo hará el Juzgado que acuerde la traba, indicando si el bien es, o no, inembargable. Sobre el tema, SÁNCHEZ MAGRO, A. (2014). Aspectos concursales de la Ley de Emprendedores. En: E. Díaz Revorio (dir). *Manual de especialización en administración concursal*. Madrid, Dykinson, 657.

[60] No olvidemos lo que dispone el artículo 1393 del Código civil, según el cual uno de los cónyuges puede solicitar la disolución de la sociedad de gananciales al juez cuando el otro cónyuge realiza actos dispositivos o de gestión que entrañan *«fraude, daño o peligro para los derechos del otro en la sociedad».*

[61] Ver artículos 21, 114 y 129 de la Ley Hipotecaria.

[62] La transformación de la coposesión de la vivienda familiar, propiedad de uno de los cónyuges, de ambos o de naturaleza ganancial, no da lugar a una situación de precario porque el título que legitima su transformación en posesión única es el convenio regulador o la sentencia de divorcio. Sin embargo, el artículo 96 del Código civil no configura la atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los cónyuges como un derecho real inscribible en el Registro de la Propiedad (STS de 18 de enero de 2010). No obstante, quien es el propietario de la vivienda, puede venderla a un tercero o este adquirirla mediante subasta. En cualquier caso, el tercero deberá respetar el uso (SSTS de 27 de diciembre de 1999, de diciembre de 2000, de 28 de marzo de 2003 y de 8 de mayo de 2006).

[63] Ver lo dispuesto por el artículo 21 LH en relación con el préstamo hipotecario sobre la vivienda habitual para su oponibilidad frente a terceros.

[64] Conforme resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 28 de septiembre de 2010, los cónyuges declaran que el bien privativo de uno de los cónyuges es vivienda familiar, y se admite la carga a los efectos del artículo 1320 del Código civil. Uno de ellos, siendo soltero, adquiere una vivienda mediante préstamo hipotecario, que se constituye en domicilio familiar. Tras la disolución del matrimonio, se atribuye al cónyuge no propietario el uso de la vivienda familiar. A consecuencia del impago del préstamo, se inicia el procedimiento de ejecución hipotecaria. En primera instancia niega a la esposa

oponer su título posesorio al adquirente de la finca en pública subasta. Sin embargo, la Audiencia Provincial estima su recurso porque alega que no hubo consentimiento de la demandada para la constitución de la hipoteca por ser de fecha anterior al matrimonio. Asimismo, entiende que el adjudicatario de la vivienda a través de la subasta, tenía conocimiento del derecho de uso de la demandada por resolución judicial. De acuerdo a la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 2015, la solución debe darse de acuerdo a los parámetros del derecho de propiedad y no del derecho de familia, porque los terceros propietarios no tienen que asumir las consecuencias del divorcio o separación. Ya la STS de 14 de enero de 2010 determinó que la atribución de la vivienda a uno de los cónyuges «no puede generar un derecho antes inexistente». No es un derecho real; es «un derecho de carácter familiar cuya titularidad corresponde en todo caso al cónyuge a quien se atribuye la custodia». En consecuencia, el derecho de uso de la vivienda concedido por sentencia judicial al cónyuge no titular «no impone más restricciones que la limitación de disponer impuesta al otro cónyuge titular del derecho de uso (o, en su defecto, autorización judicial) para cualesquiera actos que puedan ser calificados como actos de disposición de la vivienda». También sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2017. Conforme a la RDGRN de 10 de octubre de 2008, esta limitación es oponible a terceros y por ello inscribible en el Registro de la Propiedad.

[65] El artículo 144.5. Reglamento Hipotecario se presume que la vivienda no tiene carácter familiar, y el cónyuge no titular tiene que probar que sí lo es. Constante el matrimonio, la situación del cónyuge titular es peor, porque, si no consta el carácter familiar de la vivienda, salvo que esto quede previsto en el mandamiento judicial, el cónyuge no titular no va a ser notificado y, sin embargo, podrá ser anotado el embargo sobre la vivienda familiar [vid. CUENA CASAS, M., (2017). El régimen jurídico de la vivienda familiar. En: M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuena Casas (dir.). *Tratado de Derecho de Familia*, vol. III. Madrid: Aranzadi 331].

[66] En la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2018 queda claro que no se discute la titularidad de la vivienda familiar adquirida por uno de los cónyuges antes de contraer matrimonio mediante préstamo hipotecario que grava aquella. Ello justifica que sea el único responsable del pago del mismo, y que, por tanto, las cuotas de amortización queden excluidas del concepto de cargas matrimoniales.

[67] Para que esto tenga lugar se deben dar los siguientes requisitos: a) que la deuda que se exige se halle cubierta por el contrato de fianza. Cuando la deuda está delimitada no hay problema alguno, pero cuando no lo está hay que determinar si encaja en el ámbito material y temporal que se plantea; b) que la deuda sea exigible, lo mismo que lo sería para el deudor principal, por ello se plantea la necesidad de previo requerimiento de pago al deudor principal, salvo que la fianza sea solidaria. Esto significa que para que se reclame al deudor, este tiene que haber cumplido. Aquí habría que tener en cuenta el cumplimiento de los requisitos de la mora (art. 1100 CC y 63 CCO). Si es solidaria no hace falta, pero siempre resulta conveniente reclamar también al deudor; c) que se hayan observado los requisitos de la fianza (aportación de los documentos justificativos de la deuda que se reclama o informes periciales, etc); d) si la fianza se ha plasmado en escritura pública o en contrato intervenido por notario, tales documentos pueden llevar aparejada ejecución (art. 517.2.4.º y 5.º LEC), y permite exigir su cumplimiento mediante el proceso de ejecución forzosa previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

[68] ¿Se puede emprender una acción contra el fiador a través de un juicio monitorio? Sí, si junto a la demanda se aporta el contrato de fianza suscrito debidamente por el fiador, y acompañado de los documentos que reflejan la deuda garantizada (art. 812 LEC). Las Audiencias Provinciales admiten un juicio monitorio en que los documentos aportados reflejen una deuda líquida fácil de determinación, cuyo importe parece haber sido consentido por el deudor. No así si la deuda ha sido liquidada unilateralmente por el acreedor. Véase VÁZQUEZ CASTRO, E. (2013). La fianza. En: E. Llamas Pombo (dir.). *Acciones civiles*, T. III, IV. Madrid: La Ley, 1471.

[69] En relación con lo dispuesto por el párrafo segundo del artículo 1822 del Código civil, se pueden entender que solo se tiene en cuenta la regla de la solidaridad en cuanto a las relaciones externas, y que la fianza sigue siendo subsidiaria en cuanto que solo cuando vence y es exigible la obligación principal, también lo es la fianza.

[70] Hay varias diferencias entre el fiador solidario y los codeudores solidarios: a) estos pueden estar vinculados por distintos plazos y condiciones (art. 1140 CC), en cuyo caso uno de los codeudores puede tener una deuda más gravosa que la del otro, mientras que el fiador no puede obligarse a más que el deudor principal, tanto en la cantidad como en lo oneroso de las condiciones (art. 1826 CC); b) según el artículo 1148 del Código civil, el fiador no puede oponer al acreedor las excepciones personales del deudor principal (art. 1853 CC), algo que sí pueden hacer los codeudores solidarios; c) cuando un codeudor paga, solo puede reclamar al resto de codeudores la parte proporcional que a cada uno corresponda con los intereses del anticipo (art. 1145 CC), sin embargo, el fiador tiene un derecho de reembolso por la totalidad; d) la fianza se extingue si la obligación principal se cumple, mientras que los codeudores solidarios no se liberan por el pago total de uno de ellos; e) la confusión que recae en un codeudor solidario extingue la obligación para todos (art. 1143.1.º CC), mientras que la que recae sobre el fiador, extingue la fianza solidaria pero deja subsistente la obligación principal; e) el distinto modo de obligarse el fiador con el deudor marca la diferencia existente entre responsabilidad solidaria y responsabilidad subsidiaria del fiador solidario, lo que define a la fianza siempre es el carácter accesorio que esta tiene, una característica no atribuible a las deudas solidarias.

[71] También otro tipo de cuestiones relativas a su eficacia como pueden ser su extensión (por ej., reclamar el tipo de interés abusivo) o las condiciones del préstamo (por ej., las cláusulas suelo). Todas las que hubieran permitido un incumplimiento por parte del deudor principal: evicción de la cosa vendida, pérdida del objeto depositado o dado en comodato, cuando se afianzó el precio o la devolución. El fiador las puede oponer incluso si el deudor hubiera renunciado a estas excepciones o no las hubiera opuesto, por negligencia o mala fe [Vid. ALVENTOSA DEL RÍO, J., (1988). *La fianza: ámbito de responsabilidad,* COMARES, Granada, 148].

[72] El fiador puede oponer también otras excepciones: las que hubiera acordado con el acreedor de acuerdo a lo previsto en el artículo 1847 del Código civil, que se remite a las causas generales de extinción de las obligaciones. También se deducen de lo previsto en los artículos 1833 y 1835.2. del Código civil.

[73] ¿Qué pasa con la acción de reembolso cuando el deudor ha sido declarado concursado? No existirá un crédito de reembolso a favor del fiador hasta que este pague. Solo a partir de este momento podrá ser reconocido como acreedor concursal, pero en ningún caso podrá ser reconocido como acreedor contra la masa, aunque su derecho naciera con posterioridad al concurso. Será un crédito contingente (art. 87.3. LC) si lo consideramos como crédito sometido a una condición suspensiva o de carácter litigioso. Esto significa que el acreedor estará legitimado en el proceso concursal, pero quedarán en suspenso sus derechos de adhesión, voto y cobro hasta que su crédito quede confirmado. En el caso del fiador, esto sucederá cuando el fiador acredite ante la administración concursal el pago al acreedor y, con ello, el nacimiento del derecho al reembolso. No obstante, la administración concursal puede negar la legitimidad del crédito de reembolso si cuestiona su existencia (vid. VÁZQUEZ CASTRO, E., *ob. cit.,* 1486). Si el fiador ha pagado parcialmente al acreedor, se aplicarían las reglas de los artículos 87.7. y 160 de la Ley Concursal: el acreedor que hubiera cobrado parte del crédito de un fiador o avalista antes de la declaración de concurso, tendrá derecho a obtener en el concurso del deudor principal los pagos correspondientes a aquellos hasta que, sumados a lo que perciba por su crédito, cubran el importe total de este (art. 87.7. LC). En cuanto a los efectos del convenio sobre el crédito del acreedor contra el fiador hay que tener en cuenta lo previsto por el artículo 135 de la Ley Concursal: cuando el fiador pague, sustituye al acreedor en la titularidad del crédito reconocido. Si el acreedor se desentiende del concurso del deudor porque está completamente seguro de

cobrar del fiador y no insinúa su crédito, el fiador, para no quedar perjudicado, tendrá que insinuar su crédito como contingente. No parece claro que el fiador pueda invocar la aplicación del artículo 1852 del Código civil alegando que por hecho propio del acreedor no puede quedar subrogado en sus derechos, hipotecas y privilegios, porque el acreedor no ha insinuado su crédito en el concurso del deudor al pensar que podría cobrar del fiador (vid. VVAA. (2014). Los contratos ante el concurso de acreedores. En: M. Izquierdo Tolsada, J. M. Almudí Cid y M. A. Martínez Lago (dir.). *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias,* T. XVIII. Navarra: Thomson 411). La sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2012 considera que el crédito de regreso del fiador contra el deudor por la cantidad pagada por el acreedor en concepto de intereses es subordinado, pues así lo era el crédito por intereses del acreedor contra el deudor. El Tribunal Supremo argumenta que el fiador que ha pagado se ha subrogado en el crédito por intereses, y si ese tenía la calificación de subordinado, la continuará teniendo tras el pago del fiador ya que el crédito sigue siendo el mismo, con la única diferencia de la sustitución del titular. Añade el Tribunal Supremo que el fiador no puede eludir la calificación de subordinado alegando que no ejercita la acción de subrogación, sino la acción de reembolso del artículo 1838 del Código civil o la acción derivada del contrato de regulación de la garantía celebrado con el deudor, por lo que no reclama el crédito de intereses que correspondía al acreedor, sino un crédito propio, pues los interesados no pueden eludir la calificación de un crédito como subordinado establecida en la Ley Concursal.

Si el fiador paga al acreedor después de la declaración de concurso del deudor principal, se entiende que es en ese momento cuando nacerá su crédito de regreso contra el deudor, pero no por este motivo ha de ser considerado como un crédito contra la masa. Razón: para ser considerado crédito contra la masa, aparte de nacer tras la declaración de concurso, la prestación a realizar debe hacer posible llevar a buen fin el concurso de acreedores. Por ello son créditos de esta naturaleza los derivados del ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor tras la declaración de concurso (art. 84.2.5.º LC). Que la fianza garantice los créditos derivados del ejercicio de una actividad profesional o empresarial no es razón para considerarlos créditos contra la masa porque la obligación garantizada y la fianza son anteriores a la declaración de concurso. No son generados por una actividad del deudor posterior a la declaración de concurso, aunque el crédito del fiador haya nacido con posterioridad a la declaración de concurso. Solo si la fianza se celebra después del concurso para garantizar una obligación contraída por el concursado en el ejercicio de su actividad, cabría sostener que el crédito de regreso del fiador está generado por la actividad del deudor tras la declaración de concurso y es, por tanto, un crédito contra la masa. Esto es lo que mantiene la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2012: el crédito de reembolso del fiador que tiene un derecho de regreso contra el deudor concursado por pagar tras la declaración de concurso del deudor, no tiene la consideración de crédito contra la masa (art. 84.2.6.º LC) puesto que no es un crédito que se derive de prestaciones a cargo del concursado en contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que continúen en vigor tras la declaración de concurso. No hay obligaciones recíprocas entre la concursada y la fiadora. La obligación de la fiadora es frente a la parte acreedora. Aunque en el supuesto la fiadora alega que sí existe una obligación recíproca porque se compromete a afianzar a cambio de una remuneración. Pero la contraprestación del fiador no va dirigida al deudor sino al acreedor.

[74] Si bien es cierto que si el fiador hubiera llegado a alguna transacción con el acreedor, no podrá exigir al deudor principal más de lo efectivamente pagado (art. 1839 CC).

[75] Cabría pensar que no existen dos acciones distintas, sino una acción de reembolso complementada con las garantías vinculadas a la obligación principal (rango, privilegios y garantías accesorias que tuviera el crédito exigible al deudor), tal y como se pronuncia LACRUZ BERDEJO, J. L. (1995). *Elementos de Derecho Civil,* II, Madrid: Bosch, 355.

[76] En contra ver comentario a la sentencia por SARMIENTO RAMOS, J. (2007). Sobre la subsistencia de la fianza cuando el acreedor doblemente asegurado con fianza e hipoteca adquiere la finca hipotecada en garantía de su crédito, en una ejecución judicial en la que se hace valer una carga posterior a dicha hipoteca, *ADC,* T. LXIII, 900-901.

[77] Sí es cierto que en tales casos cabría afirmar que, en la práctica, como se modifica la naturaleza del objeto de la garantía —no es un bien inmueble sino una indemnización—, la hipoteca se extinguiría por desaparición del objeto y se convertiría en un derecho real de prenda que tendría como objeto la correspondiente indemnización. Sobre el tema vid. BLASCO GASCÓ, F. P. (1994). *Objeto de la hipoteca y ejecución hipotecaria,* Valencia: Editorial General de Derecho, Valencia, 72.

[78] La sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 2002 analiza el supuesto de liberación del fiador ante el consentimiento del acreedor del levantamiento de unos embargos, para permitir al deudor la venta directa de los inmuebles, obteniéndose un precio no inferior al que se habría obtenido en subasta judicial.

[79] Por supuesto, no se incluyen supuestos en los que se postpone el rango de una hipoteca, o no se solicita un embargo, ya que no se trata de que el acreedor tenga que actuar para conservar el derecho de reembolso del fiador contra el deudor principal, puesto que la fianza se constituye para ahorrar determinados costes al acreedor, por lo que sería absurdo imponerle una conducta para salvaguardar el regreso del fiador (*vid.* VÁZQUEZ CASTRO, E., *ob. cit,* 1461).

[80] Antes de iniciar el proceso de ejecución hipotecaria, el fiador puede pedir la constancia registral de la subrogación (art. 149 LH). El acreedor otorga escritura de aceptación del pago y consentimiento en la subrogación, que deberá ser notificada al deudor. VÁZQUEZ CASTRO (*ob. cit.,* 1500) considera que no hay que entenderlo como una cesión del crédito hipotecario, sino de una escritura en la que se hace constar la subrogación del fiador en la posición del acreedor por efecto del artículo 1839 del Código civil Si el acreedor se niega a otorgar escritura, el fiador puede negarse al pago o repetir lo pagado dando por extinguida la fianza al amparo del artículo 1852 del Código civil.

[81] En la sentencia de la Audiencia Provincial Burgos (sección 3.º), de 16 de enero de 2014, se sostiene que «En el momento de cumplir el contrato de fianza, ciertamente, se ha producido una alteración relevante, como es la rescisión de las garantías hipotecarias y prendarias, dejando, como única garantía, la personal de los concursados fiadores, comparativamente menor respecto de las demás, de las que venía a ser un mero complemento y pequeña cuantía en proporción a las mismas». Sin embargo, «aunque pudiera entenderse como imprevisible la rescisión de las garantías mencionadas, lo que los avalistas concursados sabían y consentían era la asunción de una garantía personal solidaria, pudiendo soportar una reclamación por la totalidad de la deuda garantizada», lo que implica excluir la aplicación de la cláusula *«rebus sic stantibus».* Recurrir al artículo 1852 del Código civil porque las garantías reales han sido rescindidas, «perdiendo el privilegio especial» que ello comporta, «lo que impide la satisfacción colectiva del resto de los acreedores de los ahora concursados», no parece oportuno porque la interpretación del *hecho del acreedor* incluye «cualquier conducta que le sea imputable, positiva o negativa, que dé lugar a consecuencias jurídicas, pero por una actividad o inactividad personal y directa, que dé lugar, como causa, a tales consecuencias jurídicas». Como la rescisión de las garantías se ha producido en virtud de una resolución judicial, y en aplicación de la Ley Concursal, no concurren los requisitos objetivos necesarios para aplicar el artículo 1852 del Código civil.

[82] Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 2008.

[83] Sin olvidar la necesidad de refinanciación de las entidades bancarias en el mercado hipotecario. Sobre el tema vid. SERRANO DE NICOLÁS, A., (2017). Afianzamiento de préstamos hipotecarios: subsidiariedad, carácter abusivo de la fianza y sobregarantías. En: P. Izquierdo Blanco, J. Picó i Juno y F. Adán Doménech (dir.). *Manual de actuaciones frente a la ejecución hipotecaria inminente.* Barcelona. Bosch 617.

[84] A diferencia de la fianza, el aval actúa como una garantía autónoma con respecto a una obligación cambiaria. Por tanto, el avalista no puede ser relevado anticipadamente o desligarse porque no se le aplica el artículo 1843 del Código civil (CORTÉS, L. J. (2001). *Curso de Derecho Mercantil,* t. II, Madrid: Civitas, 779). En este sentido, el Alto Tribunal, en sentencia de 30 de septiembre de 1991, señala que también «es totalmente ajena a la naturaleza (civil o mercantil) del negocio causal o subyacente que dio origen al nacimiento de la letra de cambio, en la que él quedó obligado como tal avalista».

[85] Por supuesto, si hablamos de afianzar obligaciones condicionales y futuras, esta fianza surtirá efectos cuando nazca la obligación principal que va a garantizar, y no antes, puesto que el artículo 1824 del Código civil ya determina que *«La fianza no puede existir sin una obligación válida».*

[86] Si la duración es indefinida, el fiador podría desistir unilateralmente del contrato cuando quisiera por aplicación analógica del artículo 1700 del Código civil (*vid.* ARIJA SOUTULLO, C., *ob. cit.* 1406 CC).

[87] Si el deudor no ofrece garantías al respecto, el fiador ¿podría solicitar un embargo preventivo de los bienes del deudor? Según VÁZQUEZ CASTRO (*ob. cit.* 1511), la resolución judicial no puede sustituir la voluntad del deudor para constituir una garantía, ni tampoco un embargo preventivo, sino tan solo en ejecución de sentencia ante la negativa del deudor de constituir una garantía. No obstante, el embargo preventivo se puede ordenar en la propia sentencia.

[88] También aporta las dos posturas en liza: a) quienes defienden atribuir al hipotecante no deudor la misma facultad que al fiador, en este caso, por analogía, al no existir un precepto equivalente, por existir una finalidad común de garantía; y b) quienes niegan esta facultad porque el hipotecante no deudor no es un sujeto obligado; no paga como garante sino como tercero interesado cuya responsabilidad recae solo sobre el bien hipotecado.

[89] En este sentido se pronuncia CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ, M., *ob. cit.,* 115. Si además es retribuida, se le podrá calificar como profesional (*ibidem).*

[90] Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de enero o 5 de abril de 2017.

[91] En el mismo sentido sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 1.ª) de 27 de abril de 2017 y (Sala 3.º) de 21 de marzo de 2019. En la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 5.ª) de 4 de octubre de 2018 hace hincapié en que solo será calificado como «comerciante» quien realice una actividad que se constituya en «práctica comercial». Esto solo sucederá cuando la persona actúe con un fin relacionado con su «actividad económica, negocio, oficio o profesión», aspecto que deberá apreciar el juez en cada caso concreto que se le plantee.

[92] Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (sección 1.º), de 6 de abril de 2016 explica este criterio con claridad: «La relación contractual es una y la misma para todos ellos; su caracterización dependerá del contenido obligacional en relación con la actividad habitual del destinatario principal del bien o servicio».

[93] La sentencia del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 2005 mantiene que la acción del artículo 1385 del Código civil puede ser ejercitada válidamente por cualquiera de los cónyuges. Cualquiera de ellos estará legitimado para defender los bienes y derechos comunes porque «el citado precepto es trasunto legislativo del régimen general de la comunidad de bienes o derechos pues cualquiera de los comuneros está legitimado para accionar en nombre de la comunidad».

*(Trabajo recibido el 21-5-2019 y aceptado para su publicación el 16-9-2019)*

# ESTUDIOS LEGISLATIVOS

# Aspectos registrales de la Ley 6/2016, de 1 de agosto, de reforma de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía*

# *Registration aspects in the Law 6/2016, August 1st, that reforms the Andalusian Urban Planning Law*

por

FRANCISCO JAVIER RUIZ BURSÓN
*Profesor Asociado. Departamento Derecho Administrativo*
*Universidad de Sevilla*

*RESUMEN:* La reforma llevada a cabo en la legislación urbanística andaluza durante el año 2016 puso de manifiesto dos cuestiones: los problemas de cohonestar la normativa urbanística con los asientos registrales y la coexistencia de diversos modelos legislativos territoriales en dicha comunidad autónoma. En el presente artículo se analizan ambos fenómenos, exponiendo posibles soluciones *de lege ferenda* para los mismos.

* Este artículo ha sido galardonado con el Premio del Decanato Territorial de Registradores de la Propiedad de Andalucía Oriental en la convocatoria de 2017, otorgado por la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Granada.

*ABSTRACT: The reform of the Andalusian Urban Planning Law in 2016 brought up two issues: The problems of reconciling the planning regulations with the registry entries and the coexistence of different territorial models in Andalusia. This paper takes up both issues, presenting possible solutions de lege ferenda.*

PALABRAS CLAVE: Propiedad. Urbanismo. Registro de la Propiedad. Parcelaciones. Asimilado al régimen de fuera de ordenación.

*KEY WORDS: Property. Urban planning. Land Registration. Parcelling. Assimilated to out of planning regime.*

*SUMARIO:* I. INTRODUCCIÓN.—II. EL NUDO GORDIANO DE LA CUESTIÓN: DOS LEGISLACIONES SOBRE LA MISMA MATERIA Y DOS CONCEPTOS DIFERENTES DE PROPIEDAD: 1. Competencias legislativas del Estado y de la Comunidad Autónoma de Andalucía sobre ordenación del territorio y urbanismo. 2. La definición de la propiedad en el Código civil y en la Constitución: *A) Código civil. B) Constitución española de 1978. C) Relación entre ambos conceptos*. —III. INCIDENCIA REGISTRAL DE LA LEY 6/2016: 1. La resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 17 de octubre de 2014 como precedente. 2. Inscripción de las declaraciones de asimilación al régimen de fuera de ordenación reguladas en la disposición adicional decimoquinta de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía. 3. Problemas subjetivos: titularidad registral de las fincas segregadas y de la finca matriz. 4. Problemas objetivos: localización de las fincas segregadas. 5. Problemas formales: obstáculos de derecho positivo para la segregación: *A) Prohibición de segregaciones inferiores a la unidad mínima de cultivo. B) Exigencia de licencia o declaración de innecesariedad para las segregaciones o divisiones de fincas*.—IV. ¿EXISTE UN MODELO TERRITORIAL Y URBANÍSTICO COHERENTE EN ANDALUCÍA?.—V. CONCLUSIONES.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

## I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto el análisis de las repercusiones que, en el ámbito del Derecho registral, tiene la Ley 6/2016, de 1 de agosto, por la que se modifica la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía para incorporar medidas urgentes en relación

con las edificaciones construidas sobre parcelaciones urbanísticas en suelo no urbanizable.

Dicha norma fue publicada en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía núm. 150, de 5 de agosto de 2016, entrando en vigor al día siguiente, conforme a lo previsto en su disposición final quinta.

La Ley 6/2016 tiene como objeto principal, según expone su propio título, establecer un régimen especial respecto a determinadas edificaciones que se encuentran dentro de parcelaciones urbanísticas en suelo no urbanizable. Como tendremos oportunidad de examinar con detalle, se ha incluido, dentro del precepto que establece la inexistencia de límite temporal para la reposición de la realidad física alterada en tales parcelaciones[1], una excepción consistente en impedir la demolición de aquellas edificaciones que, aun estando inmersas en dicho proceso de fraccionamiento territorial, cumplen los requisitos previstos en el texto reformado.

Si bien nos encontramos ante una norma urbanística y, por tanto, de naturaleza eminentemente administrativa, no cabe duda de que también despliega sus efectos en otras ramas jurídicas, siendo una de ellas el Derecho registral[2]. Esto obedece a la excepcional importancia de la publicidad tabular como elemento esencial para tutelar la seguridad jurídica de la propiedad inmobiliaria, cuyo régimen jurídico sustantivo, especialmente en lo relativo al ejercicio de las facultades dominicales y al uso del terreno, se contiene en la ley estatal del suelo y en las autonómicas que regulan la ordenación del territorio y el urbanismo.

Por tanto, al incidir la nueva ley andaluza en la función registral, surge la necesidad de realizar un estudio detallado sobre las consecuencias jurídicas que implica, así como de la forma más adecuada para trasladar sus mandatos al Registro de la Propiedad.

Con el fin de abordar dicha cuestión, en el presente artículo se van a distinguir tres partes netamente diferenciadas.

La primera de ellas pretende ofrecer una visión de conjunto que explique la complejidad de las relaciones entre el urbanismo y la esfera registral. No cabe duda de que en ello influyen de manera decisiva dos elementos: por un lado, la confluencia de dos legislaciones —estatal y autonómica— que no siempre están debidamente coordinadas entre sí y, del otro, la coexistencia de visiones distintas del derecho de propiedad en nuestra Constitución y en el Código civil.

En la segunda, se procederá a examinar de forma detenida la aplicación y los principales problemas que plantea la Ley 6/2016, de 1 de agosto, en el ámbito registral.

Este apartado se subdivide, a su vez, en dos secciones. En la primera se analiza el precedente registral sobre la inscripción de las edificaciones prescritas. La segunda se centra en los problemas tabulares que plantea la

reforma legislativa. A tal efecto, se distingue entre los de naturaleza subjetiva, relativos a la transmisión de titularidades registrales desde la finca matriz a las segregadas; otros de carácter objetivo, que inciden en la determinación espacial de las fincas que se excluyen de los efectos propios de la reagrupación forzosa y, por último, aquellos problemas formales que nacen de la existencia de prohibiciones y mandatos normativos que contradicen la solución adoptada por el legislador autonómico.

La tercera y última parte se dedica al impacto de la reforma dentro del modelo que persigue la legislación urbanística y territorial andaluza. Este punto no resulta baladí para los registradores de la propiedad, en tanto que deben aplicar sus normas de forma compatible con los principios de la legislación hipotecaria.

Finalmente, se ofrecerán las conclusiones del presente trabajo con el ánimo de contribuir —en la medida de las limitaciones del autor— a una síntesis, lo más coherente posible, entre la normativa urbanística y la registral[3]. Y cabe añadir que dicho propósito resulta necesario tanto desde una perspectiva teórica como práctica, en beneficio de la seguridad jurídica de todos los ciudadanos y, en definitiva, del Estado de Derecho.

Con posterioridad a la redacción de este artículo, se ha publicado el Decreto-ley 3/2019, de 24 de septiembre, de medidas urgentes para la adecuación ambiental y territorial de las edificaciones irregulares en la Comunidad Autónoma de Andalucía. Dicha norma deroga la Ley 6/2016 y la disposición adicional decimoquinta de la LOUA, aunque reproduce el contenido más significativo de esta última en el reformado apartado tercero del artículo 183 de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía (disposición final primera, 8). Por ello, las reflexiones que contiene este texto continúan siendo de aplicación al Derecho vigente.

## II. EL NUDO GORDIANO DE LA CUESTIÓN: DOS LEGISLACIONES SOBRE LA MISMA MATERIA Y DOS CONCEPTOS DIFERENTES DE PROPIEDAD

Resulta evidente la existencia de una extraordinaria complejidad en el Derecho urbanístico. La mezcla de conceptos de naturaleza jurídica con otros de carácter técnico —vgr.: aprovechamientos urbanísticos, coeficientes correctores, densidades de uso, etc.— constituye un factor que no debe ser ignorado, cuando se pretenden conciliar términos y figuras que proceden de muy distintas ramas del saber. A dicha situación hay añadir otras dos circunstancias que resultan especialmente características del ordenamiento español.

La primera de ellas es la configuración territorial de los poderes públicos tras la Constitución de 1978, en lo que se ha venido a denominar modelo

de Estado autonómico. Con el mismo se pone en marcha un vasto proceso descentralizador que distingue tres polos distintos del poder territorial: Estado, comunidades autónomas y corporaciones locales.

La interacción entre estas entidades en el ámbito de la ordenación territorial y urbanística constituye un elemento nada desdeñable para entender la situación actual, aunque tampoco resultaría justo convertirla en «chivo expiatorio» de todos los problemas e incertidumbres actuales. En este sentido, la concurrencia de competencias legislativas sobre la materia será objeto de estudio en los siguientes apartados.

Por otra parte, también se ha de tener en cuenta la coexistencia en nuestro Derecho de dos visiones muy diversas acerca del derecho a la propiedad privada, especialmente en relación con el suelo y su edificabilidad. El análisis comparativo de los preceptos del Código civil y la vigente Constitución se ha convertido en un presupuesto ineludible para afrontar con seriedad las controversias jurídicas que se suscitan en esta materia.

Pasamos, pues, a la exposición de estas cuestiones que, como expresa el epígrafe, constituyen el nudo gordiano de los problemas urbanísticos. Dicho nudo está exigiendo, como nos enseña la historia clásica, la presencia de un Alejandro Magno que se atreva a afrontarlos con decisión. Y es que la tensión dialéctica entre poder estatal y autonómico, de un lado, e interés privado y beneficio de la comunidad, por el otro, aportan una enorme carga de complejidad a la realidad urbanística[4]. Sin embargo, por prometeica que se presente la tarea, la misma no deja de ser ineludible y apasionante.

## 1. Competencias legislativas del Estado y de la Comunidad Autónoma de Andalucía sobre ordenación del territorio y urbanismo

El marco competencial en el que se mueve la legislación urbanística ha quedado definitivamente fijado por la sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo, dictada como consecuencia de varios recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra el Real Decreto Legislativo 1/1992, de 28 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y la Ordenación Urbana[5].

En los fundamentos jurídicos sexto a duodécimo de dicha resolución, se exponen los siguientes principios básicos del Derecho urbanístico:

— A las comunidades autónomas corresponde la competencia sustantiva en materia de ordenación del territorio y urbanismo de manera exclusiva, siempre que así lo hubieran asumido en sus correspondientes Estatutos (art. 148.1.3 CE).

— El Estado disfruta de competencias concurrentes, también exclusivas, que abordan aspectos tangenciales o puntuales que afectan a la materia urbanística. Entre ellas se incluyen el establecimiento de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles respecto al ejercicio de sus derechos y cumplimiento de sus deberes sobre la propiedad del suelo (art. 149.1.1 CE), la ordenación de los instrumentos y registros públicos (art. 149.1.8 CE), la expropiación forzosa, la responsabilidad patrimonial y las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común (art. 149.1.18 de la CE)[6].

— Consiguientemente, el Estado no puede establecer una legislación supletoria en defecto de norma autonómica y ello porque, como se ha dicho, carece de competencias legislativas directas en urbanismo.

— La normativa de las comunidades autónomas y la del Estado deben integrarse sistemáticamente, con el fin de ofrecer un régimen jurídico homogéneo para la regulación de la propiedad del suelo.

Esta doctrina constitucional ha sido asumida en numerosas resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado[7]. De acuerdo con ella, el Centro Directivo extrae los siguientes criterios de distribución competencial respecto a la disciplina urbanística[8]:

a) Competencias autonómicas.
- Actos de naturaleza urbanística que están sujetos a autorización administrativa o licencia previa.
- Régimen jurídico y limitaciones que pueden establecer las licencias.
- Actuaciones reveladoras de parcelaciones urbanísticas o asimiladas a la misma.
- Sanciones por incumplimiento del requisito de licencia previa o extralimitación respecto de la otorgada.
- Fijación de los plazos para el ejercicio de las potestades de disciplina urbanística[9].

b) Competencias estatales.
- Enumeración de los actos de naturaleza urbanística que pueden acceder al Registro de la Propiedad.
- Supuestos en los que debe acreditarse el otorgamiento de la correspondiente licencia o autorización administrativa —siempre que la legislación autonómica las exija[10]— para que un acto urbanístico sea inscribible.
- Requisitos formales que deben cumplir los títulos de naturaleza administrativa para su ingreso en los libros registrales.

Tras este breve análisis sobre la delimitación del ámbito normativo en la materia, procede añadir unos criterios de interpretación que nos servirán para resolver las cuestiones que se susciten a lo largo del presente estudio:

• Ambas legislaciones no se encuentran en pie de igualdad.

Como hemos anticipado, a las comunidades autónomas incumbe la legislación sustantiva de la materia con vocación de universalidad, si bien respetando los legítimos títulos estatales que, tangencial o indirectamente, estén vinculados con la ordenación territorial y urbanística, como lo es el de la ordenación de los registros e instrumentos públicos[11].

Esta primacía de la normativa autonómica urbanística ha sido expresamente asumida por la Dirección General de los Registros y del Notariado en su resolución de 14 de julio de 2009, respondiendo a una consulta del Consejo Notarial de Andalucía:

«*Finalmente, como ya se ha declarado reiteradamente por esta Dirección General, la legislación hipotecaria, de carácter instrumental, debe interpretarse y aplicarse a la luz de la legislación substantiva a la que aquella sirve y, en el ámbito registral, complementa*» (FJ 3)[12].

La consecuencia de este criterio es que el legislador estatal deberá regular el acceso registral de los actos de naturaleza urbanística, pero teniendo en cuenta las normas autonómicas y los requisitos que estas últimas establezcan respecto de la legalidad de dichos actos.

Ejemplos evidentes de ello los tenemos en la remisión expresa a las disposiciones autonómicas por parte de las normas estatales que regulan el acceso registral de las segregaciones o divisiones de fincas y las obras nuevas (arts. 26.2 y 28.1 b del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo y de Rehabilitación Urbana[13]), o en la doctrina emanada de la Dirección General de los Registros y del Notariado que subordina la exigencia de acreditar el otorgamiento de licencia urbanística, también para las obras nuevas, a que su obligatoriedad se prevea por la legislación autonómica[14].

• El principio que debe prevalecer es el de competencia y no el de jerarquía[15]

Cada uno de los poderes legislativos ejerce de forma plena su potestad legislativa respecto de aquellas materias en las que tenga competencia exclusiva, según la distribución prevista en los artículos 148 y 149 de nuestra Carta Magna. Por tanto, la solución que se impone en estos supuestos de

concurrencia competencial es la de mantener, dentro de sus específicos títulos, una adecuada coordinación entre las distintas normativas en aras de una mayor seguridad jurídica para los ciudadanos.

A pesar de lo expuesto, a nadie escapa que la confluencia de dos poderes legislativos sobre un mismo sector del Ordenamiento produce inevitables distorsiones y dudas, por mucho que se persiga el ideal de la coherencia y plenitud del sistema[16].

Como notorio ejemplo de esta ambigüedad, en relación con la disciplina urbanística, podemos mencionar las divergencias acerca del concepto «fuera de ordenación». Mientras que en la legislación andaluza se restringe a las situaciones que nacieron conforme a la legalidad y posteriormente devinieron como ilegales debido a la modificación sobrevenida del planeamiento urbanístico[17], la regulación estatal lo considera un término omnicomprensivo que, además del supuesto anterior, incluye actos de edificación realizados sin licencia desde su origen y que no pueden ser demolidos por haber transcurrido el plazo legalmente fijado para ello[18].

En próximos capítulos tendremos ocasión de analizar las disparidades terminológicas surgidas entre la normativa del Estado y la Ley 6/2016, así como las consecuencias que de ello pueden derivarse.

## 2. La definición de la propiedad en el Código civil y en la Constitución

Otro importante punto de fricción lo encontramos en el concepto de propiedad que se utiliza en distintos cuerpos legales de nuestro ordenamiento jurídico. Singular contraste es el que muestran, en cuanto a la definición y elementos constitutivos de las potestades dominicales, la Constitución y el Código civil. Siguiendo un orden cronológico, empezaremos por el segundo y continuaremos con la Carta Magna.

### A) Código civil

El artículo 348.1 del Código civil define la propiedad como el derecho a gozar y disponer de una cosa sin más limitaciones que las establecidas por la ley.

Este concepto responde al espíritu de la Revolución Francesa, cuya expresión más radical se encuentra en una de las fuentes inspiradoras del texto de 1889: el artículo 544 del *Code civil* napoleónico (1804)[19]. Según dicho precepto, la propiedad es la facultad de gozar y disponer de los bienes de la manera más absoluta con tal que no se haga de ella un uso prohibido por las leyes o los reglamentos.

Siguiendo a DÍEZ PICAZO y GULLÓN[20], el modelo de propiedad configurado en el Código civil español responde a las siguientes características:

a) Un agrarismo fundamental. Cuando se habla de la propiedad se está pensado por el legislador, principalmente, en el dominio sobre fincas rústicas y su explotación agrícola.

b) Una concepción liberal-individualista de la propiedad que desconfía de configuraciones colectivas de la misma —de hecho, se favorece la extinción de los condominios a través de la *actio communi dividundo* en su artículo 400—, prohíbe las vinculaciones de la propiedad —restricciones a la sustitución fideicomisaria en los artículos 781 y 785— y considera los bienes de dominio público como una categoría residual.

c) La propiedad se configura como un derecho absoluto, y no solo por disfrutar de una *vis expansiva* que no admite más restricciones que las que expresamente se establezca en una norma de rango legal, sino también por la amplitud de su extensión vertical en virtud del principio *«Cuius est solum, eius est usque ad coelum et ad inferos»* (art. 350).

Este último rasgo tal vez sea el que más llame la atención. La propiedad es regulada como un derecho con vocación esencial de plenitud, sin más límites que los que accidentalmente prevea el legislador.

En definitiva, podríamos concluir que el Código considera la propiedad como un derecho individual, unitario y cuasi-absoluto.

### B) Constitución española de 1978

Nuestra Carta Magna regula el derecho a la propiedad privada en su artículo 33, dentro de la Sección 2ª del Capítulo II, en el Título I. Atendiendo a dicho emplazamiento sistemático, pertenece al segundo nivel de protección previsto en el artículo 53.1 de nuestra Constitución[21].

El mencionado artículo 33 se divide en tres apartados. A los efectos del presente estudio, suscita un especial interés el párrafo primero, que reconoce el derecho a la propiedad privada y la herencia, y el segundo, donde se dispone que la función social de estos derechos delimitará su contenido de acuerdo con las leyes[22].

Resulta evidente la contraposición entre la regulación constitucional y la civilista[23]. Si bien es cierto que el reconocimiento de la propiedad como derecho en el primer apartado sirve para legitimar, al máximo nivel normativo, el derecho cuya regulación se contiene en nuestra legislación decimonónica, no lo es menos que el segundo párrafo introduce una trascendental diferencia respecto al artículo 348 del Código civil: su función social[24].

Desde el punto de vista constitucional, la propiedad ha dejado de ser un derecho absoluto, el cual solo admite determinadas restricciones que limitan externamente las facultades que le son propias. Antes al contrario, la configuración de la propiedad vendrá fijada internamente por la propia ley que, teniendo en cuenta las exigencias de su función social, será la que determinará la forma, extensión y requisitos necesarios para el ejercicio de las potestades dominicales[25]. En suma, no se trata de limitar desde fuera, como si se tratara de un añadido ajeno y extraño a un dominio absoluto *per se*, sino de delimitar desde dentro el haz de facultades que corresponde al propietario[26].

El Tribunal Constitucional ha reconocido que la propiedad del suelo constituye un ejemplo de la nueva configuración de este derecho[27]. Sin embargo, conviene puntualizar que la regulación urbanística preconstitucional también reflejaba los efectos propios de la función social de la propiedad —aun sin utilizar dicha expresión— en cuanto a la regulación del contenido y facultades del dominio[28].

Esta nueva concepción se encuentra plenamente asumida por el legislador. El artículo 11.1 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 (TRLS/15 en adelante) ha fijado, como principio general, que la propiedad del suelo es estatutaria y, en consecuencia, se encuentra vinculada a los concretos destinos que se le otorga por la legislación territorial y urbanística[29]. Asimismo, el artículo 12 del mismo texto legal reconoce como facultades propias de la propiedad del suelo las de uso, disfrute, explotación y disposición. Las tres primeras se encuentran subordinadas a lo que prevea la ordenación territorial y urbanística atendiendo a la situación y características del bien, mientras que la cuarta implica la necesidad de respetar el régimen de fraccionamientos de la propiedad que señala el artículo 26 TRLS/15. Finalmente, el apartado tercero del artículo 12 de la citada norma estatal establece que la extensión vertical de la potestad dominical está sujeta a los límites que señalen los instrumentos urbanísticos, de acuerdo con las leyes y la tutela de los bienes de dominio público.

En conclusión, la propiedad constitucional se configura como un derecho relativo, internamente delimitado y con una clara vocación social que afecta, especialmente, a su contenido y forma de ejercicio.

### C) Relación entre ambos conceptos

Como hemos anticipado, existe una clara oposición entre el concepto de propiedad que aparece en el Código civil y el que regula nuestra Constitución. Ante esta dicotomía, se pueden adoptar dos posturas extremas que, a nuestro juicio, no resultan satisfactorias.

Por un lado, la de mantener que, por aplicación mecánica del principio de jerarquía normativa, la regulación en materia de propiedad contenida en el Código civil ha sido implícitamente derogada por la norma constitucional al resultar incompatible con ella[30].

Del otro, la tesis de considerar que ambos preceptos subsisten en sus mismos términos sin incidir el uno en el otro. Y ello, bien por la circunstancia de que, al tratarse de diferentes ramas del Ordenamiento (Derecho público y Derecho privado), responden a distintos criterios de política legislativa[31], o bien por el hecho de afirmar, sin mayor argumentación, que no existe contradicción absoluta entre los dos textos normativos.

Ambas soluciones son censurables en tanto que no respetan determinados principios fundamentales, como la unidad y coherencia del sistema jurídico[32], o ignoran la disparidad existente entre la propiedad constitucional y la civil.

Resulta evidente que concurren innegables diferencias entre ambas concepciones de propiedad, consecuencia lógica de las doctrinas políticas e ideológicas en las que se fundan. Pero ello no impide, sino más bien exige, un esfuerzo de síntesis fundado en un detenido análisis de estos preceptos[33].

El artículo 33 de la Constitución ampara, en su apartado primero, la institución de la propiedad privada, cuyos rasgos definitorios se regulan en el artículo 348 del Código civil: un haz de facultades subjetivas tales como las de usar, disfrutar, disponer y reivindicar. Y ello hasta el punto de sustraer dicho contenido esencial del legislador ordinario, el cual deberá respetarlo en todo caso *ex* artículo 53.1 del propio texto constitucional[34].

Sin embargo, en el apartado segundo del artículo 33, la Carta Magna modula este derecho internamente, permitiendo que el legislador pueda señalar, en aras del bien común, la forma y requisitos que deben observarse para el adecuado ejercicio de las facultades que corresponden a todo propietario.

En resumen, la Constitución garantiza al dueño un derecho que tenga como contenido mínimo y esencial el conjunto de potestades que se definen en el Código civil, pero, igualmente, autoriza al legislador ordinario para que module el ejercicio y los límites de dichas facultades, originando así una concepción estatutaria de la propiedad[35]. En esta solución late una tensión entre interés individual y beneficio común que deberá ser resuelta en cada caso concreto, y ello sin llegar a los indeseables extremos de un uso antisocial del derecho o una negación colectivista y totalitaria de la propiedad individual.

Un ejemplo de esta necesidad de encontrar el equilibrio entre posiciones equidistantes, en materia de disciplina urbanística, lo tenemos en la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre las parcelaciones urbanísticas en suelo no urbanizable[36].

De acuerdo con ella, la mera enajenación de cuotas indivisas pertenecientes a fincas rústicas, sin otra circunstancia añadida, no impide su ingreso tabular como manifestación del *ius disponendi* que forma parte del contenido esencial del derecho a la propiedad. Sin embargo, cuando del título presentado o de los asientos registrales pueda deducirse la existencia de una vocación urbanística en la división del suelo rústico, por atribuir el uso exclusivo de una determinada zona de terreno a cada propietario o por cualquier otro elemento de juicio que pueda llevar a la conclusión de que existe dicha parcelación (vgr.: la anotación de un expediente de disciplina urbanística sobre la finca), el registrador está legalmente obligado a denegar su inscripción si no concurre ninguna licencia o autorización administrativa al efecto[37].

Como se puede apreciar, de un lado, el Centro Directivo pretende salvaguardar las facultades dominicales del propietario de la finca, que no puede ser privado de forma absoluta de su poder de disposición sobre su patrimonio sin vulnerar el contenido esencial de su derecho; pero, por otra parte, la necesidad de ejercitar la propiedad de acuerdo con su función social y proteger un bien colectivo, como es la tutela del medio ambiente y la ordenación territorial, implica la denegación del acceso registral para aquellos fraccionamientos que presenten indicios de nuevos asentamientos de población en suelos destinados a uso agrícola, forestal o ganadero.

En definitiva, la dificultad de encontrar un «ajuste fino» entre el ejercicio de las potestades individuales, inherentes a la propiedad privada, y su función social constituye un importante punto de conflicto entre el Derecho registral y el urbanístico. Esta circunstancia ha tenido su reflejo en la reciente Ley 6/2016, de 1 de agosto, como tendremos ocasión de analizar.

## III. INCIDENCIA REGISTRAL DE LA LEY 6/2016

El estudio de la reforma introducida en la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía (LOUA en adelante), por la Ley 6/2016, de 1 de agosto, demuestra la existencia de una inequívoca relación de la misma con la institución registral.

En términos generales, el restablecimiento del orden jurídico perturbado, como consecuencia de parcelaciones urbanísticas ilegales que hayan tenido acceso al Registro de la Propiedad, afectará a la situación de las fincas resultantes, inscritas en virtud de la división material o jurídica del terreno, y a los distintos actos de transmisión que las originan.

Como consecuencia de ello, los asientos practicados se verán alterados por la necesidad de restitución a la realidad física anterior a la infracción, exigida por el artículo 182.1 de la LOUA, y también por las excepciones a

la misma que, en su nueva redacción, plantean los artículos 183.3 y 185.2 A) de la misma ley.

La principal innovación sustantiva que introduce la reforma legislativa consiste en excluir de la regla general, consistente en la reagrupación forzosa de las fincas segregadas, aquellas parcelas sobre las que existan edificaciones aisladas, de uso residencial, para las que hubiera transcurrido el plazo de seis años previsto en el artículo 185.1 de la LOUA y, finalmente, que no estén comprendidas en ninguno de los supuestos previstos en el artículo 185.2 B) de la LOUA[38].

La Ley 6/2016 contiene una norma específica sobre las edificaciones no prescritas en las parcelaciones rústicas: la nueva disposición adicional decimoquinta de la LOUA[39]. La misma determina, para dichas edificaciones, las particularidades en su regulación de la declaración de asimilación al régimen de fuera de ordenación[40]. El régimen general de dicha figura se contiene en los artículos 34.1 b) de la LOUA, 53 del Decreto 60/2010, de 16 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Disciplina Urbanística de la Comunidad Autónoma de Andalucía[41], y 8 a 12 del 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 Autónoma de Andalucía[42]. Esta normativa sustantiva es la que debe tenerse en cuenta para el acceso tabular de las viviendas afectadas por la reforma legal, de acuerdo con las reglas de distribución competencial anteriormente reseñadas.

Seguidamente expondremos, como cuestiones previas, el análisis de la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre la posibilidad de inscribir las parcelaciones prescritas, antecedente hipotecario a la regulación introducida por la citada disposición adicional, así como el procedimiento registral que debe observarse para el ingreso tabular de las edificaciones previstas en la disposición adicional decimoquinta de la LOUA.

A continuación, y con el fin de conseguir una mayor claridad en el análisis, sistematizaremos los problemas que resultan de la aplicación de la actual normativa en tres categorías: subjetivos, objetivos y formales.

## 1. La resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 17 de octubre de 2014 como precedente

Esta resolución ha servido de inspiración al tratamiento registral del supuesto de hecho previsto en la disposición adicional decimoquinta de la LOUA: edificaciones prescritas enclavadas dentro de parcelaciones en suelo no urbanizable que, como regla general, carecen de plazo para la reposición de la realidad física alterada.

La cuestión de fondo que originó este pronunciamiento fue si podían acceder al Registro de la Propiedad aquellas segregaciones, realizadas sin la pertinente autorización administrativa, en las que ya había transcurrido el plazo para el ejercicio de las potestades de disciplina urbanística.

El Centro Directivo respondió afirmativamente aplicando, por vía analógica, el artículo 20.4 del Texto Refundido de la Ley de Suelo de 2008 —cuyo tenor literal reproduce el vigente 28.4 del TRLS/15—, que prevé la inscripción de aquellas obras para las que haya prescrito el plazo legalmente fijado para su demolición[43]. Por tanto, si se permite el ingreso registral de este tipo de edificaciones, también debe autorizarse el de otras situaciones menos invasivas como es el caso de las divisiones o segregaciones de fincas. El único límite que se fija es el respeto a la unidad mínima de cultivo, cuya trasgresión implica una nulidad de pleno derecho según el artículo 24.2 de la Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de las Explotaciones Agrarias.

Este criterio ha sido mantenido en otros pronunciamientos posteriores, como las resoluciones de 17 de abril (FJ 3), 5 y 26 de mayo de 2015 (FJ 3), 15 de febrero (FJ 5), 4 de marzo (FJ 3) 13 de mayo (FF JJ 3 y 4) y 12 de septiembre de 2016 (FJ 6), 13 de febrero (FJ 4), 7 de marzo (FJ 4), 11 de julio de 2017 (FJ 5) y 2 de agosto de 2017 (FJ 5). En las mismas se menciona, como apoyo jurisprudencial a dicha solución, las sentencias del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2000 (Rec. 6784/1995), del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares de 16 de septiembre de 2005 (Rec. 100/2005) y del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 28 de junio de 2013 (Rec. 2712/2009), así como el argumento legal fundado en el artículo 238.1.c) de la Ley 5/2014, de 25 de julio, de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje de la Comunidad Valenciana.

Sin embargo, la doctrina mantenida por este Centro Directivo presenta, a nuestro parecer, gravísimos inconvenientes:

### A) Improcedente aplicación del instituto de la analogía

El vigente artículo 28 del TRLS/15 regula dos formas diferentes de acceso de las obras nuevas al Registro de la Propiedad. El apartado primero se configura como regla general, según la cual el ingreso tabular de dichas edificaciones requiere la obtención de las correspondientes autorizaciones administrativas, además de los requisitos exigidos por la legislación en materia edificatoria y de suficiencia energética. Sin embargo, el punto cuarto del precepto establece una excepción a la regla anterior, contemplando la inscripción de aquellas obras, carentes de las pertinentes licencias o declaraciones responsables, para las que hubiera transcurrido el plazo de restablecimiento de la legalidad urbanística[44].

Y, llegados a este punto, hay que acudir al régimen legal de la aplicación analógica de las normas, previsto en el artículo 4.2 del Código civil: «*Las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas*». Dicho precepto parte de un criterio de racionalidad: las excepciones deben interpretarse restrictivamente, sin posibilidad de ampliar su aplicación por analogía, para evitar así el indeseable e ilógico resultado de que se conviertan por esta vía en reglas generales.

En consecuencia, si el apartado cuarto del artículo 28 TRLS/15 constituye una norma excepcional, no cabe la aplicación analógica del mismo a supuestos de hecho distintos del expresamente previsto en dicha disposición. Por tanto, implica un abuso normativo trasladar su regulación, propia de obras y edificaciones, a las parcelaciones.

B) Inadecuación del régimen de asimilación o fuera de ordenación a las divisiones o segregaciones de fincas

La regulación de las denominadas «obras antiguas» en la legislación adjetiva registral responde al correlato sustantivo, regulado en el ámbito autonómico, de las edificaciones o instalaciones declaradas en régimen de fuera de ordenación o en situación de asimilado a fuera de ordenación. La normativa urbanística incluye dentro de este concepto aquellas obras y construcciones que, habiendo nacido al margen de la legalidad y sin las debidas autorizaciones exigidas por la Administración, no pueden demolerse por haber transcurrido el plazo legalmente establecido para la reposición de la realidad física alterada, aunque continúen siendo disconformes con la ordenación territorial y urbanística en vigor.

Pues bien, el régimen jurídico del fuera de ordenación —así como el de asimilado al fuera de ordenación en la normativa andaluza[45]— tiene como objeto propio las edificaciones y construcciones, pero no el terreno sobre el que se asientan. Ello resulta no solo del origen jurisprudencial de esta figura, sino también de las restricciones que su régimen jurídico impone a la autorización de nuevas obras de ampliación, reforma y consolidación. Y es que dichas operaciones solo son materializables en los edificios ya realizados y no respecto de una superficie terrestre que, por definición, ya no se puede ampliar, reformar ni consolidar.

Nos encontramos, pues, ante un auténtico «boom» del fuera de ordenación que conlleva una indudable desnaturalización de la figura al desconocer el origen, objeto y fines que le son propios[46]. En cierto modo, se pretende incluir dentro de este «cajón de sastre» todas aquellas actuaciones en las que la disciplina no ha podido intervenir para evitar la ilegalidad, mas dicha opción no resulta admisible a costa de desfigurar los rasgos esenciales de su regulación.

C) Debilidad del apoyo jurisprudencial y legislativo

En defensa de su posición, el Centro Directivo alude de forma expresa, como hemos adelantado, al artículo 238.1.c) de la ley urbanística valenciana. Sin embargo, dicho precepto no hace mención alguna respecto a la prescriptibilidad de las divisiones o a su posible acceso al Registro —materia, esta última, para la que el legislador autonómico es incompetente—, sino que se limita a exponer las operaciones de restauración de la legalidad de las parcelaciones ilegales en suelo no urbanizable: reagrupación de fincas y, en el caso de que fuera necesario y según el estado de desarrollo de la actuación ilícita, diversas actuaciones como la roturación de caminos, desmantelamiento de servicios, demolición de vallados y cualesquiera otras que fueran necesarias con el fin de reponer la realidad física alterada a su estado originario.

Por otro lado, la sentencia del Tribunal Supremo que se cita resulta aislada, sin que existan otros pronunciamientos en el mismo sentido, por lo que no puede ser invocada como fuente complementaria del ordenamiento conforme al artículo 1.6 del Código civil, que habla de «*doctrina reiterada*». Además, se omite que dicha resolución excluye a las parcelaciones prescritas del ámbito de aplicación de la disposición transitoria quinta del Texto refundido de la Ley de Suelo de 1992, precedente normativo del artículo 28.4 del TRLS/15.

En cuanto a las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia, además de carecer del valor de fuente del Derecho, se encuentran indisolublemente vinculadas a la normativa autonómica que en su caso fuera de aplicación. Por tanto, resulta contraproducente fundar la doctrina de la Dirección General, de obligado cumplimiento para los registradores en toda España[47], sobre pronunciamientos judiciales relativos a disposiciones autonómicas cuya aplicación se encuentra restringida a un limitado ámbito territorial dentro de nuestra Patria, como es el autonómico. Buen ejemplo de ello es la imposibilidad de seguir íntegramente el criterio del Centro Directivo en aquellas comunidades cuya normativa urbanística establezca, como regla general, la inexistencia de plazo temporal para la persecución de las parcelaciones urbanísticas en el suelo no urbanizable[48].

## 2. Inscripción de las declaraciones de asimilación al régimen de fuera de ordenación reguladas en la disposición adicional decimoquinta de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía

Conforme a la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado expuesta en el epígrafe anterior, el registrador debe proceder

a la inscripción de las edificaciones y, en su caso, de aquellos terrenos que hayan sido incluidos dentro de la declaración de asimilación al régimen de fuera de ordenación (AFO en adelante) por el Ayuntamiento, en aplicación de la Ley 6/2016, acudiendo al procedimiento previsto en el artículo 28.4 del TRLS/15 para las edificaciones cuyo plazo para demoler hubiera prescrito[49].

Siguiendo el tenor de este precepto, el título que permite el acceso tabular de estas edificaciones es la escritura de declaración de obra nueva acompañada de certificación municipal con la pertinente declaración administrativa de AFO. Evidentemente, la disposición adicional decimoquinta de la LOUA no menciona el resto de títulos previstos por la norma estatal, tales como la certificación catastral, acta notarial o el certificado extendido por el técnico competente[50], sin perjuicio de que los mismos se puedan aportar en el procedimiento administrativo que previamente se hubiera instruido al efecto para obtener la correspondiente resolución[51]. Asimismo, la Dirección General permite la inscripción de obras antiguas *ex* artículo 28.4 del TRLS/15 mediante resoluciones judiciales[52], mas dicho supuesto tampoco se contempla en la disposición de la LOUA que estamos analizando.

A continuación, el registrador deberá llevar a efecto los correspondientes trámites:

- Comprobar la inexistencia de anotación preventiva por incoación de expediente de disciplina urbanística sobre la finca registral, así como que la misma no tenga carácter demanial ni está afectada a una servidumbre pública de carácter general.
- Dar cuenta al Ayuntamiento de la inscripción realizada, lo cual se hará constar en la inscripción, en la nota de despacho y en la publicidad formal[53].
- Sin embargo, la corporación local, una vez recibida dicha comunicación, no estará obligada a dictar una resolución para que se refleje en el Registro la situación urbanística de la edificación, el contenido y las limitaciones del derecho del propietario mediante nota marginal[54], puesto que dichas circunstancias ya deberán constar en la declaración de AFO que se presentó para solicitar la práctica de la inscripción[55].

Asimismo, y dado que nos encontramos ante una segregación de la finca matriz inscrita, será de aplicación el artículo 47 del Reglamento Hipotecario. Según el mismo, la porción segregada abrirá un nuevo folio registral con un número diferente, haciéndose constar dicha circunstancia mediante nota al margen del folio abierto a la finca de origen y llevándose a cabo, en esta última, la pertinente descripción de la porción restante que comprenderá, al menos, la modificación de cabida y linderos. Además, al margen de la nueva

finca resultante del fraccionamiento, deberá hacerse constar su procedencia y los gravámenes que, en su caso, la afecten[56].

Esta regulación debe completarse con la nueva redacción que la Ley 13/2015, de 24 de junio, de reforma de la Ley Hipotecaria y el Texto Refundido de la Ley catastral, ha dado al artículo 9 de la Ley Hipotecaria. Conforme a la letra b) del mismo, siempre que se produzca una operación de segregación o división de fincas, deberá constar en el asiento registral la representación gráfica georreferenciada de la finca que complete su descripción literaria, expresándose, si constaren debidamente acreditadas, las coordenadas georreferenciadas de sus vértices. Esta circunstancia se acreditará, como regla general, presentando la certificación catastral descriptiva y gráfica o, en supuestos excepcionales y con los requisitos previstos en la ley, mediante otra representación gráfica alternativa.

Una vez expuesta la obligatoriedad de incluir la georreferenciación de las nuevas fincas, conviene añadir que dicho requisito se extiende también a las edificaciones contenidas en ellas conforme al nuevo artículo 202 de la Ley Hipotecaria, tras la reforma introducida en el mismo por el artículo 1, apartado ocho, de la citada Ley 13/2015. En efecto, la superficie de suelo ocupada por la nueva edificación deberá estar identificada de acuerdo con sus coordenadas de referenciación geográfica[57].

A continuación expondremos si procede la exigibilidad de las obligaciones establecidas por la legislación edificatoria, tales como el libro del edificio y el seguro decenal, en el presente supuesto.

El artículo 202 de la Ley Hipotecaria, en su vigente redacción y siguiendo el precedente fijado por algunas legislaciones autonómicas[58], introduce como novedad para la inscripción de las obras nuevas, el archivo registral del libro del edificio y su constancia en el asiento[59]. Solo se exceptúan de dicha regla aquellas edificaciones cuya finalización fuera anterior a la fecha de entrada en vigor de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación[60].

Sin embargo, la resolución de la Dirección General de los Registros del Notariado de 29 de junio de 2017 sostiene, de forma rotunda, la no aplicación de esta obligación a las obras inscritas conforme al artículo 28.4 del TRLS/15[61]. El Centro Directivo ha aclarado que el depósito del libro del edificio en el Registro solo es exigible para las obras que accedan al Registro conforme al párrafo primero de dicho precepto, pero no a las que ingresen por la vía excepcional del apartado cuarto.

El mismo criterio se observa, *mutatis mutandis*, en cuanto a los requisitos de eficiencia energética en relación con las edificaciones prescritas[62].

Respecto del seguro decenal, el artículo 20 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, establece la prohibición de autorizar el documento público notarial, con el consiguiente cierre registral, para todas las obras nuevas

—sin distinguir entre los diferentes tipos de edificaciones— en las que no se acredite la constitución de dicha garantía.

Sin embargo, teniendo en cuenta que las declaraciones de AFO reguladas en la disposición adicional decimoquinta de la LOUA solo comprenden edificaciones destinadas a uso residencial[63], sería aplicable a este supuesto la excepción prevista en la disposición adicional segunda, apartado primero, de la Ley 38/1999, según la cual no resulta exigible dicha garantía a la edificación realizada por el autopromotor, con el propósito de destinarla a una única vivienda unifamiliar para uso propio y sin transmitirla *inter vivos* —salvo pacto expreso en contrario— a un tercero durante un plazo de diez años[64].

En consecuencia, no cabe exigir el libro del edificio, la certificación energética, ni el seguro decenal —siempre que, en este último caso, se cumplieran los presupuestos mencionados en el párrafo precedente[65]— a los titulares de edificaciones prescritas que pretendan su inscripción de acuerdo con el nuevo régimen previsto por la Ley 6/2016.

### 3. Problemas subjetivos: titularidad registral de las fincas segregadas y de la finca matriz

El principal obstáculo que plantea la aplicación de esta reforma legal, desde el punto de vista subjetivo, surge en el supuesto de que la división de la propiedad inmobiliaria no se hubiera realizado de forma física, sino jurídica o ideal, y, más concretamente, mediante la enajenación de cuotas indivisas a diferentes propietarios[66].

Según la Ley 6/2016, el dueño de una edificación integrada dentro de una parcelación urbanística en suelo no urbanizable, que cumpla los requisitos excepcionales previstos en los artículos 183.3 y 185.2 A) de la LOUA, podrá obtener una declaración de asimilación al régimen de fuera de ordenación que, siguiendo el procedimiento del artículo 28.4 del TRLS[67], tiene acceso al Registro.

Sin embargo, la inscripción de estas edificaciones prescritas en fincas matrices cuya titularidad corresponde a una comunidad de bienes ofrece, desde el punto de vista registral, obstáculos prácticamente insalvables.

El artículo 609 del Código civil dispone que la transmisión de la propiedad observe los requisitos de título y modo. El título, consistente en un negocio jurídico válidamente celebrado que cumple los requisitos de consentimiento, objeto y causa previstos en el artículo 1261 del Código civil, constituye un presupuesto esencial para adquirir la condición de propietario conforme a Derecho.

A estos efectos, conviene tener en cuenta que la declaración de asimilación al régimen de fuera de ordenación no es un título legítimo civil, sino

una resolución administrativa donde se acredita, además de la aptitud de la edificación para el uso al que se destina, que no cabe ejercitar las potestades de disciplina urbanística por el transcurso de plazo temporal legalmente previsto al efecto (art. 12.1 del Decreto 2/2012, de 10 de enero, por el que se regula el régimen de las edificaciones y los asentamientos existentes en suelo no urbanizable en la Comunidad Autónoma de Andalucía, DSNU en adelante). A mayor abundamiento, no se puede obviar que las edificaciones que hayan obtenido esta calificación no dejan de ser ilegales, como expresamente señalan las Exposiciones de Motivos de la Ley 6/2016, de 1 de agosto[68], y del DSNU[69].

En este preciso punto es donde surge el problema tabular: ¿qué título jurídico válido legitima la transmisión de propiedad del titular de la finca —comunidad de bienes— al nuevo adquirente —propietario exclusivo de la edificación—?

Y es que, si no concurre dicho título, se estaría vulnerando un principio registral básico: el de tracto sucesivo. Conforme al apartado primero del artículo 20 de la Ley Hipotecaria, para registrar los títulos por los que se transmite la propiedad es necesaria la previa inscripción del derecho de la persona que otorga, o en cuyo nombre se otorga, dicho acto.

Aplicando dicho principio, resulta imprescindible la existencia de una cadena ininterrumpida de transmisiones desde los titulares anteriores hasta el actual. Sin embargo, en el supuesto que estamos analizando, esta continuidad queda rota respecto al propietario de la edificación prescrita, puesto que no se ha procedido a la concreción de su cuota sobre los terrenos edificados por acuerdo unánime de los comuneros (art. 397 CC)[70].

Tampoco resultan admisibles otras soluciones jurídicas para conseguir que dicha situación acceda al Registro, pues ello requeriría la celebración de un negocio jurídico traslativo —prohibido por el ordenamiento, debido su carácter de parcelación ilegal en suelo rústico—, constituir un derecho de superficie —que no resulta posible dado el destino agrícola, ganadero o forestal del suelo no urbanizable (art. 50, B, a, de la LOUA), salvo supuestos muy excepcionales que no son aplicables cuando hay peligro de formación de nuevos asentamientos— o identificar claramente la porción de la finca sobre la que se edifica —lo cual constituye un evidente dato revelador del fenómeno parcelatorio, consistente en el derecho a utilizar de forma exclusiva una porción del inmueble, según los artículos 26.2 del TRLS/15 y 66.2 de la LOUA—.

En este caso ni siquiera cabría la accesión invertida en tanto que la misma conlleva, como presupuesto ineludible, que el suelo sobre el que se verifique la construcción sea de propiedad ajena, lo cual no sucede cuando un copropietario edifica sobre un terreno que pertenece a una comunidad de la que él mismo forma parte[71]. Igualmente, debe descartarse acudir al

instituto de la usucapión ya que, al carecerse de justo título, el plazo sería el de treinta años previsto para la prescripción adquisitiva extraordinaria (art. 1959 CC) y solo sería aplicable a edificaciones anteriores a 1986, fecha en la que aún no había entrado en vigor la LOUA, por lo que su eficacia práctica sería casi irrelevante en el momento actual[72].

De acuerdo con lo expuesto, la inscripción de las edificaciones incluidas en una parcelación urbanística en suelo no urbanizable, respecto de la que no proceda la demolición y hayan sido declaradas en situación de AFO, resulta inadmisible en tanto que vulnera el principio de tracto sucesivo.

Finalizamos este apartado concluyendo que el acceso registral de las edificaciones, previa segregación de parte de la finca matriz en favor del comunero/propietario de la edificación prescrita, no resultaría posible por dos razones: la falta de un título civil traslativo de la porción de terreno y la infracción de prohibiciones legales —carecer de la pertinente declaración de innecesariedad o resultar la finca segregada inferior a la unidad mínima de cultivo—. La primera ya ha sido examinada y la segunda la estudiaremos con detalle en el apartado dedicado a los problemas formales de la Ley 6/2016.

## 4. Problemas objetivos: localización de las fincas segregadas

La disposición adicional decimoquinta de la LOUA, introducida por la Ley 6/2016, de 1 de agosto, establece que la declaración de AFO incluya, además de la edificación o construcción para la que haya transcurrido el plazo de demolición, la parcela o terreno sobre el que se ubique[73].

Uno de los interrogantes que plantea dicha norma es la concreta extensión superficial comprendida en la declaración, lo cual tiene una evidente importancia desde el punto de vista registral en cuanto a su ubicación geográfica y la determinación de la parte de la finca matriz afectada.

La cuestión dista mucho de ser baladí, en tanto que afecta a uno de los principios hipotecarios troncales cual es el de determinación o especialidad previsto en los artículos 9 y 30 de la Ley Hipotecaria y 51 del Reglamento Hipotecario[74]. De acuerdo con el mismo, para que un derecho tenga acceso al Registro de la Propiedad es necesario que se encuentre perfectamente definido el ámbito espacial sobre el que se extiende y la persona a quien corresponda su titularidad[75].

La obligatoriedad de la delimitación de los terrenos, para la inscripción de las parcelaciones prescritas, ha sido expresamente abordada en la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 11 de julio de 2017 (FJ 7):

«*Por lo que si se pretende el acceso registral por la vía de la prescripción de las facultades de restablecimiento de la legalidad urbanística…, es preciso igualmente un acto administrativo que así lo declare expresamente, o una prueba documental fehaciente al respecto, y en todo caso, identificando claramente la ubicación y delimitación de cada una de las parcelas…resultantes de tal acto de parcelación*».

La ley de reforma de la LOUA plantea dos escenarios distintos que, a su vez, exigen un tratamiento diferente para fijar la extensión espacial de las segregaciones registrales que deban verificarse. Estas posibilidades son, por un lado, las parcelaciones en las que haya una sola edificación prescrita y, del otro, aquellas donde existan varias viviendas.

• Parcelaciones con una sola edificación prescrita

La normativa vigente parece ofrecer soluciones contradictorias a esta cuestión, como podemos apreciar en la dicción literal de los preceptos reformados.

El artículo 183.3 de la LOUA habla genéricamente de «*parcelas*» sobre las que se encuentran las edificaciones prescritas, del mismo modo que la disposición adicional decimoquinta se refiere a la «*parcela*» sobre la que se ubica la edificación. En ambos casos parece incluir la totalidad de la finca sobre la que se encuentre la vivienda ilegal.

Sin embargo, el artículo 185.1 A) de la LOUA menciona la *«parcela concreta»* sobre la que se encuentre la edificación, sin comprender el resto de parcela o parcelas objeto de la parcelación. Por tanto, quedaría restringida la extensión superficial a aquella parte de terreno sobre la que físicamente se asienta la edificación.

Nos encontramos, pues, ante una evidente contradicción legal en preceptos de la misma ley. Por ello proponemos, como solución más plausible, la resultante de aplicar los principios que inspiran la Ley 6/2016.

Como se repite en varios apartados de su Exposición de Motivos, esta ley tiene una clara vocación de excepcionalidad. De hecho, continúa manteniéndose como principio general la inexistencia de plazo para la reagrupación de las fincas comprendidas dentro de una parcelación en suelo no urbanizable. De acuerdo con ello, los supuestos excluidos de dicha regla deben interpretarse de la forma más limitada y estricta posible, tanto en cuanto a los supuestos comprendidos en la misma como respecto a sus efectos físicos y jurídicos. Siguiendo dicho criterio, la solución sería la más restrictiva, es decir, que la extensión de la declaración de AFO se limite al territorio que se ocupa por la vivienda prescrita y no a la totalidad de la finca.

• Parcelación con varias edificaciones prescritas

Esta hipótesis se encuentra expresamente regulada en la disposición adicional decimoquinta de la LOUA. Según la misma, la declaración de AFO se extenderá a las *«lindes existentes»* en el supuesto de que existan dos o más edificaciones en una misma parcela registral o, en su defecto, catastral[76].

El principal obstáculo radica en aclarar qué debe entenderse por lindes existentes. Este es un concepto jurídico indeterminado que, al no ser definido por la misma ley, admite una pluralidad de interpretaciones contradictorias entre sí que arrojan incertidumbre sobre la concreta ubicación geográfica de estas «lindes»[77].

Este extremo se ha pretendido solventar con la Instrucción de desarrollo de la disposición final cuarta de la Ley 6/2016, de 1 de agosto[78], dictada por la Secretaría General de Ordenación del Territorio y Sostenibilidad Urbana de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio, con fecha de 3 de febrero de 2017, relativa a instrucciones y documentación técnica exigible para la regularización de las edificaciones asimiladas a fuera de ordenación[79]. En el Punto 7 de su letra A se establece que las lindes existentes coinciden, generalmente, con la huella natural y que, en caso de inexistencia o conflicto sobre las mismas, se estará a la proyección horizontal de la edificación.

Como vemos, la Instrucción vuelve a plantear el mismo problema que hemos constatado en la disposición adicional. Se utilizan conceptos técnicos que carecen de definición legal, lo cual redunda en la concurrencia de varias acepciones posibles acerca de su exacto significado y fuertes interrogantes sobre la extensión superficial del AFO, lo cual constituye, en última instancia, un verdadero semillero de futuros litigios.

Como comentario crítico a este punto de la reforma legislativa, cabe reseñar que se ha perdido una oportunidad de fijar legalmente, dentro las competencias autonómicas y como requisito para la declaración de AFO de las nuevas edificaciones, la exigencia de su adecuada georreferenciación en términos similares al artículo 202 de la Ley Hipotecaria[80]. Dicho olvido resulta especialmente llamativo cuando, como hemos expuesto anteriormente, la propia Dirección General de los Registros y del Notariado ha afirmado que este requisito resulta igualmente aplicable a las obras prescritas[81].

Esta omisión se ha pretendido corregir, posteriormente, en la Instrucción de 3 de febrero de 2017, donde se prevé que la identificación del inmueble afectado deberá incluir su localización geográfica mediante la referencia catastral o, en su defecto, mediante cartografía oficial georreferenciada (Punto 3 de la letra A).

En este punto la Instrucción reproduce lo previsto en el artículo 10.1 a) del DSNU, respecto a los requisitos exigidos para la solicitud de inicio del

procedimiento para el reconocimiento de la situación de AFO. No obstante, permanece sin resolver la duda en torno a si la expresión «inmueble» se refiere exclusivamente al terreno ocupado por la edificación o, por contra, comprende la totalidad de la finca donde se ha erigido la vivienda.

## 5. Problemas formales: obstáculos de derecho positivo para la segregación

La función registral por excelencia es la calificación de los documentos que pretenden acceder a los libros del Registro de la Propiedad. Como declara expresamente el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, los registradores deben controlar, en relación con los títulos presentados, la legalidad de sus formas extrínsecas, la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en aquellos.

En relación con este último extremo, si bien es cierto que la inscripción no convalida los actos y contratos que sean nulos con arreglo a las leyes (art. 33 de la Ley Hipotecaria), el Registrador asume la responsabilidad de evitar la constancia tabular de los actos que no respeten la legalidad por vicios de anulabilidad o de nulidad absoluta. De ahí la necesidad de exigir una escrupulosa vigilancia que impida el ingreso en el Registro de cualquier acto o negocio que contravenga una prohibición legal.

Pues bien, dentro de la nueva regulación que se introduce en la disposición adicional decimoquinta de la LOUA, en relación con las declaraciones de AFO reguladas en ella, se aprecia la posible vulneración de dos prohibiciones legales: primeramente, la de no segregar fincas por debajo de la unidad mínima de cultivo (art. 23 de la Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de Explotaciones Agrarias) y, en segundo término, la de no inscribir aquellas segregaciones o divisiones de fincas que carezcan de autorización administrativa bajo la forma de licencia o declaración de innecesariedad (arts. 26.2 TRLS/15, 78 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, y 66.4 de la LOUA).

En ambos casos nos encontramos ante modulaciones legales que afectan al ejercicio del *ius disponendi* —facultad que forma parte del contenido esencial del dominio[82]— exigidas por la función social de la propiedad. En efecto, la necesidad de evitar una atomización de la propiedad rústica, que implique un ejercicio antieconómico y antisocial del derecho, impide fraccionamientos por debajo de la unidad mínima de cultivo[83]. Asimismo, la exigencia de intervención administrativa previa en las segregaciones o divisiones de fincas rústicas tiene el objetivo de prevenir la implantación de usos prohibidos en el suelo no urbanizable. Pasamos a examinarlas por separado.

A) Prohibición de segregaciones inferiores a la unidad mínima de cultivo

El artículo 23 de la Ley 19/1995, de 4 de julio, define las unidades mínimas de cultivo como aquella superficie suficiente para que las labores fundamentales de cultivo, utilizando los medios normales y técnicos de producción y teniendo en cuenta las circunstancias socio-económicas de la zona o comarca, puedan obtener un rendimiento satisfactorio. Asimismo, atribuye a las comunidades autónomas la potestad de fijarlas en sus respectivos territorios, distinguiendo entre terrenos de secano y de regadío[84].

Como ya hemos adelantado, la finalidad perseguida con esta regulación es la de evitar un fraccionamiento excesivo de la propiedad agraria. Con ello se pretende corregir uno de los males endémicos de la agricultura española: la reducida extensión de las explotaciones agrarias y, consiguientemente, su escasa competitividad en relación con el mercado exterior.

Como innovación respecto de la legislación precedente[85], el artículo 24 de la Ley 19/1995 sanciona con la nulidad de pleno derecho aquellas divisiones o segregaciones de terrenos rústicos que no respeten la unidad mínima, lo cual invalida sus efectos *inter partes* y respecto a terceros.

El régimen jurídico de las unidades mínimas de cultivo se completa con la enumeración de excepciones a la mencionada prohibición del artículo 25. Dentro de las mismas tiene singular importancia, a efectos del presente trabajo, la contenida en su letra b). Según la misma, se permiten divisiones o segregaciones por debajo de la unidad mínima siempre que se destinen a edificación o construcción permanentes, fines industriales u otros no agrarios, hayan obtenido la pertinente licencia urbanística y, por último, la obra haya sido finalizada dentro del plazo fijado en dicha autorización administrativa.

Finalmente, el artículo 26 de la Ley 19/1995 dispone que en toda inscripción de finca rústica se expresará, entre otros extremos, que solo es susceptible de división o segregación si respeta la unidad mínima de cultivo.

El problema que suscita la aplicación de la Ley 6/2016, de 1 de agosto, en relación con esta materia, surge del tenor literal del apartado primero de la disposición adicional decimoquinta de la LOUA. Según el mismo, las declaraciones de AFO de las edificaciones enclavadas dentro de una parcelación en suelo no urbanizable, que no estén sujetas a demolición, surtirán los mismos efectos que la licencia urbanística que se menciona en el artículo 25 b) de la Ley de Modernización de Explotaciones Agrarias. Dicho en otras palabras, cabría la inscripción de la porción segregada de la finca matriz, a pesar de tener una extensión inferior a la unidad mínima de cultivo, por estar incluida dentro de una de las excepciones legales a su nulidad de pleno derecho.

Sin embargo, a nuestro entender, esta solución legal no puede admitirse por las siguientes razones:

• Vulneración del orden constitucional de competencias

La regulación del régimen jurídico propio de las unidades mínimas de cultivo y, consiguientemente, el de las excepciones a su aplicación, incumbe al Estado según la disposición adicional segunda de la Ley 19/1995. En la misma se califica el artículo 25 como legislación de aplicación plena dentro de las competencias exclusivas del Estado en materia de legislación civil (art. 149.1.8 de la Constitución española). Por tanto, solo aquellas comunidades autónomas que tengan derecho civil especial o foral podrían aprobar normas propias que se aplicaran preferentemente a esta legislación estatal.

Y es que cualquier innovación que se pretenda establecer por el legislador andaluz, respecto a las excepciones a la prohibición de divisiones inferiores la unidad mínima de cultivo, choca con el artículo 149.1.8 de la Constitución al no tratarse de una cuestión urbanística sino propia del Derecho civil.

Consideramos que crear esta nueva excepción al artículo 25 de la Ley de Modernización de Explotaciones Agrarias, aun cuando sea utilizando de forma subrepticia la vía indirecta de atribuir a las declaraciones de AFO los efectos propios de otra institución jurídica diferente, constituye un exceso competencial por parte de una comunidad autónoma que carece de Derecho foral.

Solo el legislador estatal puede regular, dentro de los territorios de Derecho común, las excepciones al régimen de nulidad previsto en el artículo 23 y, consiguientemente, el Estado es el único competente para determinar el ámbito objetivo de los supuestos de fraccionamientos de la propiedad rústica, por debajo de la unidad mínima, que no estén sujetos a nulidad absoluta.

• Diferente naturaleza jurídica de la declaración de AFO y la licencia urbanística

Otra cuestión que debe tenerse en cuenta es la atribución por el legislador de una identidad de efectos entre las licencias urbanísticas y la declaración de AFO.

Para atribuir los mismos efectos jurídicos a dos instituciones es necesario que ambas tengan una naturaleza jurídica similar, y ello no sucede en el presente caso.

Las licencias urbanísticas son actos administrativos reglados en los que la Administración competente —la local— declara que las actuaciones que

se solicitan por el interesado son conformes con la ordenación territorial y urbanística en vigor. En suma, es un título administrativo acreditativo de validez legal.

Por contra, la declaración de AFO tiene un objeto radicalmente distinto. En la misma, el Ayuntamiento se limita a señalar que ha transcurrido el plazo legalmente señalado para ejercitar las potestades de disciplina urbanística contra una actuación ilegal y, además, que la edificación en cuestión está en condiciones mínimas de aptitud para su uso. Por tanto, estas resoluciones se fundan en la actuación ilegal de los particulares aunque no quepa su demolición por razones de seguridad jurídica.

En consecuencia, atribuir idénticos efectos jurídicos a dos figuras que parten de supuestos tan diferentes, como lo son la legalidad o ilegalidad de las actuaciones, carece de fundamento.

Y por último, aunque no menos importante, tampoco se debe obviar que con esta solución se privilegia a los propietarios de edificaciones ilegales. Estos son injustamente equiparados a quienes han levantado sus viviendas cumpliendo todos los requisitos fijados por la ley, soportando la repercusión de los costes de urbanización y previo abono de las pertinentes tasas, impuestos y contribuciones fiscales[86]. Como acertadamente señala CAMY ESCOBAR, quien no ha actuado conforme a Derecho en ningún caso debería beneficiarse de una excepción a un riguroso régimen de prohibición legal[87].

• Interpretación estricta de las excepciones legales

Otro argumento que desvirtúa la equiparación entre la licencia y las declaraciones de AFO surge de las reglas de la hermenéutica jurídica.

El artículo 25 de la Ley 19/1995, de 4 de julio, tanto en el rótulo como en su contenido literal, se articula como una excepción a la regla general de nulidad de divisiones o segregaciones de fincas rústicas por debajo de la unidad mínima de cultivo.

Las excepciones deben interpretarse de forma estricta, de acuerdo con los términos literales de la norma y sin admitir ninguna ampliación[88]. A idéntica conclusión nos llevan la lógica, puesto que interpretar ampliamente una excepción implica transformarla, indebidamente, en una nueva regla general.

En consecuencia, solo las edificaciones o construcciones que hayan obtenido licencia conforme a la ordenación territorial y urbanística podrían beneficiarse del régimen previsto en el artículo 25 b)[89]. Mantener lo contrario, además de ir en contra de la letra del precepto, atenta contra los criterios interpretativos aplicables a las reglas jurídicas de carácter excepcional.

Una vez expuestas las dudas de legalidad que arroja la disposición adicional decimoquinta de la LOUA en relación con la legislación agraria, nos resta analizar la actuación registral que debe seguirse cuando se interese la inscripción de aquellas segregaciones, contenidas en la declaración de AFO, cuya superficie resulte inferior a la unidad mínima de cultivo.

Este supuesto se encuentra expresamente regulado en el artículo 80 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio.

Según dicho precepto, el titular del Registro de la Propiedad remitirá a la Administración autonómica copia de los documentos presentados. El pronunciamiento de la Consejería de Agricultura de la Junta de Andalucía será determinante al respecto, pues si aprecia la existencia de una excepción al régimen de nulidad, o guarda silencio durante cuatro meses[90], se practicará el asiento y, en el caso de que declarase la nulidad, deberá denegarse la inscripción.

La calificación registral de la prohibición legal del artículo 24 de la Ley 19/1995, sancionada con nulidad de pleno derecho, queda condicionada a la resolución de un órgano de otra Administración Pública. Ello se justifica, según ARNÁIZ EGUREN, por las siguientes razones: el registrador no es el encargado de preservar la legalidad agraria, el ámbito de la calificación registral es demasiado limitado para apreciar los datos fácticos que impliquen excepciones a la regla general y, por último, la necesidad de evitar situaciones de indefensión para el interesado en caso de denegación del asiento por el registrador, ya que el recurso contra su calificación no puede entrar a valorar la ineficacia del negocio sino que se limita a pronunciarse sobre si es posible o no su inscripción[91].

Debemos completar la referencia al artículo 80 del Real Decreto 1093/1997 con la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado[92]. Según la misma, el pronunciamiento de la Administración autonómica con competencias en materia de agricultura no debe entrar, en ningún caso, a valorar si estamos o no ante un ilícito urbanístico o las consecuencias jurídicas que de ello se deriven, puesto que ni es la Administración competente al efecto —argumento bastante discutible—, ni los términos jurídicos «parcelación» y «fraccionamientos de terreno inferiores a la unidad mínima de cultivo» son equivalentes al constituir este último un concepto agrario y no urbanístico[93].

B) Exigencia de licencia o declaración de innecesariedad para las segregaciones o divisiones de fincas

Los artículos 26.2 del TRLS/15, 78 del Real Decreto 1093/1997 y 66.4 de la LOUA, coinciden en establecer que toda división o segregación de fincas

debe estar autorizada por la pertinente licencia urbanística de parcelación o declaración de su innecesariedad[94]. Asimismo, disponen que el notario exigirá que se le acredite documentalmente el otorgamiento de dicha autorización administrativa, para testimoniarla en la escritura pública[95], y que el registrador comprobará el cumplimiento de dicho requisito con carácter previo a su acceso tabular[96].

Respecto a las declaraciones de innecesariedad de licencia de parcelación, las mismas constituyen, según el artículo 52.1 B) *in fine* de la LOUA, una autorización mediante la que la Administración competente —el Ayuntamiento— declara que una segregación o división de fincas rústicas no constituye parcelación en suelo no urbanizable, ya que su finalidad no es la implantación de usos urbanísticos, y, por tanto, resulta conforme a la ordenación territorial y urbanística en vigor[97].

Teniendo en cuenta tales preceptos, conviene precisar que las declaraciones de AFO de edificaciones no susceptibles de demolición, dentro de parcelaciones en suelo no urbanizable, previstas en el artículo 183.3 *in fine* y la disposición adicional decimoquinta de la LOUA, en ningún caso pueden estimarse como declaraciones de innecesariedad a los efectos de la inscripción registral de dichas viviendas[98].

No pueden serlo, en primer lugar, porque las declaraciones de AFO no son propiamente autorizaciones administrativas, sino la constatación oficial de la imposibilidad de ejercitar las potestades de disciplina urbanística contra una ilegalidad. Asimismo, no existe ningún precepto en la ley urbanística andaluza que atribuya a las declaraciones de AFO los efectos propios de la declaración de innecesariedad de licencia. Y, en segundo término, tampoco cabe la aplicación analógica de los efectos propios de la declaración de innecesariedad o la licencia de parcelación a las declaraciones de AFO.

El artículo 4.1 del Código civil señala que procederá la aplicación analógica de las normas cuando estas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón, y no cabe encontrar dicha identidad entre un acto que declara que una situación es conforme a la legalidad —autorizada por licencia o declaración de innecesariedad— y otro cuyo supuesto de hecho parte de la vulneración de la normativa —declaración de AFO—.

En conclusión, las declaraciones de AFO previstas por la Ley 6/2016 no van a poder tener acceso al Registro de la Propiedad, segregando la porción de terreno correspondiente a las edificaciones enclavadas en la finca matriz o la subparcela, ya que carecen del título administrativo habilitante de declaración de innecesariedad exigido por las normativas estatal y autonómica. Y ello porque, en este supuesto, el cierre registral está terminantemente impuesto por la ley[99].

## IV. ¿EXISTE UN MODELO TERRITORIAL Y URBANÍSTICO COHERENTE EN ANDALUCÍA?

En el texto, así como en la finalidad perseguida por la Ley 6/2016, de 1 de agosto, late un problema de fondo: ¿cómo encajarla dentro del sistema urbanístico andaluz?[100]. Y es que a nadie se le puede escapar que nos encontramos ante una norma de carácter excepcional. Así lo atestigua, en diversas ocasiones, su propio Preámbulo y sus preceptos más emblemáticos[101].

No resulta muy convincente la explicación que se da en la Exposición de Motivos sobre las razones que fundamentan este trato singular:

*«La modificación legislativa queda plenamente justificada por la clarificación que supone para los ciudadanos el conocer con certeza el régimen aplicable a las edificaciones construidas sobre parcelaciones urbanísticas en suelo no urbanizable, para las que ha transcurrido el plazo establecido por el artículo 185.1 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre».*

Lo cierto es que no existía, con anterioridad a la reforma que estamos analizando, ninguna duda consistente acerca del régimen aplicable a las edificaciones ilegales, integradas dentro de una parcelación en suelo no urbanizable. De la aplicación conjunta de los artículos 182.1, 183.3 y 185.2 A) de la LOUA, en su anterior redacción, unidos al artículo 49.2 j) del Reglamento de Disciplina Urbanística de la Comunidad Autónoma de Andalucía (RDUA en adelante), resultaba evidente que la consecuencia jurídica era la de proceder ineludiblemente a su demolición[102]. Sostener que, a pesar de dichos preceptos, existía alguna incertidumbre acerca del destino de dichas viviendas es, sencillamente, falso desde el punto de vista del Derecho positivo[103].

El verdadero problema, como sucede en muchos casos, es bastante más complicado de resolver. Trataremos de explicarlo en los párrafos siguientes.

Cuando se aprobó la ley urbanística andaluza, a finales del año 2002, España se encontraba inmersa dentro del fenómeno de la denominada «burbuja inmobiliaria» y en un periodo de bonanza. Como reacción frente a una posible opción legislativa de liberalización del mercado de suelo y a la realidad fáctica de una generalizada indisciplina urbanística, se optó por un modelo fuertemente restrictivo que impidiera, como norma general, usos distintos del agrario, forestal, cinegético o ganadero de los terrenos rústicos.

Este criterio se siguió, en sus líneas fundamentales por el RDUA, el cual, aunque se aprobó con posterioridad al comienzo de la crisis económica que aún da coletazos, fue redactado varios años antes y conservó, en la mayor parte de su articulado, ese espíritu primigenio de tutelar, con la mayor extensión posible, el suelo no urbanizable[104].

Sin embargo, esta línea legislativa se quebró con el DSNU del año 2012. Los efectos de la fuerte recesión sufrida por nuestra patria se encon-

traban en su punto álgido, y ello dio lugar a que comenzara a valorarse la necesidad de un modelo más permisivo en relación con la regulación de los terrenos agrícolas, unido a una cierta relajación respecto al tratamiento disciplinario de los procesos de asentamientos ilegales en el ámbito rústico.

Precisamente el hecho de que el Decreto 2/2012 no surtiera los efectos deseados, debido, por una parte, a la trabajosa implantación de los instrumentos urbanísticos legalmente exigidos para ello[105], y, de la otra, a obstáculos legales en su aplicación como la inexistencia de límites temporales para exigir la reposición de la realidad física en las parcelaciones localizadas en suelo no urbanizable, cuya remoción impulsó la reforma legal objeto del presente trabajo[106].

A juicio de quien escribe estas líneas, el principal problema que conlleva la reforma obedece, básicamente, al deseo de hacer coexistir dos modelos territoriales en el suelo no urbanizable que son contradictorios entre sí: el restrictivo, previsto en la redacción originaria de la LOUA y el RDUA, y el permisivo, contemplado en el DSNU y la Ley 6/2016.

Y es que, además de resultar imposible dicho encaje, también se ha de tener en cuenta que se realiza mediante una técnica legislativa muy defectuosa. Se pretende, dentro de un criterio general de fuertes limitaciones a las edificaciones no destinadas a la actividad agrícola en el terreno no urbanizable, introducir «con calzador» excepciones cada vez más amplias, las cuales, de seguirse la tendencia imperante, acabarían por convertirse *de iure* en el nuevo principio rector[107].

Ante este panorama, un tanto confuso, parece que la solución más razonable sería la de adoptar con decisión uno de los modelos y, conforme al mismo, tejer una regulación clara que, además, estuviera fuertemente respaldada por unos cuerpos de inspección mejor dotados que pusieran coto a esta generalizada y lamentable «indisciplina urbanística», fuertemente implantada en todo el territorio nacional[108].

La disposición final segunda de la Ley 6/2016 contiene una autorización para que, en un plazo de dieciocho meses desde su entrada en vigor, el Consejo de Gobierno apruebe un nuevo texto refundido de las normas dictadas en materia de urbanismo por la Comunidad Autónoma de Andalucía. Dicho mandato incluye, además, la regularización y armonización de las leyes que se refundan[109].

¿Pero es esta la solución legislativa que necesita el urbanismo andaluz?

Según el artículo 109.4 de la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de Reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía, la delegación legislativa para la refundición de textos articulados mediante ley ordinaria, además de fijar el contenido de la delegación, especificará si debe formularse en texto único o implica la regularización y armonización de diferentes textos

legales[110]. La disposición final que estamos analizando comprende estas dos potestades que prevé el texto estatutario.

Sin embargo, el verdadero *quid* de la cuestión radica en el alcance del texto refundido. Como su propio nombre indica, la refundición conlleva incluir en un nuevo y único Decreto Legislativo las disposiciones que se encuentran dispersas en varios cuerpos normativos, pero sin introducir modificaciones en cuanto a las líneas maestras de su regulación[111]. Se trata de homogeneizar y no de crear.

Si esto es así, el texto refundido no va a solventar el grave problema que hemos anticipado como origen de las distorsiones que actualmente padece la legislación urbanística andaluza. Si se van a unificar y ordenar las leyes vigentes, pero sin introducir cambios sustanciales en su régimen normativo, seguirán coexistiendo dos modelos incompatibles en la regulación del suelo no urbanizable, con todos los problemas que esta contradictoria situación ha suscitado y, sin duda, continuará generando.

Como propuesta *de lege ferenda*, parece que la solución más razonable sería aprobar una ley urbanística andaluza de nueva planta que adoptara un modelo claro, sea el restrictivo o el permisivo, según el criterio del poder legislativo autonómico en el ejercicio de sus competencias. Y no estaría de más intentar, en la medida de lo posible, acompasar sus exigencias con la regulación estatal en materia registral, eliminando contradicciones, para superar los problemas de coordinación expuestos en apartados anteriores.

De esta manera, se proporcionaría un adecuado marco de seguridad jurídica en el que se equilibraran adecuadamente los derechos que se encuentran en liza: la propiedad privada sobre la vivienda, la tutela del medio ambiente y el desarrollo sostenible. Solo así daremos cumplida respuesta al apasionante reto de conjugar el bien común con los intereses particulares, ese «ajuste fino» que mencionábamos al comenzar el presente trabajo.

En relación con esta propuesta de nueva normativa, hemos de hacer referencia al Anteproyecto de Ley de Urbanismo Sostenible de Andalucía (LUSA) y las soluciones que ofrece para el supuesto que estamos estudiando[112].

Mucho nos tememos que dicho texto, en su versión actual, no aporte más que desconcierto en cuanto a la posible inscripción de edificaciones prescritas dentro de parcelaciones en suelo no urbanizable común. Y ello porque existe una antinomia irreductible entre su artículo 156.5 a), el cual establece con carácter general la inexistencia de límite temporal para el ejercicio de la potestad de reposición de la realidad física alterada sobre las parcelaciones en suelo rústico —solución idéntica a la recogida en la LOUA antes de la reforma de la Ley 6/2016—, y la disposición adicional tercera de dicho Anteproyecto que, al reproducir la vigente disposición adicional decimoquinta de la ley urbanística andaluza, prevé la existencia de

edificaciones prescritas dentro de dichas parcelaciones. Ello implica una mayor confusión normativa que, en aras de la seguridad jurídica, debe ser rectificada en las sucesivas redacciones de este mismo texto o de cualquier otro que en el futuro se apruebe por el legislador autonómico.

## V. CONCLUSIONES

I. Las aproximaciones a la propiedad privada revisten una singular complejidad en nuestro ordenamiento jurídico.

Desde un punto de vista dogmático, ello obedece a la coexistencia de dos conceptos distintos de propiedad, uno recogido en el Código civil de 1889 y otro en la Constitución de 1978, muy diferentes en cuanto a su origen, evolución histórica y régimen normativo. En el ámbito de nuestra estructura territorial, la dificultad radica en que concurren dos poderes legislativos distintos, el autonómico y el estatal, que regulan diversos aspectos de la materia urbanística.

Sin embargo, la necesidad de tutelar este derecho de los ciudadanos y conjugarlo con la adecuada promoción del bien común exige llegar a un adecuado punto de equilibrio que evite soluciones extremas, como la negación de la propiedad privada o su absolutización bajo la forma de ejercicio abusivo y antisocial de la misma.

II. Las distorsiones que surgen ante la pluralidad de fuentes normativas y las distintas concepciones dominicales se han puesto de manifiesto en la reforma introducida en la LOUA por la Ley 6/2016, de 1 de agosto. Ello se aprecia, principalmente, en los diversos problemas de índole subjetiva, objetiva y formal que surgen cuando se pretende el acceso registral de las edificaciones prescritas enclavadas dentro de una parcelación rústica.

III. Desde el punto de vista subjetivo, surge la irresoluble cuestión de inscribir en el Registro de la Propiedad segregaciones que carecen del título valido para la transmisión de la propiedad previsto por el artículo 609 del Código civil. La declaración de AFO no puede suplirlo puesto que no deja de ser una resolución administrativa que no prejuzga, ni afecta, al derecho civil de propiedad y a sus modos de adquisición o transmisión. En este sentido, se vulnera el principio de tracto sucesivo.

IV. En el ámbito objetivo, la incertidumbre jurídica acerca de la extensión física del terreno que deben incluirse en la declaración de AFO, comprendiendo la totalidad de la subparcela segregada o solo aquella porción sobre la que radica la edificación, pugna con el principio de determinación o especialidad. Este dilema no se soluciona con su remisión a conceptos jurídicos indeterminados como *«lindes existentes», «huella natural»* o *«proyección horizontal de la edificación»,* los cuales requieren una ulterior interpretación

y, por tanto, abren al camino hacia una proliferación de futuros litigios y una mayor inseguridad jurídica.

V. Centrándonos en el aspecto formal de la calificación registral, surgen dos normas imperativas que obstaculizan claramente la recepción tabular de las edificaciones prescritas comprendidas dentro de las parcelaciones localizadas en suelo no urbanizable.

Por un lado, la prohibición de segregaciones inferiores a la unidad mínima de cultivo, la cual no puede salvarse con la atribución de efectos propios de licencia urbanística a las declaraciones de AFO, atendiendo a razones competenciales, hermenéuticas y a la propia disparidad conceptual entre ambas figuras.

Del otro, porque dichas declaraciones de AFO no son, ni producen, los efectos propios de las declaraciones de innecesaridad, exigidas taxativamente por los artículos 26.2 del TRLS/15 y 66.4 de la LOUA como requisitos indispensables para la inscripción de divisiones y segregaciones de fincas.

VI. La cuestión de fondo de la reforma legislativa, más allá de los argumentos —escasamente convincentes— expresados en el Preámbulo de la Ley 6/2016, es la coexistencia de dos modelos contradictorios de regulación del suelo rústico en Andalucía.

El primero de ellos, en términos cronológicos, es restrictivo en cuanto a las edificaciones en estos terrenos y aparece reflejado en la redacción originaria de la LOUA y el RDUA, mientras que el posterior, más permisivo, inspira el DSNU y la nueva ley de reforma.

La necesidad de encontrar una regulación coherente que responda a elementales exigencias de seguridad jurídica impone, como solución más aceptable, una nueva ley general urbanística en nuestra comunidad autónoma que adopte un modelo claro e incida decididamente en la prevención, persecución y efectiva represión de las actuaciones ilícitas en el suelo rústico, acabando así con la aparente sensación de impunidad frente a la «indisciplina» urbanística.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

AA. VV. (Cruz Villalón, P., y Medina Guerrero, M., Dirs.) (2012). *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Sevilla: Servicio de Publicaciones del Parlamento de Andalucía.

— Jordano Fraga, J., (Dir.) (2015). *El urbanismo de la crisis: la regularización de las edificaciones ilegales y el régimen de asimilación a fuera de ordenación,* Madrid: Tecnos.

ARNÁIZ EGUREN, R. (2014). *El hecho urbanístico y su tratamiento en el Derecho positivo,* Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.

— (2001). *La inscripción registral de actos urbanísticos*, Madrid: Marcial Pons.

— (2015). *Terreno, edificación, propiedad horizontal y prehorizontalidad*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.

ARNÁIZ RAMOS, R. (2013). *La inscripción en el Registro de la Propiedad de la declaración de obra nueva*, Barcelona: Bosch.

BARNÉS VÁZQUEZ, J. (1988). *La Propiedad Constitucional. El Estatuto Jurídico del Suelo Agrario*, Madrid: Civitas.

CAMY ESCOBAR, J. (2011). *La calificación registral de los actos de parcelación urbanística en Andalucía*, [En línea] disponible en *http://www.notariosyregistradores.com/doctrina/ARTICULOS/2011-%20JESUS%20CAMY%20LA%20CALIFICACION%20REGISTRAL%20DE%20LOS%20ACTOS%20DE%20PARCELACION%20URBANISTICA%20Ver1.pdf,* [visitado el 28 de julio de 2017].

COLINA GAREA, R. (1997). *La Función Social de la Propiedad Privada*, Barcelona: Bosch.

DÍEZ PICAZO, L. (2011). Los límites del derecho de propiedad en la legislación urbanística. En *Ensayos Jurídicos*, Tomo III, Cizur Menor: Aranzadi (Navarra), 3284-3301.

DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A. (1985). *Sistema de Derecho civil*, vol. III, Madrid: Tecnos.

FERNÁNDEZ ESTEBAN, E., *La regularización de las parcelaciones urbanísticas tras la reforma de la LOUA*, pendiente de publicación por la Academia Sevillana del Notariado.

GALLEGO ALCALÁ, J. D. (2017). Situación actual de la vivienda clandestina en suelo no urbanizable en Andalucía tras la entrada en vigor de la Ley 6/2016, de 1 de agosto, por la que se modifica la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, (LOUA), *Práctica Urbanística*, núm. 144, 70-82.

GUTIÉRREZ-ALVIZ, P. y ROMERO CANDAU, P. A. (1992). *Las parcelaciones en el Derecho español*, Granada: Comares.

GUTIÉRREZ COLOMINA, V. (2016). Los efectos de la nulidad en los planes urbanísticos de Andalucía y su repercusión en las edificaciones ilegales, *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 96, 47-84.

LACRUZ BERDEJO, J. L. (1977). *Derecho Inmobiliario Registral*, Barcelona: Bosch.

LÓPEZ LÓPEZ, A. (1988). *La disciplina constitucional de la propiedad privada,* Madrid: Tecnos.

OLMEDO PÉREZ, S. (2016). Reflexiones sobre las edificaciones clandestinas en suelo no urbanizable en Andalucía y los intentos de la Comunidad Autónoma de Andalucía para su reconducción, *Práctica Urbanística*, núm. 139, 32-61.

PEÑARRUBIA IZA, J. (1999). *La intervención administrativa en las divisiones y parcelaciones,* Madrid: Montecorvo.

PÉREZ ROYO, J. (2008). *Las fuentes del Derecho*, Madrid: Tecnos.

REGÚLEZ DÍAZ, S. (1997). Derecho de propiedad y propiedad rústica (o rural): Legislación especial, *Cuadernos Notariales,* núm. 6, Madrid: Fundación Matritense del Notariado.

SANTO TOMÁS DE AQUINO (1989). *Summa Theologica*, Madrid: Biblioteca de Autores Católicos.

## NOTAS

[1] Artículo 185.2 A) de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía.

[2] Así lo reconoce la propia Exposición de Motivos de la Ley 6/2016, de 1 de agosto: «…permaneciendo expresamente prevista la prohibición de parcelación en suelo no urbanizable, con las consecuencias inherentes en el ordenamiento jurídico, a todos los efectos, tales como judiciales, registrales, civiles, administrativos, etc.».

[3] Se ha manifestado en favor de esta solución conciliadora, en relación con la inscripción de las obras nuevas, ARNÁIZ EGUREN, R. (2014), 596: «El problema fundamental a que da lugar esta polémica surge si el legislador, la jurisprudencia de los tribunales o la propia actuación de los registradores se acogen a uno de los dos posibles criterios, es decir, o vienen a prescindir de la legislación urbanística, cuando se regulan los requisitos y los efectos de la inscripción registral, o bien rodear la inscripción de tales requisitos que prácticamente determinan la imposibilidad de inscribir si no se lleva a cabo su cumplimiento estricto (…) La consecuencia obvia de lo señalado anteriormente consiste, indudablemente, en la necesidad de estudiar y establecer criterios de equilibrio entre el ordenamiento registral y el urbanístico, que poco a poco creemos que se van consiguiendo…».

[4] La necesidad de encontrar un justo equilibrio entre el respeto de los derechos individuales de los ciudadanos, dentro de los que se encuentra la propiedad privada, y la tutela de bienes colectivos, tales como el medio ambiente o la ordenación del territorio, ha sido considerada por el Tribunal de Estrasburgo una exigencia inherente al Convenio Europeo de Derechos Humanos (sentencias de 8 de noviembre de 2005, Demanda núm. 4251/2002, *caso Saliba contra Malta*, nn. 31 y 36, y 29 de marzo de 2010, Demanda núm. 34044/2002, *caso Depalle contra Francia*, nn. 83 y 91).

[5] Siguiendo el criterio del voto particular formulado por el magistrado Jiménez de Parga, esta sentencia ha sido severamente criticada por PEÑARRUBIA IZA, J. (1999), 36-53, basándose en los siguientes argumentos: ignora la unidad del Derecho español al considerar nuestro ordenamiento una mera yuxtaposición de legislaciones estatales y autonómicas, contradice resoluciones anteriores del mismo tribunal y entiende que el artículo 149.3 de la Constitución es una norma transitoria cuando dicha circunstancia solo debe predicarse del 148. No obstante, este reparto competencial fue posteriormente confirmado por la sentencia del Tribunal Constitucional 164/2001, de 11 de julio, y seguido por todas las normas estatales y autonómicas sobre la materia, por lo que se trata de una doctrina sólidamente consolidada.

[6] Hay que tener en cuenta que esta enumeración no constituye un *numerus clausus*, como expresamente reconoce la propia sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo, FJ 22: «No obstante, ha de afirmarse que el Estado tiene constitucionalmente atribuidas una pluralidad de competencias dotadas de una clara dimensión espacial, en tanto que proyectadas de forma inmediata sobre el espacio físico, y que, en consecuencia, su ejercicio incide en la ordenación del territorio (vgr. arts. 149.1, 4, 13, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25 y 28 CE)». De hecho, la disposición final segunda del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo y de Rehabilitación Urbana, invoca otros títulos competenciales del Estado, como el de Defensa y Fuerzas Armadas (art. 149.1.4 de la CE), legislación procesal (art. 149.1.6 de la CE), bases de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13 de la CE), hacienda general y deuda del Estado (art. 149.1.14 de la CE), legislación básica en protección del medio ambiente (art. 149.1.23), régimen energético (art. 149.1.25 de la CE) y regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales (art. 149.1.30 de la CE).

[7] Entre las más recientes, cabe destacar la resolución de 7 de junio de 2017, FJ 2: «Con todo, debe insistirse en la doctrina asumida por esta Dirección General basada en

la diferenciación entre normas de naturaleza registral, reguladoras netamente de requisitos de inscripción, y cuya competencia estatal no se discute, y normas de carácter material o sustantivo, donde pueden tener aplicación preferente las normas autonómicas, dictadas en ejercicio de sus competencias exclusivas y cuyo régimen deberá ser también respetado a efectos de inscripción».

[8] Sin carácter exhaustivo, podemos citar las resoluciones de 21 de enero de 2014, FJ 9; 28 de enero de 2014, FJ 2; 12 de enero de 2015, FJ 4; 10 de septiembre de 2015, FJ 3; 5 de octubre de 2016, FJ 5 y 7 de noviembre de 2016, FJ 7; 28 de junio de 2017, FJ 2, y 11 de julio de 2017, FJ 3, 31 de julio de 2018, FJ 5, y 13 de diciembre de 2018, FJ 2.

[9] Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de noviembre de 2016, FJ 7.

[10] Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 de septiembre de 2015, FJ 3: «La exigencia de licencia 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».

[11] Según ARNÁIZ EGUREN, R. (2001), 571, nos encontramos ante una distribución vertical y no horizontal de competencias, en la que existen diversos títulos concurrentes.

[12] En idéntico sentido, respecto de las parcelaciones urbanísticas, se ha pronunciado la resolución del Centro Directivo de 5 de octubre de 2016, FJ 5: «Recuérdese aquí el Preámbulo del Real Decreto 1093/1997: (…) La regulación de la inscripción de los actos de parcelación se hace en el capítulo X. Al respecto, se ha tenido en cuenta la existencia de distintas normas urbanísticas materiales en diferentes comunidades autónomas, por lo que los artículos son estrictamente tabulares dejando a aquellas normas las cuestiones de fondo; ello significa que la aplicación de las soluciones hipotecarias —únicas y uniformes— dependerán, en gran medida, de la previa aplicación de las diversas regulaciones sustantivas autonómicas, sobre todo en lo que se refiere a sus propios criterios en materia de parcelación».

[13] Ambos preceptos son redactados en ejercicio de competencias exclusivas del Estado, según la disposición final segunda del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre.

[14] Por todas, citamos la resolución de 13 de mayo de 2016, FJ 2: «Siguiendo la doctrina de este Centro Directivo, en las resoluciones de 29 de octubre (2.ª) y 3 de diciembre de 2012 (1.ª), 15 de abril de 2013 (2.ª) y 11 de marzo de 2014 «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…».

[15] PÉREZ ROYO, J. (2008), 198.

[16] Como señala PEÑARRUBIA IZA, J. (1999), 41-42, el principio de competencia admite dos interpretaciones doctrinales: a) la coexistencia de dos ordenamientos separados, equidistantes de la Constitución y con fuentes normativas situadas en un mismo nivel jerárquico, y b) los parlamentos autonómicos están dotados de una potestad legislativa delimitada, mientras que las Cortes Generales ostentan una capacidad normativa cualitativamente distinta y de carácter general.

[17] En la regulación andaluza, el fuera de ordenación está previsto en la disposición adicional primera de la LOUA. Sin embargo, la regulación sustantiva del régimen de la declaración en situación de asimilación al de fuera de ordenación tiene su sede específica en los artículos 34.1 b) de la LOUA y 53 del Decreto 60/2010, de 16 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Disciplina Urbanística de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

[18] Artículos 27.2 a), 35.3 y 48 a) del TRLS/15. No obstante, el Real Decreto 1492/2011, de 24 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de Valoraciones de la Ley de

Suelo, en sus artículos 5.2 y 6.5, ofrece un principio de distinción entre ambas figuras a efectos indemnizatorios, aunque sin usar, en ningún momento, el término «asimilable al fuera de ordenación».

[19] Según COLINA GAREA, R. (1997), 89-91, la supresión en el Código civil español de la expresión «*de la manera más absoluta*», contenida en su precedente napoleónico, obedece a que en 1889 ya se encontraba plenamente instalada la ideología liberal, lo cual hacía innecesarias las fórmulas retóricas revolucionarias que pretendieron, en su momento, enfatizar la libertad de la propiedad privada en el nuevo orden político en contraposición a las cargas y ligámenes que la sujetaban durante el Antiguo Régimen.

[20] DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A. (1985), 155-156.

[21] Por tanto, no disfruta de la especial tutela que se reconoce a los derechos fundamentales de la Sección 1ª: posibilidad de recurso de amparo por los particulares, existencia de un procedimiento preferente y sumario para su defensa y, por último, exigencia de ley orgánica para su regulación (arts. 53.2 y 81 de la CE).

[22] Como precedentes más cercanos que inspiraron la referencia a la función social en nuestra Carta Magna, podemos citar los artículos 14, 1 y 2, de la Ley Fundamental de Bonn (1949): «La propiedad y el derecho a la herencia están garantizados. Su contenido y sus límites serán determinados por las leyes. La propiedad obliga. Su uso debe servir al mismo tiempo al bien común» y 42.2 de la Constitución italiana (1948): «La propiedad privada es reconocida y garantizada por la ley, la cual determina los modos de adquirirla y de disfrutarla y sus límites, con la finalidad de asegurar su función social y de hacerla accesible a todos».

[23] La disparidad entre ambas regulaciones ha sido expresamente reconocida por nuestro Tribunal Constitucional en su sentencia 37/1987, de 26 de marzo, FD 8: «En el fondo del mismo subyace una vez más una concepción de la propiedad privada como institución unitaria, regulada en el Código Civil, que solo admite limitaciones externas a su libre ejercicio en virtud de Leyes especiales. Por el contrario, como se ha expuesto, el derecho a la propiedad privada que la Constitución reconoce y protege tiene una vertiente institucional, precisamente derivada de la función social que cada categoría o tipo de bienes sobre los que se ejerce el señorío dominical está llamado a cumplir, lo que supone, como ya sabemos, la definitiva incorporación del interés general o colectivo junto al puro interés individual del titular en la propia definición de cada derecho de propiedad o, si se prefiere, en la delimitación concreta de su contenido».

[24] Aunque el origen de función social puede rastrearse en SANTO TOMÁS DE AQUINO (1989), vol.3, II-II, q. 66, a. 2, c., 544: «En segundo lugar, también compete al hombre, respecto de los bienes exteriores, el uso de los mismos; y en cuanto a esto no debe tener el hombre las cosas exteriores como propias, sino como comunes, de modo que fácilmente dé participación de estas en las necesidades de los demás», señala acertadamente REGÚLEZ DÍAZ, S. (1997), 18: «…el precedente [contemporáneo] más notable de en la configuración de la propiedad como función social se encuentra en la doctrina social de la Iglesia Católica, sobre todo a través de las encíclicas sociales de los últimos pontífices, desde la *Rerum Novarum* a la *Centesimus Annus*». Asimismo, de cara a su formulación positiva, singularmente en el artículo 153 de la Constitución de Weimar (1919), resultó de especial trascendencia el denominado «Compromiso socialdemócrata», en virtud del cual esta fuerza política, adoptando una posición posibilista frente al maximalismo propio de las tesis del marxismo oficial, consiguió, a cambio de renunciar a la estrategia revolucionaria y anti-sistema, obtener ventajas para la clase trabajadora como, por ejemplo, la inclusión de la función social de la propiedad en el texto constitucional, *vid*. COLINA GAREA, R. (1997), 43-47 y bibliografía que en la misma se reseña.

[25] Así lo declara expresamente la sentencia del Tribunal Constitucional 218/2015, de 22 de octubre, FJ 3: «El legislador puede, en atención a la función social que cumple la propiedad, delimitar su contenido (art. 33.2 CE) definiendo los derechos y deberes que esta comprende en cada caso —régimen estatutario del derecho de propiedad—».

Sorprendentemente, esta visión aún no ha calado de forma plena en nuestra jurisprudencia. Buena prueba de ello es la sentencia 2315/2014, de 24 de noviembre de 2014, de la Sala de lo contencioso-administrativo de Málaga del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Rec. núm. 1188/2012), FJ 2, donde se sigue concibiendo que el derecho de propiedad, siguiendo al pie de la letra nuestro Código civil, no tiene más limitaciones que las expresamente previstas por las normas legales. No podemos compartir dicha afirmación, en tanto que no estamos ante un derecho limitado, sino delimitado internamente, de manera que su ejercicio solo puede llevarse a cabo respetando las disposiciones de la ordenación territorial y urbanística. En definitiva, en esta resolución el tribunal aplica el apartado primero del artículo 33 de la Constitución, obviando la consagración de la función social de la propiedad en el segundo parágrafo de dicho precepto.

[26] BARNÉS VÁZQUEZ, J. (1988), 47-48 y 87: «No se trata [la función social de la propiedad] de un principio general del Derecho que atempera, desde el exterior, sus manifestaciones originariamente ilimitadas, sino que constituye, por el contrario, un elemento intrínseco e interior, el espíritu interno de la propiedad, siendo, por consiguiente, el que da la medida y las dimensiones a la estructura propietaria (…) El contenido del derecho de propiedad *liberal* es absoluto y libre, eventualmente limitable *ab externo* por expresas violaciones legales. El contenido de la propiedad *constitucional,* por el contrario, es delimitado y delineado *ab interno*…». Esta concepción del dominio, incluso antes de la aprobación de la Constitución, ya parecía reflejada en la normativa urbanística, como señala DÍEZ PICAZO, L. (2011), 3289-3290: «Según el punto de vista tradicional, los límites del derecho de dominio se producen como una progresiva reducción de un contenido inicialmente pleno y absoluto… A aquella concepción ha sucedido otra según la cual la propiedad tiene un fin racional y ese fin basta, sin necesidad de derechos contrapuestos, para imponerle unas limitaciones. La limitación aparece como algo consustancial con el derecho, predetermina por su misma finalidad o función económico-social».

[27] Sentencia del Tribunal Constitucional 37/1987, de 26 de marzo, FD 8: «Como es lógico, esta delimitación no se opera ya solo en la legislación civil, sino también en aquellas otras Leyes que cuidan principalmente de los intereses públicos a los que se vincula la propiedad privada. Así ocurre en el caso de la propiedad urbana, cuyas Leyes de ordenación están muy lejos de establecer solo, como los recurrentes pretenden, «medidas de policía concretas», respetando, como regulación ajena, «la imposición de obligaciones y limitaciones al ejercicio de los derechos dominicales», sino que, muy al contrario, establecen por sí mismas, o por remisión a los instrumentos normativos del planeamiento, los deberes y límites intrínsecos que configuran la función social de la propiedad del suelo, desde el punto de vista de la ordenación del territorio. En el fondo del mismo subyace una vez más una concepción de la propiedad privada como institución unitaria, regulada en el Código Civil, que solo admite limitaciones externas a su libre ejercicio en virtud de Leyes especiales. Por el contrario, como se ha expuesto, el derecho a la propiedad privada que la Constitución reconoce y protege tiene una vertiente institucional, precisamente derivada de la función social que cada categoría o tipo de bienes sobre los que se ejerce el señorío dominical está llamado a cumplir, lo que supone, como ya sabemos, la definitiva incorporación del interés general o colectivo junto al puro interés individual del titular en la propia definición de cada derecho de propiedad o, si se prefiere, en la delimitación concreta de su contenido. Como es lógico, esta delimitación no se opera ya solo en la legislación civil, sino también en aquellas otras Leyes que cuidan principalmente de los intereses públicos a los que se vincula la propiedad privada. Así ocurre en el caso de la propiedad urbana, cuyas Leyes de ordenación están muy lejos de establecer solo, como los recurrentes pretenden, «medidas de policía concretas», respetando, como regulación ajena, «la imposición de obligaciones y limitaciones al ejercicio de los derechos dominicales», sino que, muy al contrario, establecen por sí mismas, o por remisión a los instrumentos normativos del planeamiento, los deberes y límites intrínsecos que configuran la función social de la propiedad del suelo, desde el punto de vista de la ordenación del territorio».

[28] Así lo mantiene DÍEZ PICAZO, L. (2011), 3288-3289, con referencia expresa al artículo 70.1 de la Ley de Suelo, de 12 de mayo de 1956: «La ordenación del uso de los terrenos y construcciones enunciada en los artículos precedentes no conferirá derecho a los propietarios a exigir la indemnización, por implicar meras limitaciones y deberes que definen el contenido normal de la propiedad según su calificación urbanística».

[29] Esta concepción estatutaria de la propiedad ha sido recogida, como no podía ser de otra manera, en las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 12 de septiembre de 2016 (FJ 2), 30 de noviembre de 2016 (FJ 2), 17 de marzo de 2017 (FJ 2) y 31 de agosto de 2017 (FJ 2), especialmente en relación con los usos a los que debe destinarse el suelo, su aprovechamiento urbanístico y la delimitación de las facultades que integran el dominio.

[30] Esta es la posición que adopta, con ciertos matices, LÓPEZ LÓPEZ, A. (1988).

[31] A grandes rasgos, se trataría de un conflicto entre la autonomía de la voluntad de los particulares, propia del Derecho civil (art. 1255 CC), *versus el* intervencionismo de los poderes públicos, característico del Derecho constitucional (art. 9.2 de la Constitución española).

[32] Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 de febrero de 2017, FJ 3: «La propia jurisprudencia del Tribunal Supremo ha reconocido la separación de esferas civil y administrativa, sin perjuicio de la aplicación en determinados supuestos de los principios de legalidad y unidad del ordenamiento, admitiendo que la decisión del Tribunal civil quede suspendida en su efectividad a la intervención administrativa en forma de autorización o licencia…, dado el interés público subyacente en la ordenación que se trata de tutelar».

[33] Al respecto, resulta muy sugerente la reflexión de BARNÉS VÁZQUEZ, J. (1988), 65: «Por consiguiente, no han de considerarse admisibles dilemas o dicotomías irreductibles del estilo «interés social» (función social) *versus* «interés individual»… Como es obvio, un jurista no puede rendirse ante las aparentes contradicciones, ha de superarlas de la mano de la técnica jurídica y de las reglas hermenéuticas». Pero el caso es que, aunque deben salvarse las contradicciones, como sucede con las *meigas*, haberlas, haylas.

[34] Como señala el Tribunal Constitucional, en su sentencia 93/2015, de 14 de mayo, FJ 13, ningún poder legislativo es competente para delimitar el contenido esencial de los derechos regulados en el Título II de nuestra Constitución. Desde la doctrina, en términos muy parecidos se ha manifestado BARNÉS VÁZQUEZ, J. (1988), 104: «… ha de admitirse la existencia por tanto de un contenido apriorístico del derecho de propiedad, frente al legislador ordinario. No puede afirmarse que «la propiedad, en cada caso, será tal y cual la defina la ley»… como si la técnica garantista del contenido esencial no estuviese expresamente ideada y dirigida al legislador, para frenar su omnipotencia». El autor insiste, al respecto, en que nuestra Constitución coexisten, junto a una garantía formal del derecho de propiedad (reserva de ley), otra de carácter material (contenido esencial).

[35] COLINA GAREA, R. (1997), 226-241, entiende que la principal dificultad para cohonestar los dos preceptos consiste en la distancia temporal existente entre ambos artículos. Sin embargo, considera que este problema no puede salvarse mediante una mera apelación a la superior jerarquía normativa de la Carta Magna que hiciera *tabula rasa* de la regulación civil, sino utilizando otras herramientas jurídicas: la interpretación de las normas con el criterio de la realidad social del tiempo en que deben ser aplicadas, con lo cual el Código civil deberá dar entrada al concepto de función social, y la propia flexibilidad del artículo 348 que permite, dentro de su alusión a los límites establecidos por la leyes, la aplicación del artículo 33.2 de la Constitución.

[36] En este sentido, ARNÁIZ EGUREN, R. (1995), 541, considera que en la aplicación de las prohibiciones de parcelaciones ilegales deben conjugarse dos criterios: el mantenimiento de la legalidad urbanística y la protección de la propiedad privada.

[37] Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 de octubre de 2005, FJ 2 12 de julio de 2010, FF JJ 5 y 7, 5 de noviembre de 2013, FF JJ

5 y 7, 14 de noviembre de 2013, FJ 5, 10 de septiembre de 2015, FJ 4, y 5 de octubre de 2016, FF JJ 6 y 7.

[38] Terrenos clasificados como suelo no urbanizable especialmente protegido o incluidos dentro de la Zona de influencia del litoral; bienes o espacios catalogados; parques, jardines, espacios libres e infraestructuras o demás reservas para dotaciones y, por último, contravención de las determinaciones pertenecientes a la ordenación estructural de los Planes Generales de Ordenación Urbanística o los Planes de Ordenación Intermunicipal. Tras la reforma introducida en el artículo 185.2 de la LOUA por el Decreto-ley 3/2019, de 24 de septiembre, se han eliminado en la letra A) el requisito de que la edificación con más de seis años de antigüedad tenga que estar destinado a uso residencial para ser excluida de la reagrupación forzosa, así como la letra d) del apartado B), que incluía las vulneraciones de la ordenación estructural del planeamiento dentro de los supuestos en que no existía límite temporal para el ejercicio de la reposición de la realidad física alterada.

[39] En el Proyecto de Ley elaborado por Dictamen de la Comisión de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio del Parlamento andaluz, publicado en el Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía, n.º 268, de 14 de julio de 2016, 90-103, la disposición adicional tercera de la Ley 6/2016 se transformó en su artículo Único, apartado 4, por el que se añade la disposición adicional decimoquinta a la LOUA. Anteriormente, el Grupo parlamentario popular propuso su supresión, en la Enmienda núm. 19, la cual fue rechazada, y el Grupo parlamentario de Podemos la incorporación de nuevos apartados a la redacción inicial en sus enmiendas n.º 31, 32 y 33, de las cuales solo prosperó la última que conforma el vigente apartado tercero de esta disposición adicional.

[40] AFO, en adelante.

[41] RDUA, en adelante.

[42] DSNU, en adelante.

[43] A pesar de la terminología empleada por el legislador estatal, la jurisprudencia se decanta mayoritariamente por considerar que el plazo para reponer la realidad física alterada por ilegalidades urbanísticas es de caducidad. Así se puede comprobar en las sentencias del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1985 *(RJ* 1985, 2880), 2 de septiembre de 1988 *(RJ* 1988, 7224), 5 de junio de 1991 *(RJ* 1991, 4865), 2 de noviembre de 1994 *(RJ* 1994, 8490) y 9 de diciembre de 1999 (Rec. 4277/1994), y del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 17 de diciembre de 2013 (Rec. 683/2012), 16 de marzo de 2016 (Rec. 192/2015) y 18 de marzo de 2016 (Rec. 395/2015).

[44] Este carácter excepcional resulta claramente deducible de la frase con que se inicia el apartado cuarto del artículo 28 TRLS/15: «*No obstante lo dispuesto en el apartado anterior…*» —aunque hubiera sido más correcta la redacción: «*No obstante lo dispuesto en el apartado primero…*»—. Esta interpretación, asimismo, resulta confirmada por las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 de mayo de 2016, FJ 3, 30 de mayo de 2016, FJ 5, y 28 de junio de 2017, FJ 3: «En el caso de la inscripción de escrituras de declaración de obra nueva… resulta con claridad la existencia en nuestra legislación de dos vías para su 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».

[45] *Vid.* artículos 34.1 b) *in fine* de la LOUA: «Para las instalaciones, construcciones y edificaciones realizadas al margen de la legalidad urbanística para las que no resulte posible adoptar las medidas de protección de la legalidad urbanística ni el restablecimiento del orden jurídico perturbado…», 53.1 del RDUA: «Los actos de uso del suelo, y en particular las obras, instalaciones, construcciones y edificaciones…» y 8.1 del DSNU: «Las edificaciones que se relacionan en el artículo 3.1.B, apartado b) serán objeto de

reconocimiento de la situación de asimilado al régimen de fuera de ordenación…». El subrayado es nuestro.

[46] Un fenómeno semejante se ha producido con la institución del matrimonio regulada en el Código civil. El mismo ha pasado de considerarse como la unión estable entre hombre y mujer ordenada al establecimiento de una plena comunidad de vida y abierta a la procreación de la prole, según LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F. (1984), 129, a responder a otra definición mucho más vaporosa, avalada por el Tribunal Constitucional en su sentencia 198/2012, de 6 de noviembre (BOE n.º 286, de 28 de noviembre de 2012), que desdibuja sus fines específicos, : «…comunidad de afecto que genera un vínculo, o sociedad de ayuda mutua entre dos personas que poseen idéntica posición en el seno de esta institución, y que voluntariamente deciden unirse en un proyecto de vida familiar común» (FJ 9). Como acertadamente señala el magistrado RODRÍGUEZ ARRIBAS en su Voto particular, esta nueva visión del matrimonio puede englobar tanto la relación entre un tío y un sobrino interesados en compartir un mismo domicilio como la que tiene lugar entre los esposos.

[47] Recientemente, la sentencia del Tribunal Constitucional 67/2017, de 25 de mayo, ha vuelto a insistir en que tanto los notarios como los registradores de la propiedad constituyen un cuerpo único nacional, cuyo régimen estatutario —dentro del que se comprende las normas disciplinarias y la sujeción jerárquica a la doctrina del Centro Directivo del que dependen— es competencia exclusiva del Estado conforme al artículo 149.1.18 de la Constitución.

[48] Este criterio se ha seguido por Cantabria (art. 212 de la Ley 2/2001, de 25 de junio, de Suelo), Vascongadas (art. 224 de la Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo) y Baleares (art. 154 de la Ley 2/2014, de 25 de marzo, de Ordenación y Uso del Suelo).

[49] La resolución de la Dirección General de los Registros del Notariado de 29 de julio de 2016, FJ 4, considera a las parcelaciones en las que no procede adoptar medidas de reposición de la realidad física alterada como «*situación que sí puede equiparase a la de fuera de ordenación*».

[50] En la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 de diciembre de 2018, FJ 6, donde se hace una expresa alusión a la disposición adicional decimoquinta de la LOUA, se contempla la inscripción mediante la presentación de un certificado de técnico aunque se reconozca que no puede asimilarse a la certificación municipal a los efectos de acreditar la situación urbanística de la finca.

[51] El artículo 10.1 b) del DSNU contempla, respecto de la solicitud para iniciar el procedimiento de reconocimiento de la situación de AFO, la posibilidad de presentar cualesquiera documentos de prueba, previstos en la legislación básica estatal, para acreditar la fecha de terminación de la edificación.

[52] La resolución de 14 de julio de 2017, FJ 2, señala que, atendiendo a la literalidad del derogado artículo 208 de la LH y del vigente 202 del mismo cuerpo legal, la escritura pública no es el único título formal donde puede declararse la existencia de edificaciones, sino que también puede resultar del auto judicial recaído en un expediente de dominio.

[53] ARNÁIZ RAMOS, R. (2013), 213-214 y 248-249, señala que la imposición de esta obligación al registrador, incluso en el caso de practicarse el asiento en virtud de certificación municipal —lo cual constituye una innovación frente a la redacción del artículo 54 RHU—, encuentra su justificación en invitar a la Corporación local, si la edificación tiene alguna limitación de uso o sobre la misma debe hacerse alguna actuación de disciplina urbanística, a que solicite la constancia registral de dichas circunstancias. Sin embargo, en el supuesto de inscripción de las declaraciones de AFO reguladas en la disposición adicional decimoquinta de la LOUA dicho propósito parece innecesario, puesto que este acto administrativo contendrá, obligatoriamente, el régimen jurídico al que queda sujeto el propietario y la improcedencia del ejercicio de potestades disciplinarias por el transcurso del plazo legalmente previsto para ello (arts. 53.4 del RDUA y 12.1 del DSNU), circunstancias que se harán constar en el asiento. Sin embargo, respetando

el tenor literal del precepto, resulta ineludible para el registrador llevar a cabo dicha notificación al Ayuntamiento.

[54] Artículos 28.4 c) del TRLS/15 y 53.5 del RDUA.

[55] Artículos 53.5 del RDUA y 12.1 c) del DSNU.

[56] En el caso de que desapareciera la finca matriz, debido a la enajenación de todas las porciones, nos encontraríamos ante el supuesto de división de fincas que se rige por el artículo 46 del Reglamento Hipotecario.

[57] Dicha georreferenciación de los edificios, aunque debe comunicarse obligatoriamente al Catastro, no afecta a la «coordinación geográfica» entre finca registral e inmueble catastral al no extenderse a la totalidad al contorno perimetral de la finca sino a un elemento de su interior. Desde el punto de vista técnico, la superficie ocupada deberá constar en el sistema oficial de referencia que se especifica en la resolución conjunta de la Dirección General del Catastro y de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de octubre de 2015, pero sin necesidad de que sea aportada en formato GML y, desde el jurídico, no se requiere un procedimiento especial que implique notificaciones a colindantes y terceros interesados, salvo que hubiera dudas fundadas acerca de que la edificación estuviera efectivamente incluida en la finca registral sobre la que se declara (resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 8 de febrero de 2016, FF JJ 4 y 5, 19 de abril de 2016, FJ 4, 9 de mayo de 2016, FJ 3, 5 de julio de 2016, FJ 3, 21 de septiembre de 2016, FJ 5, 28 de septiembre de 2016, FJ 3, y 7 de febrero de 2017, FJ 2).

[58] Este requisito se introdujo en Andalucía por el artículo 27.3 del RDUA, en el ejercicio de las competencias autonómicas relativas a protección de consumidores y vivienda. Respecto a la prevalencia competencial de la normativa autonómica en esta cuestión, se ha pronunciado la Dirección General de los Registros y del Notariado en sus resoluciones de 8 de septiembre de 2016, FJ 3, y de 7 de junio de 2017, FJ 2: «Es lo que ocurre en el caso particular del libro del edificio, 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».

[59] El archivo se formalizará mediante la presentación de dicho libro en el Registro de la Propiedad, con el contenido previsto en el artículo 7 de la Ley 38/1999, en soporte informático, formato PDF y autenticado por el promotor con su firma electrónica o por otro medio fehaciente (disposición adicional segunda de la resolución conjunta de 26 de octubre de 2015).

[60] La cual tuvo lugar el 6 de mayo de 2000, según la disposición final cuarta de dicha ley.

[61] Con ello se confirma la doctrina recogida en sus anteriores resoluciones de 16 de mayo de 2013 y 6 de septiembre de 2016. Dichos pronunciamientos rectificaron el criterio anterior de aportación obligatoria del libro del edificio en el supuesto de obras antiguas (resoluciones de 24 de marzo y 14 de abril de 2011), justificándose dicho cambio en la nueva redacción que se dio al artículo 20 del Texto refundido de la Ley de Suelo de 2008 por el artículo 24 del Real Decreto-Ley 8/2011, de 1 de julio.

[62] Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de abril de 2016, FJ 5.

[63] Artículo 185.2 A) de la LOUA: «… salvo los que afecten a parcelas sobre las que existan edificaciones aisladas de uso residencial para las que haya transcurrido la limitación temporal del aparatado anterior…». Sin embargo, la reforma introducida por el Decreto-ley 3/2019, de 24 de septiembre, suprime el requisito de que estas edificaciones estén destinadas a un uso residencial.

[64] *Vid*. resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de mayo de 2013, FJ 4.

[65] La resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 23 de octubre de 2017, FF JJ 3 a 5, extiende la exención del seguro decenal a otros dos supuestos: a) cuando, a la fecha de la enajenación a terceros, ya hubiera transcurrido más de diez años desde la terminación de la obra, y b) viviendas que se hubieran adquirido por ejecución hipotecaria (Resolución-circular de 3 de diciembre de 2003).

[66] La venta de cuotas proindiviso de una finca rústica para atribuir partes concretas de la misma a distintos propietarios, encubriendo fraudulentamente una parcelación urbanística ilegal, se encuentra expresamente regulada y prohibida por los artículos 26.2 del TRLS/15 y 66.2 de la LOUA.

[67] Sin embargo, el supuesto previsto en el artículo 28.4 del TRLS/15 difiere sustancialmente del previsto en la disposición adicional decimoquinta de la LOUA. En el supuesto de hecho de la norma estatal coincide en una misma persona la titularidad registral de la finca inscrita y la de la edificación, lo que no sucede en la autonómica.

[68] «También la presente modificación permite aplicar el régimen de asimilado al de fuera de ordenación, que se especifica por el artículo 34.b) de esa ley, a las edificaciones en las que concurran estas circunstancias…, si bien siguen permaneciendo en situación de ilegalidad».

[69] «El régimen establecido por el Decreto para la situación de asimilado al régimen de fuera de ordenación, se caracteriza por dos notas fundamentales. En primer lugar, las edificaciones siguen manteniendo su situación jurídica de ilegalidad…».

[70] Esta cuestión ha sido expresamente tratada por FERNÁNDEZ ESTEBAN, E., *La regularización de las parcelaciones urbanísticas tras la reforma de la LOUA*, pendiente de publicación por la Academia Sevillana del Notariado, cuya argumentación ha sido confirmada por la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de octubre de 2018, FJ 3: «… no cabe acceder a la inscripción de la adjudicación por extinción de comunidad toda vez que esta requiere el unánime consentimiento de todos los que según el Registro son cotitulares del bien cuando afecte al pleno dominio de los mismos».

[71] Así lo mantiene la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 12 de enero de 2015, FF JJ 2 y 3, añadiendo que no cabe la simultánea constancia registral de una copropiedad sobre los terrenos y otra propiedad exclusiva sobre la edificación porque ello atenta, en este caso, contra el principio de especialidad.

[72] Este supuesto de hecho sería, por otro lado, el previsto en el artículo 3.2 b) del Decreto 2/2012, de 30 de enero, procediendo la declaración de AFO para dichas edificaciones ya que el plazo para la reposición de la realidad física de las parcelaciones en suelo no urbanizable, en dicha fecha, era de cuatro años tras la modificación introducida por el artículo 9 del Real Decreto-ley 16/1981, de 16 de octubre, de adaptación de planes generales de ordenación urbana, en el artículo 230.1 del Real Decreto 1346/1076, de 9 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Régimen de Suelo y Ordenación Urbana.

[73] Debe insistirse en la anomalía de esta excepcionalidad. El régimen legal de los AFO, previsto en los artículos 34.1 b) de la LOUA, 53.1 del RDUA y 8.1 del DSNU, restringe dicha declaración a las obras, edificaciones, construcciones, instalaciones y otros usos de suelo, pero en ningún caso al terreno.

[74] Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de junio de 2017, FJ 6: «El principio de especialidad, que exige la perfecta identificación de la finca inscrita y de su superficie (cfr. art. 9 a) de la Ley Hipotecaria), resulta incompatible con la atribución a la finca en el Registro de dos superficies distintas».

[75] Siguiendo a D. Jerónimo González, señala LACRUZ BERDEJO, J. L. (1977), 110: «Un principio de especialidad, en ese sentido, vendría a explicar cómo las partes integrantes de la finca se hallan afectas a los mismos derechos y, en general, no puede gravarse una porción física sin describirla y segregarla».

[76] Resulta incorrecta, desde el punto de vista de la legislación básica estatal, la expresión «parcela registral». En efecto, el artículo 26.1 del TRLS/15 distingue entre parcelas

y fincas. Un completo estudio de ambos conceptos se ha realizado por ARNÁIZ EGUREN, R. (2015), 86-105, concluyendo que la principal diferencia entre ambos radica en la distinta finalidad perseguida por los cuerpos legislativos que las regulan —tutela de la propiedad inmobiliaria o recaudación tributaria—.

[77] Obsérvese que, desde la perspectiva del infractor que se ha beneficiado de la inactividad administrativa, estas lindes deberían coincidir con los límites materiales que hubiera fijado para su subparcela mediante vallados u otros signos externos. No obstante, partiendo de una óptica de la preservación de la disciplina urbanística, se podría igualmente considerar que estas lindes no se extienden al terreno circundante sino exclusivamente a la porción de superficie ocupada por la edificación ilegal. El socorrido recurso de apelar al Diccionario de la Lengua Española no soluciona la cuestión, ya que en su segunda acepción define linde como «*término o fin de algo*», y en la tercera es identificada con el «*término o fin que separa unas heredades de otras*».

[78] La disposición final cuarta de la Ley 6/2016, cuyo origen se encuentra en la Enmienda núm. 24 del Grupo Popular de Andalucía, tiene el siguiente tenor literal: «La Consejería competente en materia de urbanismo, en el plazo máximo de seis meses desde la entrada en vigor de la presente ley, aprobará una instrucción para aclarar cuál es la documentación técnica que se considera necesaria para la regularización de las edificaciones asimiladas a fuera de ordenación». Resulta llamativo que el desarrollo de una norma con rango de ley ordinaria se encomiende a una Instrucción cuando, según los artículos 6.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público y 98.3 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, esta categoría normativa tiene por objeto dirigir las actividades de los órganos jerárquicamente dependientes del ente administrativo que la dicta, circunstancia esta que, evidentemente, no se da en las Corporaciones locales respecto de la Secretaría General de Ordenación del Territorio y Sostenibilidad Urbana de la Administración autonómica. Una técnica legislativa más ortodoxa hubiera confiado dicha regulación a un Decreto, a una Orden de la Consejería competente o, en su caso, a las pertinentes Ordenanzas municipales que se aprobasen al efecto.

[79] El texto de la Instrucción de 3 de febrero de 2017 puede consultarse en *http://www.cma.junta-andalucia.es/medioambiente/portal_web/web/temas_ambientales/ordenacion_territorio/normativa/instruccion_2017desarrollo_ley6_2016.pdf?lr=lang_es* [visitado el 12 de agosto de 2017].

[80] Esta carencia fue advertida, durante el trámite de comparecencia de los agentes sociales y organizaciones ante el Parlamento Andaluz, por el Sr. Delgado Ramos, representante del Centro de Estudios Registrales del Decanato del Colegio de Registradores de la Propiedad de Andalucía Oriental y por el Sr. Díaz Cardóniga, representante del Ilmo. Colegio Notarial de Andalucía, *vid. Diario de Sesiones del Parlamento de Andalucía*, núm. 113, 1 de diciembre de 2015, 28 y 46.

[81] Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de febrero de 2017, FJ 2: «En consecuencia, para inscribir cualquier edificación terminada, 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».

[82] Sentencia núm. 2315/2014, de 24 de noviembre de 2014, de la Sala de lo Contencioso-administrativo de Málaga del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Rec. n.º 1188/2012), FJ 2: «…el derecho a segregar dimana directamente del poder de disposición propio del derecho de propiedad, reconocido en el artículo 33 de la Constitución…».

[83] Exposición de Motivos de la Ley 19/1995, de 4 de julio, Apartado VI: «Para el cumplimiento de sus finalidades, la Ley establece… ciertos límites al contenido y ejercicio de las facultades dominicales y derechos patrimoniales sobre tierras dedicadas a la agricultura, deducibles de su función social, tal como prevé el artículo 33.2 de la

Constitución, límites tanto más justificados en cuanto que sirven al objetivo de modernización del sector agrario».

[84] En nuestra Comunidad Autónoma, las unidades mínimas de cultivo se encuentran reguladas en la resolución de 4 de noviembre de 1996, de la Dirección General de Desarrollo Rural y Actuaciones Estructurales de la Consejería de Agricultura y Pesca. La misma ha sido objeto de críticas por dos razones: a) en su epígrafe se autodenomina como «provisional» y tiene más de veinte años de antigüedad, y b) se limita a transcribir literalmente una Orden ministerial de 27 de mayo de 1958, burlando de esta manera el tenor literal del artículo 23 de la Ley 19/1995, pues resulta evidente que las características socieconómicas de la agricultura andaluza en 1996 —o en la actualidad— son muy diferentes a las de mediados del siglo pasado.

[85] ARNÁIZ EGUREN, R. (2014), 851-852, señala que la normativa vigente para las segregaciones inferiores a las unidades mínimas de cultivo ha experimentado un cambio drástico respecto a la Ley de Reforma y Desarrollo Agrícola de 12 de enero de 1973, que solo preveía un derecho de adquisición preferente de los colindantes.

[86] Una clara censura a las regularizaciones llevadas a cabo mediante reformas legislativas —particularmente en materia tributaria pero extensible a otros ámbitos, como el urbanístico— que no respeten los más elementales principios de justicia, ha sido realizada por el Tribunal Constitucional en su sentencia 73/2017, de 8 de junio, FJ 5 d): «En suma, la adopción de medidas que, en lugar de servir a la lucha contra el fraude fiscal, se aprovechan del mismo so pretexto de la obtención de unos ingresos que se consideran imprescindibles ante un escenario de grave crisis económica, supone la abdicación del Estado ante su obligación de hacer efectivo el deber de todos de concurrir al sostenimiento de los gastos públicos (art. 31.1 CE). Viene así [la regularización tributaria prevista en el Real Decreto Ley 12/2012, de 30 de marzo] a legitimar como una opción válida la conducta de quienes, de forma insolidaria, incumplieron su deber de tributar de acuerdo con su capacidad económica, colocándolos finalmente en una situación más favorable que la de aquellos que cumplieron voluntariamente y en plazo su obligación de contribuir. El objetivo de conseguir una recaudación que se considera imprescindible no puede ser, por sí solo, causa suficiente que legitime la quiebra del objetivo de justicia al que debe tender, en todo caso, el sistema tributario, en general, y las concretas medidas que lo integran, en particular».

[87] CAMY ESCOBAR, J. (2011), 63: «En definitiva, el criterio hermenéutico que debió presidir cualquier acto aplicativo, es que la excepción solo tiene cabida si el uso del suelo se ajusta a la legalidad territorial y urbanística, no pudiendo pretenderse de la comisión de un acto ilícito la obtención de un beneficio tan importante, consistente en la enervación de un acto en principio nulo». Esta afirmación, hecha varios años antes de la aprobación de la reforma recogida en la Ley 6/2016, continúa siendo de plena actualidad.

[88] Sentencias del Tribunal Constitucional 192/2012, de 29 de octubre, FJ 6: «…ello no es óbice para que haya de estarse a la aplicación de la normativa plasmada en la Ley 53/1984, de carácter básico, sobre incompatibilidades, a la vista… de la interpretación restrictiva que ha de darse a las excepciones contenidas en la Ley de Incompatibilidades…» y de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 23 de abril de 2013 (Rec. núm. 298/2012), FJ 5: «Su sentido de regla general debe determinar que a la hora de interpretar las excepciones, haya de hacerse con cuidado al fijar el alcance de las mismas, no extendiéndolo a donde su sentido estricto no alcanza, con un criterio de interpretación restrictiva de la excepción, según establece la regla de interpretación del artículo 4.2 del Código civil, procurando así la máxima coordinación entre la regla y la excepción» y 23 de julio de 2012 (Rec. núm. 4405/2008), FJ 5: «Existe ya una jurisprudencia consolidada que propugna una interpretación restrictiva de las mencionadas disposiciones transitorias tercera.3 de la Ley de Costas y novena.2 de su Reglamento, y ello porque la posibilidad de nuevas construcciones en la zona de servidumbre de protección que se contempla en

tales disposiciones tiene un carácter marcadamente excepcional frente a la regla general establecida en el artículo 25 de la Ley de Costas…».

[89] CAMY ESCOBAR, J. (2011), 76-77: «…las [edificaciones] asimiladas, artículo 53 RDU, que si bien impiden la demolición de la edificación, no implican la legalidad o conformidad con el planeamiento, ni de la construcción ni del uso, lo que excluye la aplicación de la excepción. Es decir, la edificación podrá subsistir por el juego de la prescripción en el ámbito urbanístico, pero al haberse desarrollado la construcción sin licencia y con un resultado conforme con la ordenación territorial o el planeamiento, no se cumplen los presupuestos fácticos del artículo 25 b), que tiene carácter excepcional, y en consecuencia puede sostenerse que el acto de segregación/división será nulo, desde el punto de vista del derecho civil…».

[90] La fijación de este plazo es una competencia exclusiva del Estado *ex* artículo 149.1.8 de la Constitución, al tratarse de una norma de procedimiento registral, por lo que la modificación del mismo en virtud de una disposición autonómica ha de entenderse como inconstitucional y prevalecer el artículo 80 del RHU. Así lo ha declarado expresamente la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre de 2016, FJ 5, en relación con la modificación que la legislación urbanística valenciana pretendía introducir respecto del plazo previsto en el artículo 79 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, para el supuesto de parcelaciones urbanísticas en suelo no urbanizable.

[91] ARNÁIZ EGUREN, R, (2014), 893-895.

[92] Resoluciones de 25 de abril de 2014, FJ 4, 7 de agosto de 2014, FJ 3, 1 de diciembre de 2014, FJ 4, 28 de octubre de 2015, FJ 2, y 10 de enero de 2017, FJ 2.

[93] La distinción entre parcelación urbanística y segregaciones inferiores a unidades mínimas de cultivo aparece claramente en el artículo 66.1 b) de la LOUA: «Se considera parcelación urbanística (…) En terrenos que tengan el régimen del suelo no urbanizable, la división simultánea o sucesiva de terrenos, fincas o parcelas en dos o más lotes que, con independencia de lo establecido en la legislación agraria, forestal o de similar naturaleza, pueda inducir a la formación de nuevos asentamientos».

[94] Dado que la Ley 6/2016, de 1 de agosto, se refiere exclusivamente al suelo no urbanizable, el título administrativo exigible sería la declaración de innecesariedad pues las licencias que autorizaran parcelaciones urbanísticas en terrenos rústicos son nulas de pleno derecho *ex* artículo 68.2 de la LOUA. Como indica PEÑARRUBIA IZA, J. (1999), 136-137, nota 222, el origen de la declaración de innecesariedad se encuentra en la legislación francesa de la década de los ochenta del pasado siglo, en respuesta a la interdicción de licencias de parcelación de actos que, propiamente, carecen de naturaleza urbanística como es el caso de las segregaciones rústicas que no induzcan a la formación de nuevos asentamientos.

[95] ¿Qué debe hacer el notario si no se aporta la correspondiente licencia o declaración de innecesariedad? Según CAMY ESCOBAR, J. (2011), 11, proceder al otorgamiento de la escritura, pero haciendo constar en el documento público, mediante advertencia expresa, la carencia de estos actos administrativos.

[96] Sin embargo, hay diferencias entre la normativa estatal y la autonómica. ARNÁIZ EGUREN, R. (2014), 850 y 856, critica que la legislación andaluza prohíba la autorización de escritura pública cuando no se acredite el otorgamiento de la licencia o declaración de innecesariedad al notario, pues considera que a la legislación estatal compete regular estos extremos, limitándose la misma a dictar el cierre registral sin perjuicio de que se pueda formalizar la correspondiente escritura, y ello por dos razones: el carácter eminentemente tabular de los actos de división y segregación de fincas y el principio de libre elección de notario en todo el territorio nacional, lo cual dificulta el conocimiento de la ordenación urbanística por parte de los fedatarios foráneos a la localidad donde se realiza la segregación.

[97] CAMY ESCOBAR, J., (2011), 87-88, basándose en la LOUA y en el artículo 9.1 d) de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía, entiende que

estas declaraciones constituyen un acto administrativo con sustantividad propia que han de ser acordadas por el órgano administrativo competente, ajustándose al procedimiento establecido, y contar con una motivación suficiente.

[98] Esta circunstancia fue advertida en sede parlamentaria por D. Joaquín Delgado Ramos, *vid*. *Diario de Sesiones del Parlamento de Andalucía*, núm. 113, 1 de diciembre de 2015, 44-45. Teniendo en cuenta la legislación vigente, no podemos compartir la opinión de GUTIÉRREZ-ALVIZ, P. y ROMERO CANDAU, P. A. (1992), 177-178, quienes, interpretando el derogado artículo 259.3 del Texto Refundido de la Ley de Suelo de 1992, consideraban que las declaraciones de innecesariedad servían, entre otros fines, para acreditar las parcelaciones prescritas.

[99] Dicho cierre se encuentra expresamente previsto en el vigente artículo 26.2 del TRLS/15. Respecto a la superada discusión doctrinal, surgida con ocasión de los textos urbanísticos de 1976 y 1992, sobre si la falta de autorización administrativa en los actos de fraccionamiento dominical vetaba su inscripción o solo era un simple requisito de actividad dirigido a los Notarios y Registradores que no impedía su acceso tabular, *vid.* ARNÁIZ EGUREN, R. (2014), 879-882.

[100] Un juicio muy crítico acerca de la reforma introducida por la Ley 6/2016 se ha formulado por GUTIÉRREZ COLOMINA, V. (2016), 62: «Esta Ley de modificación de la LOUA, sí que es realmente una amnistía encubierta para unas determinadas edificaciones ilegales (…) No se resuelve el problema de la reposición física de las parcelaciones ilegales que se produzcan en el futuro…no va a ser fácil de llevar a cabo en la práctica, y va a producirse un agravio comparativo con las "amnistiadas" por la Ley 6/2016».

[101] Exposición de Motivos de la Ley 6/2016: «En este sentido, se modifica el apartado A) del artículo 185.2 de la citada ley, quedando excepcionadas de esa ilimitación de plazo (…) Esta excepción de la ilimitación del plazo se circunscribe a las edificaciones de uso residencial (…) De esta forma, solo las parcelas asociadas a las edificaciones que puedan acogerse a la excepcionalidad prevista en el artículo 185.2.A) quedarían excluidas de la reagrupación, sin que ello afecte al resto de parcela o parcelas objeto de la parcelación urbanística», artículo 183.3 de la LOUA: «Quedarán excluidas de la reagrupación las parcelas…» y artículo 185.2 A) de la LOUA: «…La excepción anterior en relación a limitación temporal únicamente será de aplicación …». El subrayado es nuestro.

[102] No obstante, algún sector de la doctrina como GUTIÉRREZ COLOMINA, V., en la conferencia dada en la Jornada formativa del Ilustre Colegio de Abogados de Málaga el 20 de octubre de 2016, con ocasión de la Ley 6/2016 —citado por GALLEGO ALCALÁ, J. D. (2017), 75, nota 7— y OLMEDO PÉREZ, S. (2016), 46, ha mantenido que la demolición de estas edificaciones, prevista en el precepto reglamentario, carecía de apoyo normativo de rango legal, puesto que el artículo 183.3 de la LOUA se limita a señalar que la reposición de realidad física en este tipo parcelaciones debe lugar a la reagrupación, mediante reparcelación forzosa, de las fincas segregadas. En contra de dicho criterio, la Sentencia la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sede de Granada, de 14 de marzo de 2016, rec. núm. 281/2016, FJ 5, ha respaldado la adecuación a Derecho del artículo 49.2 j) del RDUA, en tanto que resulta amparado en el marco genérico de la restauración de la legalidad urbanística que establece el artículo 182.1 de la LOUA: «…*tendrá lugar mediante la legalización del correspondiente acto o uso, en su caso, la reposición a su estado originario de la realidad física alterada, dependiendo, respectivamente, de que la obras fueran o no compatibles con la ordenación vigente*». Asimismo, a nuestro modesto entender, pugna con el sentido común entender que se ha repuesto la realidad física con la mera reagrupación de fincas, dejando indemnes las edificaciones ilegalmente construidas y el daño que las mismas ocasionan —y continuarán ocasionando— al bien jurídico protegido.

[103] Idéntica opinión acerca del régimen jurídico al que quedaban sometidas estas edificaciones con anterioridad a la Ley 6/2016, aplicando la solución normativa del artículo 49.2 del RDUA, se mantiene por GUTIÉRREZ COLOMINA, V. (2016), 61.

[104] Exposición de Motivos del RDUA: «El presente Reglamento nace con la voluntad de ser un instrumento eficaz para combatir la ilegalidad urbanística y contribuir al logro de un urbanismo sostenible, objetivo esencial de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, y aspiración irrenunciable de nuestra ciudadanía…».

[105] Para hacer frente a ello, la disposición adicional primera de la Ley 6/2016 impone a los municipios andaluces la obligación, en el plazo máximo de dos años desde su entrada en vigor, de iniciar el procedimiento para la identificación de edificaciones aisladas en suelo no urbanizable (art. 4 del DSNU) y, en el supuesto de que el mismo no se hubiera iniciado o culminado, prevé la intervención de la Junta de Andalucía previo requerimiento y acuerdo con el Ayuntamiento correspondiente. Cabría plantearse hasta qué punto dicho acuerdo de voluntades con el municipio resulta compatible, a los efectos del ejercicio subsidiario de competencias urbanísticas en caso de inactividad municipal, con la literalidad del artículo 60 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local, que constituye el canon de constitucionalidad aplicable según la sentencia del Tribunal Constitucional 154/2015, de 9 de julio, FJ 6 B).

[106] Exposición de Motivos de la Ley 6/2016, de 1 de agosto: «No obstante, la aplicación del Decreto se ha visto seriamente dificultada a la hora de establecer la regularización de las edificaciones construidas al margen de la legalidad que se sitúan en parcelaciones urbanísticas que no tengan la condición de asentamiento urbanístico. Para estas edificaciones, el reconocimiento de la situación de asimilado al régimen de fuera de ordenación queda cuestionado por la inexistencia de limitación temporal para la adopción de medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística en la parcelación urbanística sobre la que se asientan, extendiéndola a las propias edificaciones».

[107] Según D. Joaquín Delgado Ramos, durante su intervención en sede parlamentaria, la reforma de la Ley 6/2016 «*abre una brecha, como decía antes, hacia el futuro, en los principios esenciales de la disciplina urbanística*», *Diario de Sesiones del Parlamento de Andalucía*, núm. 113, 1 de diciembre de 2015, 44.

[108] Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo núm. 1127/2009, de 27 de noviembre, rec. 1539/2008, FJ 2: «Mas la desastrosa situación a que, a pesar de la normativa legal y administrativa, se ha llegado en España respecto a la ordenación del territorio, incluida la destrucción paisajista, justifica que, ante la inoperancia de la disciplina administrativa, se acuda al Derecho Penal, como última Ratio. Sin que quepa desconocer que la profunda lesión del bien jurídico protegido trae causa en buena parte del efecto acumulativo provocado por transgresiones». Acerca de las causas, varias y heterogéneas, que han ocasionado esta grave quiebra en el cumplimiento de las normas urbanísticas, *vid*. SÁNCHEZ SÁEZ, A. J., Edificaciones asimiladas a fuera de ordenación en Andalucía: Pecado, expiación y redención, en AA. VV. (Jordano Fraga, J., Dir.) (2015), 185-190.

[109] Esta disposición la introdujo el Grupo parlamentario popular mediante su Enmienda núm. 22.

[110] Según AZPITARTE SÁNCHEZ, M., Artículo 109, en AA. VV. (Cruz Villalón, P., y Medina Guerrero, M., Dirs.) (2012), 1791, este precepto permite, además de delegar la potestad para elaborar un texto único refundido, añadir a la misma la de seleccionar, allí donde la legislación en vigor sea contradictoria, las soluciones normativas más coherentes con el ordenamiento, aclarar los conceptos que hayan quedado oscuros aclarados e, incluso, dictar normas complementarias para llenar lagunas legales (sentencias del Tribunal Constitucional 13/1992, de 6 de febrero, FJ 16 y 166/2007, de 4 de julio, FJ 8).

[111] Respecto al alcance, control y efectos del exceso del texto refundido respecto a los límites de la delegación legislativa —vicio formal de «*ultra vires*»—, *vid.* sentencias del Tribunal Constitucional 166/2007, de 4 de julio, FJ 2, y de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 2000 (Rec. núm. 486/1996), FF JJ 3 a 5.

[112] El texto del Anteproyecto, fechado el 21 de diciembre de 2017, puede consultarse en *https://www.juntadeandalucia.es/export/drupaljda/normativa_en_elaboracion/17/12/Texto%20Anteproyecto%20conocimiento%20Consejo%20de%20Gobierno.pdf*, visitado el 10 de diciembre de 2018.

*(Trabajo recibido el 24-4-2019 y aceptado para su publicación el 16-9-2019)*

# DICTÁMENES Y NOTAS

# El Registro de la Propiedad como sistema de garantía en la era de la *Blockchain*

## *The register of property as a guarantee system in the Blockchain era*

por

ALBA PAÑOS PÉREZ

*Prof. Contratada Doctora de Derecho civil (SEJ 235-CEIA3)*

*Universidad de Almería*

*RESUMEN:* En plena irrupción de la era de la tecnología *Blockchain,* aún sin estar desarrollada ni explicada suficientemente, y de la adaptación de los parámetros jurídicos clásicos a la inteligencia artificial, nos encontramos ante el reto de trasformar las instituciones jurídicas que sustentan nuestro ordenamiento, tanto las dependientes de la Administración Pública (que ya comenzó su andadura para simplificarse hace unos años), como las de ámbito estrictamente privado. Y en este panorama nos encontramos con la modernización digital de la Institución de dación de fe por excelencia, el Registro de la Propiedad, impulsada por la históricamente ansiada coordinación con el Catastro que motivó la reforma de la Ley 13/2015, en aras de ofrecer una mayor seguridad jurídica a la realidad inmobiliaria. El momento de constante transformación digital que vivimos actualmente, asumiendo que el derecho y la informática son disciplinas condenadas a entenderse, nos hace reflexionar sobre si esta tecnología podría contribuir

a aumentar los niveles de seguridad jurídica que atesora esta Institución o, incluso, si podría llegar a sustituirla, proporcionando sus mismos efectos y garantías, dado que la Blockchain se ha concebido para garantizar una seguridad jurídica y material hasta ahora inimaginable, por la inmutabilidad de la información que almacena y de las identidades que registra.

*ABSTRACT: In the middle of the enter of the Blockchain technology era, even without it being sufficiently developed and explained, and with the adaptation of the classical legal parameters to artificial intelligence, we face the challenge of transforming the legal institutions that support our Order, both those dependent on the Public Administration (which has already begun to simplify a few years ago) and those strictly private. And in this scenario we find the digital modernization of the most important Institution of enactment of faith, the Property Registry, driven by the historically coveted coordination with the Cadaster that led to the reform of Law 13/2015, with the goal of offering a major legal security to the real estate. The constant digital transformation we are currently living, assuming that law and technology are disciplines condemned to coexist, makes us reflect on whether this technology could contribute to increasing legal certainty that holds this institution or even, if could replace it. Therefore, technology guarantees a legal security as yet unimaginable due to the immutability of both the information it stores and the identities it registers.*

PALABRAS CLAVE: Registro de la Propiedad. Catastro. Archivo electrónico. *Blockchain. Smart Contracts.*

*KEY WORDS: Register of Property. Cadaster. Electronic file. Blockchain. Smart Contracts.*

*SUMARIO:* I. LA PROTECCIÓN DEL TRÁFICO JURÍDICO INMOBILIARIO EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD: 1. Consideraciones previas. 2. El Registro de la Propiedad como institución jurídica clásica: concepto, función, fines y caracteres. 3. Breve referencia a los principios inspiradores de nuestro sistema registral.—II. FUNCIONAMIENTO DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD: 1. Estructura clásica de los archivos del Registro de la Propiedad (Libros y Asientos Registrales). 2. El Registro de la Propiedad como sistema de publicidad. 3. La finca registral y el último (¿y definitivo?) intento de coordinación entre Registro de la Propiedad y Catastro tras la reforma de la Ley 13/2015.—III. LA BLOCKCHAIN: APROXIMACIÓN A SU

FUNDAMENTO Y APLICACIONES CONTRACTUALES: 1. Cuestiones preliminares: fundamento y origen tecnológico. 2. Aplicación en los *smart contracts*.—IV. IMPLICACIONES DE LA *BLOCKCHAIN* EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD ACTUAL: 1. La *Blockchain* en los registros de derechos. 2. Calificación insustituible del registrador frente a la tecnología *Blockchain*.—V. CONCLUSIONES.

## I. LA PROTECCIÓN DEL TRÁFICO JURÍDICO INMOBILIARIO EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

### 1. Consideraciones previas

En España, como instrumento más adecuado de publicidad y protección del tráfico jurídico inmobiliario, se optó históricamente por la institución del Registro de la Propiedad. Y es que la necesidad de dar seguridad al tráfico jurídico de los bienes impone que, tanto el adquirente de la propiedad u otro derecho real, como el que está dispuesto a conceder un crédito con la garantía de aquellos bienes, tenga la certeza de que quien transmite u ofrece la garantía tiene la titularidad dominical del bien y, además, de que este no está gravado con otras cargas anteriores que harían disminuir su valor. Así, el adquirente solo habrá realizado una adquisición perfectamente segura cuando pueda contar razonablemente con que nadie le va a perturbar en su propiedad por motivos anteriores a la adquisición. Y para ello, tendrá que saber con certeza que quien la transmite es verdadero propietario y puede transmitir la cosa[1].

De ahí, que la protección de los adquirentes de derechos reales se realice a través de formas de publicidad y apariencia que permiten conocer a adquirentes y acreedores, quiénes son los titulares de los derechos cuya adquisición pretenden y cuál es el estado jurídico de los bienes, para de este modo dar seguridad y eficacia a su tráfico.

En el Registro de la Propiedad se hace constar lo que podríamos llamar el historial jurídico de los inmuebles, y cualquier persona puede exigir información respecto de aquellos inmuebles cuya situación jurídica tenga interés en conocer. Además, este organismo garantiza la veracidad y exactitud de la información que proporciona, aunque no coincida con la realidad extrarregistral[2]. En este sentido, es necesario proteger una razonable confianza en la apariencia jurídica, de manera que quien suscite en los demás la apariencia de que una situación jurídica existe tiene que dejarla valer contra sí mismo, y quien de buena fe confía en la situación aparente merece ser protegido.

## 2. El Registro de la Propiedad como institución jurídica clásica: concepto, función, fines y caracteres

El Registro de la Propiedad es un organismo establecido por nuestro legislador, con el objetivo de dar a conocer, de publicar, las titularidades reales sobre los bienes inmuebles. En este sentido, es obvio el claro interés que existe en conocer la situación jurídica de una determinada finca por parte de aquel que desee comprarla, de aquel que pretenda prestar dinero con garantía de una hipoteca sobre ella o del acreedor del titular[3]. Así pues, el Registro de la Propiedad es una institución que publica la situación jurídica de las fincas del territorio español, con la pretensión de asegurar el tráfico jurídico inmobiliario. Y a través de esta publicidad registral inmobiliaria, dicha institución va a prestar una garantía a la información que se recoge en ella.

Analizándolo desde un punto de vista externo, el Registro de la Propiedad es una oficina pública constituida por el personal que recibe y valora los documentos, y libros en los que se practican las inscripciones. El párrafo primero del artículo 1 de la Ley Hipotecaria, cuyo texto refundido fue aprobado por Decreto de 8 de febrero de 1946 (LH), y de contenido idéntico al artículo 605 del Código civil, señala que «el Registro de la Propiedad tiene por objeto la inscripción o anotación de los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles». Así, podemos destacar como los fines fundamentales del Registro, según ROCA SASTRE[4], los dos siguientes: en primer lugar, asegurar la propiedad del inmueble, proteger el tráfico jurídico inmobiliario y fomentar el crédito territorial, mediante legitimar y proteger las titularidades registradas y a los terceros adquirentes; y en segundo lugar, efectuar la publicidad informativa, llamada formal, del contenido de los libros del Registro. Así pues, podemos concluir que el objetivo principal del Registro de la Propiedad en este sentido, a través del principio de la publicidad registral, no es otro que la protección del tráfico jurídico.

Por otra parte, podríamos enumerar someramente las características de este Registro señalando que es una institución jurídica descentralizada y organizada en forma de red de oficinas. Así, es un conjunto de oficinas al frente de las cuales se halla un registrador, en las que se custodian los libros registrales y se practican los asientos y demás funciones que tiene encomendadas por ley. Es un Registro de carácter jurídico. Como ya hemos dicho, tiende fundamentalmente a la protección del tráfico jurídico inmobiliario, especialmente mediante la creación de situaciones de titularidad cuya eficacia jurídica trasciende de la mera toma de razón en un Registro administrativo. Asimismo, el Registro de la Propiedad es una institución de carácter público y cualquier persona con interés legítimo tiene acceso al

contenido de sus libros, tal y como determina el artículo 607 del Código civil. Tiene carácter legitimador, se presume que los derechos inscritos existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el mismo Registro; sin embargo, esta presunción admite prueba en contrario, en base al artículo 38 LH. Y, por último, destacamos que es un Registro estatal; está integrado dentro de la Administración Pública en el Ministerio de Justicia y depende orgánicamente de la Dirección General de los Registros y del Notariado. La totalidad del territorio de España está dividido en circunscripciones, denominados Distritos Hipotecarios y a cada Distrito Hipotecario le corresponde un Registro de la Propiedad, a cargo de un registrador de la propiedad[5].

## 3. Breve referencia a los principios inspiradores de nuestro sistema registral

En el marco de este trabajo sobre el Registro de la Propiedad como sistema de garantía en la transmisión de la tierra, son de obligada mención los llamados principios hipotecarios o registrales, que informan nuestro sistema registral.

1. Principio de rogación. En el procedimiento registral se actúa a instancia de parte, son excepcionales los supuestos en que el registrador puede actuar de oficio. Es indispensable pues, como regla general, una petición al registrador para que efectúe el asiento que interesa[6].

2. Principio de legalidad. No basta esta rogación para que el título tenga acceso al Registro. Los títulos han de ser válidos y perfectos, se requiere titulación auténtica y un detenido examen del título por el registrador. Es decir, documentación auténtica y calificación registral[7]. Así, al garantizar el Registro una presunción *iuris tantum* de exactitud a favor del titular actual inscrito y una protección de los que de él adquieran (si se cumplen los requisitos del art. 34 LH), es lógico que para impedir fraudes el Estado adopte una serie de medidas con objeto de que la formación de los títulos y la redacción de los asientos se encomienden a personas que posean una formación técnica[8].

En este sentido, los registradores de la propiedad despliegan una labor de control de los actos y documentos que pretenden el acceso al Registro a través de la calificación registral, que podríamos definir como el examen de la validez externa e interna del título presentado, antes de resolver sobre su ingreso en el Registro, y a este solo efecto. La calificación concluye, por tanto, con la práctica del asiento solicitado o con la denegación o suspensión del mismo, tal y como señala el artículo 101 del Reglamento que desarrolla la Ley Hipotecaria, de 14 de febrero de 1947 (RH). Se pretende que solo tengan acceso al Registro de la Propiedad aquellos títulos que cumplan los

requisitos establecidos por las leyes, buscando una concordancia entre lo que accede al Registro y la realidad jurídica.

Así pues, son dos actuaciones las que debe hacer el registrador cuando se le presenta un título: primero, proceder a darle asiento de presentación si reúne los requisitos legales o, en su caso, negar el mismo notificando este extremo al presentante para que, si lo desea, recurra esa decisión ante la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante, DGRN); y segundo, una vez que se ha dado asiento de presentación, calificar el título[9].

Podemos definir la calificación con LACRUZ BERDEJO (2009)[10] como «el examen por el registrador de la validez externa e interna del título presentado, antes de resolver sobre su ingreso en el Registro, y a este solo efecto». Tal y como señala MANZANO SOLANO (1994)[11], la calificación es la minuciosa comprobación de que el título presentado es efectivamente un título inscribible, que se realiza comprobando la adecuación del título a Derecho y el contenido del Registro para establecer su conexión con el título presentado. GARCÍA GARCÍA (2002)[12] señala que «se trata de una función de control de legalidad por parte del registrador, como encargado de la práctica de los asientos registrales, a través del correspondiente juicio de validez y de regularidad, respecto a los actos y negocios que han de acceder al Registro de la Propiedad, para que, en virtud de la publicidad registral, los asientos registrales generadores de la misma surtan los efectos asignados por la Ley», concretando que la calificación registral es el «control de la legalidad por parte del registrador de la propiedad a los efectos de la publicidad y de la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario». En suma, la calificación registral es el enjuiciamiento que el registrador realiza sobre la legalidad de los documentos y sobre la validez y eficacia de los negocios jurídicos contenidos en ellos.

3. Principio de especialidad. Basado en el artículo 13.1 LH, a tenor del cual «los derechos reales limitativos, los de garantía y, en general cualquier carga o limitación del dominio o de los derechos reales, para que surtan efectos contra terceros, deberán constar en la inscripción de la finca o derecho sobre que recaigan». De ahí, pues, que las terceras personas a quienes la inscripción interese o pueda perjudicar han de encontrar todo lo que respecta al inmueble en el folio abierto al mismo.

En este sentido, la resolución de la DGRN de 7 de julio de 1960[13], respecto a la determinación de la identidad del inmueble, estableció: «requerida por el principio hipotecario de especialidad, constituye una de las más principales misiones de la función calificadora, porque la finca es elemento básico de nuestro sistema registral sobre el que fundan el domino y todos los demás derechos reales que puedan constituirse, por corresponder al registrador discrecionalmente esa comprobación mediante la ponderada aplicación de las normas legales, sin perjuicio del criterio que en definitiva pueden

adoptar sus superiores jerárquicos al resolver el recurso gubernativo que se interponga acerca de la procedencia o improcedencia de la calificación».

Por lo tanto, el Registro requiere las cosas claras y concretas; solo pueden ser publicados derechos reales individualizados en su contenido y en su titularidad y especificados sobre una finca. Así, el principio de especialidad se concreta en la determinación de la finca, del derecho, de los sujetos, del título y del asiento (9 LH y 51 RH). Una de las principales reformas de la Ley 13/2015 afecta precisamente a este aspecto, con la introducción del código registral único de cada finca, que se incluirá en el folio real de cada una de ellas.

4. Principio de tracto sucesivo. Afirma COSSÍO que el sistema hipotecario español se apoya en un encadenamiento del causante al sucesor (tracto sucesivo material), que ha de tener un reflejo formal en las hojas registrales, de modo que pueda seguirse en ellas el historial completo, sin solución de continuidad, de todos los actos de transferencia, constitución, modificación y extinción de los derechos reales (tracto sucesivo formal o adjetivo)[14]. Este principio se halla consagrado en el artículo 20.1 y 2 LH.

Y, respecto a sus efectos, reseñamos por todas la resolución de la DGRN de 19 de septiembre de 2006[15], que establece «los artículos 18 y 20 de la Ley Hipotecaria y 100 de su Reglamento, imponen la observancia del tracto sucesivo. Es decir para tomar anotación preventiva de cualquier medida cautelar, la finca debe estar inscrita a nombre de la persona física o jurídica contra la que se dirige el procedimiento judicial, con las únicas excepciones que de dicho artículo 20 resultan. En caso contrario no solo podría procederse a una usurpación del dominio a su legítimo titular, sino que además llevaría consigo la indefensión de este al no haber sido parte en el procedimiento de que se trate. La coherencia plena con los preceptos constitucionales y legales incluyen que los obstáculos que surgen del Registro sean observados con especial atención dada la protección que el Registro de la Propiedad debe ofrecer a los titulares registrales así como a los terceros. En definitiva, el principio hipotecario de tracto sucesivo, colorario del constitucional de tutela efectiva, impide la práctica de la anotación preventiva cuando las fincas están inscritas a nombre de personas que no han intervenido en el procedimiento».

5. Principio de prioridad. El juego de este principio cierra el Registro a todo título que se oponga o sea incompatible con uno ya inscrito, de fecha igual o anterior. Así pues, el Registro se cierra para ciertos derechos incompatibles con otros ya inscritos, o atribuye un puesto secundario a los constituidos en último lugar[16].

6. Principio de inscripción. No existiendo defectos ni en el título ni en el derecho, ni obstáculo en el Registro, procede la inscripción del acto o contrato.

7. Principios de legitimación y fe pública registral. La eficacia de la inscripción registral tiene su máxima expresión en el llamado «principio de fe

pública registral», que es la directriz del sistema inmobiliario registral. Dicho principio es formulado concisamente por DÍEZ-PICAZO y GULLÓN[17] de la siguiente manera: «el Registro de la Propiedad protege a toda aquella persona física y jurídica que confía en los derechos que publica». Las condiciones de esa protección están consignadas en el fundamental artículo 3 LH; del mismo se deriva que el adquirente estará protegido si en él se dan los requisitos prevenidos legalmente, naciendo entonces la figura del tercero hipotecario, que es en rigor el sujeto beneficiario de la fe pública. Al respecto, la resolución de la DGRN de 1 de febrero de 2012[18] señala «fe pública registral, principio proclamado en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria y que se extiende, según el Tribunal Supremo[19], no solo al subadquirente sino al propio primer adquirente, frente a las causas de nulidad del título del transferente no proclamadas por el Registro».

A mayor abundamiento, la resolución de la DGRN de 26 de enero de 2012[20] precisa que «la mejor doctrina afirma, por otra parte, que la fe pública registral, que el recurrente invoca a su favor, no ampara las situaciones relativas a la capacidad de las personas, ya que quien contrata directamente con quien tiene su capacidad restringida o modalizada, aunque formalmente pudiera considerarse ajeno a esa situación, no es tercero respecto del acto nulo o anulable por infracción de las limitaciones impuestas en la capacidad del otorgante y nunca puede hacerlas valer a su favor».

Una de las principales novedades de la reforma del 2015 fue que, a partir de entonces, la legitimación registral o presunción de exactitud se extiende a la representación gráfica de la finca; una representación gráfica georreferenciada que se traduce en un archivo de texto con formato GML. Una auténtica revolución digital que ha supuesto la transformación de la propia naturaleza de este principio registral esencial.

Así pues, inscrito el acto, se dota al contenido del Registro de una doble presunción. La primera, de legitimación[21], una presunción *iuris tantum* de exactitud y veracidad, que opera mientras no se demuestre lo contrario. La segunda, es una presunción *iure et de iure*, de inatacabilidad e irreivindicabilidad de la adquisición efectuada por un tercero con los requisitos marcados en la ley.

## II. FUNCIONAMIENTO DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

### 1. Estructura clásica de los archivos del Registro de la Propiedad (Libros y Asientos Registrales)

El Registro de la Propiedad se lleva en libros foliados y visados judicialmente, llamados tomos, según establece el artículo 238.1 LH. Dichos libros

deberán llevarse por medios informáticos, que permitan en todo momento el acceso telemático a su contenido. Asimismo, el Registro dispondrá de un sistema de sellado temporal que dejará constancia del momento en que el soporte papel se trasladó a soporte informático[22]. No deja de sorprender que, en la era de la *Blockchain,* la ley nos remita a una normativa del siglo XIX para atender al procedimiento que se debe seguir en caso de destrucción de los libros del Registro[23].

Se abrirá un libro para cada término municipal que en todo o en parte esté enclavado en el territorio de un Registro. Sin embargo, la DGRN podrá acordar, por razones de conveniencia pública, que un término municipal se divida en dos o más secciones y que se abra un libro de inscripciones para cada una de ellas.

Por otra parte, el asiento registral es, según ROCA SASTRE, la constatación de un título, acto, hecho o circunstancia en los libros del Registro para que surtan los efectos de la publicidad registral inmobiliaria procedentes[24]. Para la práctica de los asientos, el Derecho inmobiliario registral español sigue el sistema llamado de inscripción, consistente en llevar al asiento un extracto del contenido del título presentado en el Registro, expresivo de sus datos y circunstancias fundamentales, siempre que tengan interés para la publicidad jurídico-real. En este sentido, el artículo 41 RH señala que «en los libros de los Registros de la Propiedad se practicarán las siguientes clases de asientos o inscripciones: asientos de presentación, inscripciones propiamente dichas, extensas o concisas, principales o de referencia; anotaciones preventivas, cancelaciones y notas marginales».

## 2. El Registro de la Propiedad como sistema de publicidad

Como es sabido, una de las notas esenciales del Registro de la Propiedad es su publicidad. Así, el artículo 221 de la LH, reproducido por el artículo 607 del Código Civil, dispone que «Los Registros serán públicos para quienes tengan interés conocido en averiguar el estado de los inmuebles o derechos reales inscritos». Otra de las principales novedades de la transformación digital de esta institución es que la publicidad es ahora gráfica también, como uno de los efectos de la inscripción de la representación gráfica georreferenciada de la finca registral.

La publicidad registral inmobiliaria está destinada a dar a conocer la situación jurídica de los bienes inmuebles mediante su inscripción en libros oficiales, practicada siguiendo el procedimiento legalmente establecido. Esta configuración como sistema de publicidad está dirigida a la consecución del fin último del Registro de la Propiedad, la protección del tráfico jurídico. En este sentido, sin una publicidad que garantice la titularidad del vendedor, el

adquirente de un bien inmueble nunca podría estar seguro de que nadie ha de perturbarle en el goce de su propiedad. Así, se trata de una publicidad de naturaleza jurídica, que produce dos efectos principales: eficacia probatoria y eficacia legitimadora.

A mayor abundamiento, la expresión publicidad no significa propaganda o difusión, sino posibilidad de conocer. Es decir, no se trata de procurar que las situaciones jurídicas inmobiliarias lleguen a conocimiento de todos, sino de que aquellos que tengan interés en conocerlas dispongan de los medios para ello. Por otra parte, desde un punto de vista constitucional, se ha dicho que el Registro de la Propiedad es una «fuente de información» y, en cuanto tal, el registrador ha de facilitar el libre acceso de los particulares a quienes les asiste el derecho a «recibir libremente información veraz», derecho fundamental, como es sabido, que se encuentra proclamado por el artículo 20.1 d) de nuestra Constitución[25]. No obstante, este derecho habrá de ser cotejado con el derecho a la intimidad personal, teniendo en cuenta al efecto la reciente Ley Orgánica 3/2018, de 6 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales[26].

Por tanto, a pesar de que el Registro de la Propiedad tenga carácter público, se exige la existencia de interés legítimo en aquellos que deseen consultar su contenido. Así, el artículo 222 LH determina que dicho interés legítimo será apreciado en todo caso por el registrador, al señalar que «los registradores pondrán de manifiesto los libros del Registro en la parte necesaria a las personas que, a su juicio, tengan interés en consultarlos, sin sacar los libros de la oficina, y con las precauciones convenientes para asegurar su conservación»[27]. A tal efecto, existen una serie de presunciones de interés legítimo en la autoridad, empleado o funcionario público que actúe por razón de su cargo (art. 221 LH); y en aquellas personas o entidades que desempeñen una actividad profesional o empresarial relacionada con el tráfico jurídico de bienes inmuebles, siempre que expresen la causa de la consulta y esta sea acorde con la finalidad del Registro (art. 332 RH).

En este sentido, en cuanto a la acreditación del interés legítimo, la DGRN tiene declarado, conforme a lo dispuesto en los artículos 221 y 222 de la LH y 332 de su Reglamento que, aun partiendo del principio general de publicidad, el contenido del Registro solo se ha de poner de manifiesto a quienes tengan interés en conocer el estado de los bienes o derechos inscritos, y que dicho interés se ha de justificar ante el registrador, que es a quien corresponde apreciar la legitimación del solicitante de la información[28]. Este interés ha de ser conocido (en el sentido de acreditado o justificado, salvo en los casos de las autoridades, empleados o funcionarios públicos que actúen en razón de su oficio o cargo, en cuyo caso el artículo 221.2 presume dicho interés), directo (en caso contrario se ha de acreditar debidamente el encargo, sin perjuicio de la dispensa prevista en el número 3 del art. 332 del RH)

y legítimo (art. 332.3 del RH). Este concepto de «interés legítimo» es más amplio que el de «interés directo», de forma que alcanza a cualquier tipo de interés lícito. En este sentido, la STS de 24 de febrero de 2000[29] aclaró que dicha exigencia reglamentaria de interés legítimo «aparece amparada por el artículo 222.7 de la LH que se refiere expresamente a los «fines lícitos» que se proponga quien solicite la información registral, fines lícitos que implican un interés legítimo en cuanto no contrario a Derecho».

Por otra parte, la resolución de la DGRN de 26 de febrero de 2013[30] señala que desde el punto de vista del objeto y extensión de la publicidad, el interés expresado no es cualquier interés (pues entonces la prueba la constituiría la mera solicitud), sino un interés patrimonial, es decir, que el que solicita la información tiene o espera tener una relación patrimonial para la cual el conocimiento que requiere resulta relevante. En este sentido, la obligación del registrador al tratamiento profesional de la publicidad formal excluye la manifestación de los datos carentes de transcendencia jurídica. Y, por otro lado, la publicidad formal ha de expresar fielmente los datos contenidos en los asientos registrales, pero sin extenderse a más de lo que sea necesario para satisfacer el legítimo interés del solicitante.

Tal interés legítimo ha de probarse a satisfacción del registrador, de acuerdo con el sentido y función de la institución registral. Todo ello supone que el fedatario público debe calificar, no solo si procede o no expedir la información o publicidad formal respecto de la finca o derecho que se solicita, sino también qué datos y circunstancias de los incluidos en el folio registral correspondiente puede incluir o debe excluir de dicha información, pues cabe perfectamente que puedan proporcionarse ciertos datos registrales y no otros relativos a una misma finca o entidad. Y en este punto recordamos, por un lado, que el artículo 4 de la Instrucción DGRN de 17 de febrero de 1998[31] dispone que «La solicitud de información sobre datos personales sin relevancia patrimonial se realizará con expresión del interés perseguido, que ha de ser conforme con la finalidad del Registro» y, por otro, que el artículo 14 de la Instrucción DGRN de 29 de octubre de 1996[32] obliga al registrador a excluir de la publicidad registral la manifestación de los datos carentes de transcendencia jurídica, los cuales solo pueden ser cedidos con el consentimiento de su titular. Esta garantía es exigida por el necesario respeto de los derechos derivados de la legislación sobre protección de datos.

En conclusión, todo lo dicho no significa que el registrador pueda discrecionalmente manifestar el contenido de los asientos registrales, sino que queda bajo su responsabilidad la publicidad del contenido de los asientos. De esta manera, la publicidad del Registro no puede extenderse a los datos sin relevancia patrimonial ajenos a la finalidad institucional del Registro, ni a los datos carentes de relevancia jurídica obrantes en los historiales registrales, los cuales solo pueden ser cedidos con el consentimiento de su titular[33].

En cuanto a los medios que tienen a su disposición los particulares para obtener dicha información registral, podemos señalar dos vías. Por una parte, la solicitud de una nota simple informativa (art. 222 LH). Nota que tiene valor meramente informativo, sin dar fe del contenido de los asientos; y que deberá contener la identificación de la finca, la identidad del titular o titulares de derechos inscritos sobre la misma y la extensión, naturaleza y limitaciones de estos y las prohibiciones o restricciones que afecten a los titulares o a los derechos inscritos. Y, por otra parte, la solicitud de una certificación registral (art. 335 LH), que sí tiene eficacia de documento público y da fe del contenido de los asientos. En este caso, respecto al valor de la certificación, el artículo 225 LH señala que «La libertad o gravamen de los bienes inmuebles o derechos reales solo podrá acreditarse en perjuicio de tercero por certificación del Registro». Las certificaciones de asientos de toda clase relativas a bienes determinados comprenderán todas las inscripciones vigentes de propiedad verificadas en el período respectivo y todas las inscripciones y notas marginales de derechos reales impuestos sobre los mismos bienes en dicho período que no estén canceladas. Por último, el reformado artículo 10 LH (apartado 4) señala que en toda publicidad registral constará la referencia catastral y si está o no coordinada gráficamente con el Catastro a una fecha determinada.

## 3. La finca registral y el último (¿y definitivo?) intento de coordinación entre Registro de la Propiedad y Catastro tras la reforma de la Ley 13/2015

Teniendo en cuenta que el Registro de la Propiedad pretende publicar la historia jurídica de los bienes inmuebles, y siendo estos el pilar sobre el que se apoyan los derechos reales, podemos afirmar que la realidad jurídica primaria del sistema registral es la finca, cuya historia se publica en el Registro[34]. Así, nuestro sistema inmobiliario registral adopta el criterio de llevar el Registro por fincas, señalando el artículo 243 LH que «El Registro de la Propiedad se llevará abriendo uno particular a cada finca en el libro correspondiente», con lo que la finca es el eje en torno al cual gira aquella institución.

Es la unidad básica del sistema, por lo que es lógico que deba ser susceptible de una perfecta identificación. Y ello, con un doble propósito. Por una parte, evitar la confusión con otras fincas inscritas; y por otra, conseguir una perfecta correlación entre la realidad física o extrarregistral y la realidad registral.

Hay que precisar, llegados a este punto, que en nuestro sistema registral las fincas no están previamente inscritas y delimitadas a la espera de que

se inscriban sobre ellas las titularidades jurídicas, es decir, no constituyen un tablero de juego predefinido sobre el que los futuros jugadores podrán ocupar una o varias casillas predeterminadas; ocurre exactamente al revés. Son los interesados los que se van sumando voluntariamente al juego (pues la inscripción, como regla general, es potestativa), los que, a medida que lo hacen, como requisito de admisión, han de identificar la finca concreta sobre la que recae su dominio, y solo entonces esa finca se incorpora al tablero de juego a través de la primera inscripción del dominio, que llamamos inmatriculación.

La base gráfica inscrita de una finca en el Registro de la Propiedad no es un simple dato descriptivo; es lo que jurídicamente delimita, define y distingue la extensión objetiva del derecho subjetivo que se califica, se inscribe, se publica, y por todo ello, se protege legalmente. Así, si el Registro inscribe y proclama el dominio sobre los bienes inmuebles, está proclamando *quién es dueño* y *de qué es dueño.* Y por tanto, la misma protección legal derivada del principio de legitimación (art. 38 LH) y del de fe pública registral (art. 34 LH) se confiere al pronunciamiento formal sobre *quién* es dueño, como al de *de qué* es dueño[35]. De ahí la extraordinaria importancia de la inscripción registral de la base gráfica de las fincas.

Pero lo cierto es, tal y como expone DELGADO RAMOS[36], que cuando el Registro de la Propiedad fue brillantemente concebido y alumbrado en nuestro país en el siglo XIX, no se contaba con medios ni técnicas cartográficas lo suficientemente precisas, generalizadas y económicas como para imponer la obligatoriedad de aportar un plano identificativo de cada finca que se pretenda inmatricular sin correr el riesgo de condenar al fracaso el propósito principal: dar publicidad y seguridad a las titularidades inmobiliarias y con ello fomentar el tráfico y la prosperidad económica. De ahí que, durante más de un siglo desde su nacimiento, la identificación registral de las fincas hubo de quedar confiada a su descripción literaria*,* hecha por el propietario, expresiva del paraje de situación o nombre y número de calle, el nombre de los propietarios colindantes y, a partir de cierto momento, también su superficie.

Sin embargo, hoy día, las modernas técnicas topográficas, cartográficas e informáticas permiten identificar las fincas con precisión. Con este objetivo, por una parte, el legislador español fomenta, e incluso exige en ocasiones, la aportación de las bases gráficas de las fincas para su inscripción. Y, por su parte, los registradores han implantado en cada Registro de España un programa informático, llamado Geobase, que ofrece la representación fotográfica y topográfica de todo el territorio de cada registro de la propiedad. En este sentido, podríamos decir que el Registro de la Propiedad, además de ser una institución jurídica encargada de proteger y publicar oficialmente las titularidades inmobiliarias, se ha convertido además en una

oficina de información territorial, pues permite recibir, procesar, integrar y divulgar toda la información territorial imaginable (por ejemplo, de carácter urbanístico o medioambiental, o de delimitación del dominio público, etc.).

No obstante, esta delimitación geográfica de las fincas registrales es, generalmente, potestativa, y además se permitían bases gráficas no georreferenciadas. Así, a partir de la reforma de 2015 la inscripción de la representación gráfica tiene carácter potestativo generalmente, salvo casos excepcionales, para el titular del dominio o de cualquier derecho real que se inscriba, lo que supone completar la descripción literaria de la finca que se hacía hasta entonces acreditando su ubicación y delimitación gráfica, es decir, linderos y superficie. Y ello puede hacerse a través de una certificación catastral (art. 199.1 LH) o bien, de una representación gráfica alternativa (art. 199.2 LH).

La necesidad de coordinar el Registro de la Propiedad y el Catastro Inmobiliario es algo que ha parecido evidente desde que el Registro adoptara el sistema de folio real y se estableciera un Registro público de fincas. Ambas son instituciones de naturaleza y competencias diferenciadas que, no obstante, recaen sobre un mismo ámbito: la realidad inmobiliaria[37]. Mientras el Catastro trata fundamentalmente de reflejar fielmente la realidad territorial de la propiedad inmobiliaria mediante la localización de las fincas en el espacio, la descripción de sus características físicas y su valoración, con una finalidad original y fundamentalmente fiscal; el Registro, en cambio, está destinado a salvaguardar la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario mediante la publicidad de los actos de constitución, modificación y extinción de la propiedad y demás derechos reales sobre las fincas[38].

Cuando se produjo la implantación en España del Registro de la Propiedad en el siglo XIX, no existía en nuestro país un Catastro Topográfico Parcelario, realizado mediante el deslinde, amojonamiento y levantamiento topográfico de las fincas. Por ello, se adoptó un sistema en el cual cada propietario procedía a su descripción cada vez que accedía por primera vez una finca al Registro con la inscripción de los títulos de adquisición, lo que originó que la delimitación física declarada de las fincas que se inscribían en el Registro no se describiera con precisión, ni con base en planos topográficos técnicamente fiables que determinaran de una manera inequívoca la ubicación, superficie y linderos de las fincas registrales. Pero pronto se puso de manifiesto la necesidad de describir las fincas registrales con mayor precisión técnica, para dotar al tráfico inmobiliario no solo de la seguridad en los derechos inscritos, sino también en el objeto de esos derechos[39].

A lo largo del siglo pasado, el Instituto Geográfico Nacional (IGN) realizó trabajos de implantación de un Catastro topográfico parcelario y comenzaron los intentos (existentes desde el nacimiento de esta institución) por coordinar Registro y Catastro a través de sucesivas normas que, a pesar

de configurarse como hitos históricos del panorama legislativo en la materia, no tuvieron el éxito deseado[40]; y ello porque, entre otros muchos motivos, el Catastro Inmobiliario realizó desde su creación dichos trabajos prescindiendo de la titularidad registral. Así, sin conexión entre ambas instituciones para el intercambio bilateral de información, la pretendida coordinación no había sido posible, quedándose en meras declaraciones de intenciones frustradas por parte del legislador español.

Si bien desde la anterior reforma, en 2004, el Registro ya remitía datos de relevancia al Catastro, hasta la fecha no existía una conexión que posibilitase un intercambio bidireccional de información que hiciese efectiva la coordinación entre ambas instituciones[41]. No obstante, las posibilidades tecnológicas actuales ofrecen un nuevo panorama que posibilita oportunidades reales de coordinación e interoperabilidad entre Registro y Catastro. Además, la reforma de 2015 no solo ha supuesto un hito para la simplificación administrativa, sino que ha aportado seguridad jurídica al panorama de la realidad inmobiliaria de nuestro país y, por ende, valor añadido a la propiedad inmobiliaria. En este sentido, por tanto, la finalidad de la Ley 13/2015 ha sido conseguir la coordinación entre el Catastro y el Registro, con los modernos sistemas informáticos hoy disponibles, a través de un 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.

Sin pretensiones de realizar un análisis exhaustivo de las modificaciones operadas por la reforma, mencionamos los principales aspectos de la misma; que esencialmente ha incidido en todo aquello que afecta a la realidad física de las fincas (descripción, inmatriculación, deslindes y rectificaciones de cabida) así como en la desjudicialización de los procedimientos. Así, reza la Exposición de Motivos de dicha norma que «la finalidad de esta Ley 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».

El pilar fundamental de la reforma normativa operada por la Ley 13/2015 se sustenta, por tanto, en la incorporación gráfica georeferenciada de las fincas registrales, utilizando para ello como base la cartografía catastral. Así, se persigue otorgar mayor seguridad a los datos de ubicación, delimitación y superficie de las fincas registrales que son objeto del tráfico

jurídico inmobiliario. Ello obliga a un mayor grado de comunicación entre ambas instituciones, por lo que se han sentado canales de remisión recíproca de datos para hacer efectiva la implantación de la base gráfica catastral en el Registro de la Propiedad[42].

En otro sentido, el artículo 10 de la Ley Hipotecaria sienta una importante novedad: la extensión del principio de legitimación registral (art. 38.1 de la Ley Hipotecaria) a la ubicación y delimitación geográfica expresadas en la inscripción caso de constar la coordinación con la base gráfica catastral o base alternativa aportadas en los términos que propone el propio precepto. Queda pues consagrada una presunción *iuris tamtum* de exactitud que con anterioridad solo se reconocía a los datos de titularidad jurídica y contenido de los derechos inscritos. La previsión de este efecto no es extraña al desenvolvimiento de los principios hipotecarios inspiradores de nuestro sistema registral, toda vez que el acceso de la representación gráfica está sujeto a auténtica calificación registral *ex* artículo 199 en su nueva redacción.

Por otra parte, la importancia del uso de las bases gráficas, del que tratábamos anteriormente y que ya se había implementado en el artículo 9.1 de la Ley Hipotecaria en la redacción dada por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, sufre una profunda modificación. Como adelantábamos, la delimitación geográfica de las fincas registrales era, generalmente, solo potestativa y además se permitían bases gráficas no georreferenciadas. Pues bien, desde el 1 de noviembre de 2015, fecha coincidente con la entrada en vigor de la reforma legal, la descripción de las fincas en el Registro de la Propiedad puede venir acompañada de la representación gráfica georreferenciada de la parcela, de acuerdo con la información que suministrará el Catastro, basada en el formato europeo INSPIRE de parcela catastral[43]. Con ello se permite identificar sobre plano la situación, forma y superficie de la finca registral, superándose la situación anterior en que la mayoría de las fincas registrales se describían únicamente de manera literal. Así, el ciudadano puede solicitar voluntariamente la incorporación en el Registro de la representación gráfica catastral tanto con ocasión, por ejemplo, de una compraventa, como en cualquier otro momento, sin necesidad de esperar a la inscripción de un nuevo acto. Será, en cambio, necesaria la representación gráfica para realizar la inscripción de operaciones que supongan una reordenación de los terrenos, tales como segregaciones, agrupaciones o reparcelaciones, así como en la inmatriculación de fincas.

Por tanto, tras la reforma deviene obligatorio para los casos señalados, admitiéndose con carácter potestativo fuera de los mismos (lo que no deja de resulta paradójico, siendo una ley que pretende acabar con la habitual indefinición geográfica de las fincas…). No obstante, no es admisible cualquier base, solamente aquella debidamente georreferenciada; y ello con

independencia del origen catastral o no de la base gráfica, pues según los casos se podrán admitir las ajenas al Catastro, lo que, en última instancia, también repercutirá negativamente al objetivo de coordinación entre las instituciones… Sin embargo, el régimen de comunicación pretende conseguir, cumplidos los requisitos sectoriales, conseguir que el dato registral, el dato gráfico y, finalmente, el dato catastral físico estén plenamente coordinados[44].

En conclusión, esta coordinación es clave para incrementar la seguridad jurídica en el tráfico inmobiliario ya que, una vez incorporada la información catastral, se presumirán ciertos a todos los efectos legales los datos de delimitación, ubicación y superficie de la representación gráfica de la parcela inscrita. A efectos prácticos, por otra parte, en la publicidad que otorgue el Registro de la Propiedad ya se indica si la finca está coordinada con el Catastro y en qué fecha.

## III. LA *BLOCKCHAIN:* APROXIMACIÓN A SU FUNDAMENTO Y APLICACIONES CONTRACTUALES

### 1. Cuestiones preliminares: fundamento y origen tecnológico

*Blockchain* es un término en lengua inglesa que se traduce como «cadena de bloques». El origen de esta tecnología está íntimamente relacionado con el nacimiento de la moneda digital «Bitcoin», creada en el año 2008 por el conocido como «Nakamoto», ya que esta criptomoneda (la más conocida, al menos entre los profanos en la materia) supone la primera aplicación práctica de dicha tecnología[45]. Así pues, *Blockchain* es un procedimiento informático (protocolo), inicialmente concebido para soportar las criptomonedas y que suscita un creciente interés en la comunidad jurídica[46].

Como sabemos, en el dinero normal existen transacciones digitales, pero necesitan de un tercero que dé fe de la validez de la transacción; los bancos. Se afirma que con la puesta en marcha de la red *Blockchain* se creó una moneda digital cuyas transacciones prescinden del aval de un Banco Central, y su lugar es ocupado por una gran cantidad de actores. Según ALEX PREUKSCHAT[47] gracias a esta tecnología, que ha llegado para quedarse y definir el mundo digital del futuro, el actual «Internet de la información» alcanzará un nuevo paso evolutivo, identificado como «Internet del valor» (como una nueva herramienta que sirve para compartir y gestionar el valor de activos o bienes digitales sin la necesidad de depender de una entidad central de confianza que centralice el proceso). Y es que nos encontramos apenas inmersos en la vorágine disruptiva que conlleva esta tecnología y que, sin estar desarrollada ni explicada suficientemente aún, e iniciándonos en la adaptación de los parámetros legales clásicos a la inteligencia artificial,

nos compele a reestructurar digitalmente nuestras instituciones jurídicas tradicionales[48].

Una definición sencilla y clara de la cadena de bloques la da ese mismo autor al señalar que: «una base de datos que se halla distribuida entre diferentes participantes, protegida criptográficamente y organizada en bloques de transacciones relacionados entre sí matemáticamente»; o expresado más concisamente, «una base de datos descentralizada que no puede ser alterada»[49]. Por lo que presentaría las siguientes características[50]: consenso (para que la información contenida en un bloque sea considerada válida todos los participantes deben estar de acuerdo); origen, (todos los *nodos*[51] pueden verificar el momento en que un determinado archivo se ha registrado en la cadena de bloques, quién fue su primer titular y todos los ulteriores cambios de titularidad producidos hasta el presente); inmutabilidad (ningún participante en la cadena de bloques puede manipular la información, una vez haya sido registrada). De esta última característica podemos extraer, precisamente, la seguridad jurídica que atesora dicha tecnología. Este nuevo entorno tecnológico tiene un potencial extraordinario y una capacidad de desarrollo y expansión aún sin límites conocidos, que está propiciando el nacimiento de nuevas formas de optimizar nuestras relaciones y de ahorrar costes administrativos.

En la cadena de bloques todo funciona de un modo permanente y seguro, como si fuera un gran archivo central. Con este sistema, cada bloque refuerza la verificación de la información contenida en el bloque anterior y, por ende, de toda la cadena de bloques[52]. Los asientos que se realizan en esa base de datos son permanentes, transparentes, y se pueden buscar, lo cual hace posible que los miembros de la comunidad vean las historias de la transacción; de manera que cada actualización sería un nuevo «bloque» adicionado al final de la «cadena». Así pues, tal y como lo explica BUSTOS PRETEL[53], la *Blockchain* sería una especie de gran base de datos, donde quedan registradas operaciones de intercambio de información entre dos o más partes, a modo de único libro contable, pues genera una fuente de verdad única para todas las personas conectadas.

Esta tecnología disruptiva permite, por tanto, transacciones que no se pueden manipular porque se registran en bloques que se van encadenando de modo descentralizado. La primera consecuencia de esta dinámica es la desaparición de la fuerza de coacción del Estado para obligar al cumplimiento de lo pactado. Pero, además, la Blockchain permite simplificar, en gran medida, pagos internacionales al crear un nuevo estándar de interoperabilidad entre entidades financieras, dando pie a ofrecer márgenes mucho más ajustados en los servicios (por ejemplo, préstamos), eliminándose de paso la necesidad de confianza entre las diferentes partes. En esencia, eso buscaría la cadena de bloques, aunque su estructura técnico-informática es

mucho más compleja: un registro distribuido resistente a la sincronización y sin necesidad de confianza entre los miembros que la conforman[54].

En consecuencia, la *Blockchain,* en palabras de VÁREZ BENEGAS[55], está dando lugar a un nuevo patrón económico basado en la descentralización de la confianza, donde todos podremos intercambiar bienes y servicios sin necesidad de terceros. Nuevos retos jurídicos y económicos que se nos plantean, y que conllevan incertidumbres legales a las que deberemos enfrentarnos, porque lógicamente, todas estas aplicaciones (tanto en el ámbito público como en el estrictamente privado, como la contratación por ejemplo) deberán sustentarse en la seguridad informática y jurídica que se irá articulando con el paso del tiempo.

## 2. Aplicación en los *smart contracts*

Uno de los ejemplos más significativos que permiten conocer el funcionamiento de la *Blockchain* es la figura denominada como *«smart contracts»,* fruto de un desarrollo tecnológico sin límites que impulsa actualmente el Derecho de la contratación. En una primera aproximación al concepto de *smart contract* (normalmente definido como «contrato inteligente») nos encontramos con una polémica respecto a su naturaleza contractual.

En principio, una definición de la figura podría ser el contrato que, mediante un software específico y con respaldo de la *Blockchain,* de cara a garantizar la inalterabilidad del mismo, liga el acuerdo, es decir, la lógica de la actividad o el dinero a una determinada acción[56]. O bien, definido de forma más sencilla, «un contrato inteligente que viene redactado y programado al mismo tiempo y una vez nacido es capaz de ejecutarse de forma autónoma, generando los efectos finales para los que ha sido creado»[57]. Contratos inteligentes vendría a significar autoejecutables, esto es, que se ejecutan mediante una secuencia de acciones condicionadas. Así, la finalización de una acción habilita automáticamente la siguiente, de manera que desaparecería la intervención humana en el cumplimiento del compromiso contraído. Por tanto, el factor de autoejecución que caracteriza a estos contratos aporta una seguridad jurídica en la eficacia del cumplimiento de los mismos que no es posible equiparar a mecanismos contractuales tradicionales.

No obstante, y siguiendo la opinión de TUR FAÚNDEZ[58], para abordar la definición jurídica de los *smart contracts*, habría que distinguir entre dos acepciones de este término, una en sentido estricto y otra en un sentido más amplio. Distinguiéndose así entre los *smart contracts*, como simples programas informáticos, sin vocación ni auténtica naturaleza contractual, y los *«smart legal contracts»,* como verdaderos contratos legales inteligentes

y autoejecutables. De manera que el *smart contract* no sería sino el mero sustento tecnológico que requiere el posterior desarrollo y ejecución del auténtico contrato legal.

Así pues, en sentido estricto, el *smart contract* no podría calificarse de auténtico contrato, sino que sería un programa informático, una secuencia de códigos y datos que se almacena en una dirección de una concreta cadena de bloques, el *software* que subyace en el verdadero contrato electrónico. Es decir, la relevancia jurídica de esta figura se limitaría a su configuración como instrumento para desarrollar la ejecución automática de las prestaciones de un contrato electrónico. Es, por tanto, el «*smart legal contract*» el contrato en sentido propio, con eficacia obligacional entre las partes, de cuya estructura informática y formal es parte el *smart contract* y con la particularidad de que es autoejecutable gracias a la tecnología de este último. Es decir, que la característica que los define, ser autoejecutables, supone que las prestaciones a realizar por las partes contratantes, una vez otorgado el consentimiento, quedan fuera de su alcance volitivo dado que es el propio programa (*smart contract*) el que, de forma autónoma, las llevaría a cabo automáticamente.

Por tanto, tras defender que los que nos hemos sumado a llamar «contratos legales inteligentes» en realidad tienen poca inteligencia (serían más bien «obedientes»), debemos ser conscientes de que estos contratos deben permitir acreditar una serie de *ítems* esenciales, para evitar sobre todo supuestos de ineficacia de los mismos, tales como: la identidad de las partes participantes y sus atributos, su suficiente capacidad contractual, así como la integridad de los registros de la transacción. Con carácter previo, podríamos solventar los problemas de identificación de las partes con mecanismos eficaces de comprobación que nos lo permitan, tal sencillos como el DNI electrónico o la firma digital, a pesar de que estos mecanismos no nos permitan comprobar su completa capacidad de obrar.

Efectivamente, tal y como señala GALLEGO FERNÁNDEZ[59], no basta con que las partes suscriban un contrato, es necesario verificar que no concurren ninguno de los supuestos que puedan determinar su nulidad o ineficacia. Así, entre otros extremos, habrá de determinarse, no solo que se ha prestado el consentimiento, que quienes lo han prestado son quienes dicen ser, que lo han hecho libremente, que no tienen su capacidad modificada judicialmente ni tienen sus facultades de disposición limitadas, que en el momento de dicha prestación los otorgantes estaban en pleno uso de sus facultades y, en caso de que se actúe por medio de un representante, que este cuente realmente con dicho poder de representación y que las facultades que se le han delegado son suficientes para llevar a cabo el negocio jurídico a que se refiere el contrato suscrito, etc.; sino también que las diferentes circunstancias que conforman dicho negocio se ajustan a la legalidad y no

afectan a los derechos preexistentes de terceros. Ninguna de estas cuestiones se resuelve mediante las cadenas de bloques.

En este sentido, podría crearse un sistema de validación para una efectiva identificación digital, que funcionara identificando concretamente al usuario de *Blockchain* y, por tanto, quien haga uso de esa tecnología, tendría la obligación de comunicarlo a un organismo previamente constituido y destinado a tal finalidad. Dicho organismo se encargaría de crear una red segura, en la cual cada usuario de *Blockchain* sería identificado tanto respecto a sus datos personales como respecto a la aplicación y destino que dará a la tecnología. Teniendo en cuenta que esa institución tendría que velar, obviamente, por el cumplimiento de la normativa en materia de protección de datos personales.

Mucho más complicado va a resultar hacer frente al resto de incertidumbres legales que plantean los *smart contracts*, entre otras: la verificación de los problemas respecto a la posible ineficacia por causas de nulidad o anulabilidad del contrato y, sobre todo, la retroacción de los efectos del mismo que la nulidad conllevaría (dada la inmutabilidad de los datos almacenados en la cadena de bloques); además de, como acabamos de mencionar, las cuestiones que surgen respecto a la normativa de protección de datos de carácter personal. De estas dos cuestiones, la posibilidad de editar la *Blockchain* y los conflictos que puede plantear su aplicación en el ámbito registral, sobre todo en materia de protección de datos personales, nos ocuparemos a continuación.

## IV. IMPLICACIONES DE LA *BLOKCHAIN* EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD ACTUAL

### 1. La *Blockchain* en los registros de derechos

Otra clara aplicación de esta tecnología, ya en lo que nos interesa por el objeto del presente estudio, es en el ámbito notarial y en los registros, tanto públicos como privados, que gracias a la *Blockchain* pueden ser descentralizados. Los registros digitales de distinto tipo constituyen un claro uso de la tecnología *Blockchain,* actuando como mecanismo de almacenamiento y custodia de los registros, haciendo imposible cualquier alteración y simplificando el proceso de registro. Y es que, como hemos señalado, una cadena de bloques es, esencialmente, un registro, un libro mayor de acontecimientos digitales que está «distribuido» o es compartido entre muchas partes diferentes. Solo puede ser actualizado a partir del consenso de la mayoría de los participantes del sistema y, una vez introducida la información, en principio, nunca podría ser borrada[60].

En países como Francia o Estados Unidos los registros de documentos se limitan a certificar la fecha y la hora en que el documento entra en el Registro, y conservar lo que se denomina «cadena» de títulos de propiedad. Sin embargo, incluso en estos casos, la fecha de entrada en el Registro ya puede constituir una prueba de prioridad en caso de disputa respecto a la propiedad, y por tanto, podría determinar quién tiene un derecho real *erga omnes*, y quién goza solo de una pretensión obligacional. Es por tanto comprensible que, por ejemplo, el Informe sobre el proyecto piloto llevado a cabo en la ciudad norteamericana de Chicago, afirme que la *Blockchain* puede ser utilizada para la contratación privada y la presentación al Registro solo dentro del actual marco legal, según el cual «(…) el registro del Condado es el único registro oficial», muy lejos de las soluciones PP (persona a persona), sin intervención alguna de terceros independientes[61]. Otro ejemplo, el estado de Vermont (Estados Unidos) está lanzando un proyecto piloto de cadena de bloques dirigido a la industria cautiva de seguros, que examinará el potencial de la tecnología en el mantenimiento de archivos digitales, el registro y los procesos de regulación. El programa de prueba le dará a las aseguradoras cautivas del Estado una opción para registrar y reportar documentos aplicando tecnología *Blockchain* de uso privado (el gobierno del estado actualmente mantiene copias impresas y digitales de los documentos archivados); con el objetivo de crear un registro «transparente y verificado» de las transacciones a través de *Blockchain,* además de reducir los costos en relación con los métodos tradicionales de mantenimiento de registros[62].

Aun cuando en algunos ordenamientos jurídicos de otras partes del mundo, como vemos, ya se hayan introducido referencias a las cadenas de bloques, en la realidad jurídica española no existe ninguna mención a ellas a nivel legal, salvo alguna referencia aislada de ámbito autonómico, como el Acuerdo de Gobierno 65/2018, de 24 de julio, por el que se impulsa la implementación de la tecnología *Blockchain* en la actividad de las administraciones públicas catalanas[63].

No podemos obviar que el impacto de la *Blockchain* será diferente según el tipo de Registro de que se trate. De este modo, resultará más fácil que un Registro de documentos sobre inmuebles pueda ser reemplazado por un sistema automático que ponga fecha a los contratos, garantice la inalterabilidad de su contenido y asegure así, su publicidad, que en el caso de un Registro de derechos como el nuestro; no obstante, también en este tipo de registros documentales deberán darse ciertas condiciones. Así, sería absolutamente necesario que las leyes estableciesen reglas sobre su valor probatorio, debiendo asegurar que la *Blockchain* fuese considerada por los jueces como prueba de prioridad de los derechos reales; y además, deberían arbitrarse mecanismos seguros para inscribir los bienes en la *Blockchain*[64].

En comparación con los registros de documentos sobre inmuebles, los registros de derechos de propiedad como el existente en España o Alemania creemos que se verán menos afectados por la extensión de la *Blockchain.* El motivo es que el examen de los contratos que se presentan para su registro no puede llevarse a cabo fácilmente por un sistema automático. Fundamentalmente, en el caso de bienes como los inmuebles, que tienen una larga vida y un elevado valor individual, de modo que es eficiente definir múltiples derechos reales sobre cada activo.

En esta línea, las dificultades a las que ya hemos visto que se enfrentan los mal llamados contratos inteligentes *(smart contracts),* y ello pese a permanecer en el ámbito de los derechos puramente obligacionales, se multiplicarían si tratáramos de determinar quién es el titular de un derecho real, que es lo que define una inscripción registral. Es obvio, por tanto, que los proyectos pioneros de *Blockchain* apenas estén afectando a los Registros de la Propiedad. La mayoría se limitan, en cambio, a utilizar esta técnica como mera copia encriptada de seguridad pero, en una primera aproximación a su aplicación, podrían ir más allá valiéndose de esta tecnología para mejorar la base de datos que contiene. Para ello, habrá que conjugar los principios de funcionamiento de nuestro Registro con los sistemas de cadenas de bloques, que entran en conflicto en materias como la privacidad y la protección de datos personales. No olvidemos que los registradores están obligados al cumplimiento de dicha normativa por el artículo 222.6 de la LH («Los registradores, al calificar el contenido de los asientos registrales, informarán y velarán por el cumplimiento de las normas aplicables sobre la protección de datos de carácter personal»).

Llegados a este punto, y de cara a abordar a problemática expuesta, es necesario diferenciar dos modalidades de la tecnología *Blockchain*[65]: a) las cadenas de bloques privadas o autorizadas, que trabajan bajo el control de un grupo limitado (como puede ser el supuesto de *Blockchain Ripple,* que está diseñado para facilitar los pagos entre los proveedores de servicios financieros), y que se utilizarían como un mecanismo para proporcionar seguridad de carácter técnico a los asientos registrales; y las públicas y autogestionadas, que realmente no están bajo el control de nadie (como las redes Bitcoin o Ethereum), en las que se almacenarían los contratos inteligentes enviados por los otorgantes, una vez suscritos, y mediante los que se llevaría a cabo la constitución y transmisión de derechos reales sobre bienes inmuebles.

Efectivamente, la identificación de los titulares de los derechos inscritos en un sistema de cadenas de bloques chocaría con las previsiones legales en materia de protección de datos personales, pues aunque los registros son un sistema de publicidad y transparencia, ello no quiere decir que toda la información que quede recogida en un asiento registral pueda ser libremente

accesible por el público. Y al contrario, en la Blockchain a los usuarios únicamente se les identifica mediante su clave pública, sin que se registre ningún otro dato que permita conocer su identidad real pero toda la información almacenada en las cadenas es libremente accesible por cualquier persona, se refiera o no a transacciones por ella realizadas.

Esto no es conforme con el funcionamiento del Registro de Propiedad, que es precisamente un mecanismo de transparencia, de publicidad, que tiene por objeto, entre otros extremos, publicar las titularidades sobre los bienes y sobre los derechos y cargas constituidos sobre ellos, así como eliminar las cargas ocultas que les afecten y, todo eso, con el fin de dar confianza a los operadores económicos para, de esta forma, facilitar el crédito territorial y, en definitiva, contribuir a la seguridad económica del tráfico jurídico inmobiliario. Por otro lado, GALLEGO FERNÁNDEZ[66] aclara aquí que, además, con la identificación de los titulares de los derechos inscritos que caracteriza a nuestro sistema registral se facilita su transmisibilidad, ya que esta no puede quedar supeditada a que su titular conserve o no su clave privada o a que, por ejemplo, en caso de su fallecimiento, sus herederos tengan o no acceso a la misma. Todo ello se lleva a cabo en nuestro sistema velando por el cumplimiento de la normativa en materia de protección de datos personales puesto que, como hemos dicho, la identificación del titular no significa su exposición pública sin restricciones, como en principio se preveería en el sistema de cadena de bloques.

Así pues, una de las primeras consecuencias del uso de esta tecnología sería la dificultad para conjugarla con nuevos planteamientos jurídicos derivados de la defensa de derechos ligados a las nuevas tecnologías. Por ejemplo, el derecho al olvido, una de las principales novedades introducidas por el Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril de 2016, sobre protección de datos[67], en su artículo 17 (y plasmado en los artículos 93 y 94 de nuestra nueva Ley Orgánica 3/2018, de 6 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales) ya que, precisamente, una de las características de la *Blockchain* es la inmutabilidad de los datos, y por tanto, la imposibilidad de borrarlos; cualquier intento de alteración es detectado y evitado automáticamente por la propia red de ordenadores. Como hemos dicho, el tratamiento de datos se lleva a cabo por los mineros que indirectamente validan la información desconociendo su contenido; por lo que encontrar un dato concreto dentro de la infinidad de información que la cadena de bloques almacena requeriría de una información muy técnica y especializada. La eliminación de cualquier contenido digital chocaría así con las peculiaridades de la inmutabilidad de esta técnica.

No obstante lo anterior, se supone que es técnicamente posible reescribir los datos almacenados en una cadena de bloques, pero solo si la mayoría de los ordenadores de la red acuerdan crear una nueva bifurcación o versión

de la cadena de bloques que incluya los cambios, y luego continuar usando esa versión en lugar del original; lo que parece, cuanto menos, de gran complejidad técnica y poca operatividad en la práctica. Además, a nuestro juicio, esto podría llevarse a cabo en una cadena de bloques privada, pero en una cadena de bloques pública sería un suceso extremadamente raro. Al menos, con la tecnología que está diseñada actualmente, hay poco o ningún margen para corregir o eliminar fragmentos de información. Una *Blockchain* editable siempre sería, por tanto, del tipo privado, ya que trabajaría bajo el control de un grupo limitado, administradores o autoridades designados exclusivamente para ello, que se encargarían de crear, borrar o modificar los registros de las cadenas de bloques, cuando sea necesario.

Esta posibilidad de crear una cadena de bloques editable genera cierta controversia y detractores, puesto que la idea de introducir administradores atenta contra la esencia descentralizada de la *Blockchain,* donde los usuarios que registran los datos no precisan de intermediarios para hacerlo, así como contra su inmutabilidad. Además, colisionará con la transparencia y seguridad del sistema, ya que por mucha confianza que exista sobre esos posibles administradores, los mismos podrían suprimir o reescribir la cadena de bloques a favor o en perjuicio de un tercero, vulnerando la confianza prestada.

A pesar de ello, la creación de una *Blockchain* editable sería una alternativa totalmente válida, cuya materialización esta aún lejana pero que permitiría el ejercicio del derecho al olvido sin alterar su inmutabilidad. Y es que tecnología tendrá que adaptarse a la nueva normativa europea y nacional en materia de protección de datos pero por ahora, no existe ninguna iniciativa para solucionar estas controversia (la nueva LOPD de 2018 no menciona siquiera la *Blockchain),* por lo que tendremos que esperar algún tiempo todavía para ver cómo resulta este conflicto y cuál es la respuesta del legislador.

A mayor abundamiento, el momento de constante transformación digital que vivimos actualmente nos obliga a meditar sobre que la conservación y el archivo tal y como lo conocemos (tanto en papel como electrónico) tiene los días contados frente a esta tecnología. Y en este sentido, hay quién se pregunta[68], dado el profundo cambio de paradigma que ha supuesto la conservación de documentos en formato electrónico para la construcción de la Administración «sin papeles», en qué lugar quedan en el mundo de la tecnología *Blockchain* las dos razones esenciales para archivar documentos: seguridad jurídica y patrimonio documental. Y es que si consideramos que el documento electrónico está aún en su prehistoria, habrá que atender a cómo estas nuevas tecnologías (y las que estén por venir) lo transforman y determinan su futura naturaleza. La *Blockchain* es capaz de dotar al documento de su propia hoja de ruta, aportando un valor añadido a la

seguridad jurídica que le genera su incorporación a la base de datos del Registro de la Propiedad.

Por otra parte y respecto a la inclusión de documentos en la *Blockchain,* LEGERÉN[69] incide en que la incorporación de documentos no es una característica habitual de las cadenas de bloques, que almacena *hashes* y no documentos. De hecho, al menos las públicas (tal y como están configuradas hoy día) únicamente registran transacciones u operaciones contractuales, pero sin incluir los documentos que las justifican. El autor considera que el hecho de que actualmente no se incluyan de manera general no significa que no puedan hacerlo; ahora bien, que tal posibilidad, desde el punto de vista técnico, traería consigo que el tamaño de los bloques aumentase exponencialmente, con el consiguiente incremento de costes y la mayor complejidad para el minado. Y además, en caso de que los pudiesen incorporar nos encontramos con los problemas, ya mencionados en relación a los *smart contracts,* del control jurídico y la legalidad de los mismos.

Y es que la *Blockchain* de documentos no podría funcionar como la de monedas, que solo registra un traspaso de una unidad monetaria que legitima a su titular por la mera posesión y le permite disponer por el traspaso posesorio; la *Blockchain* de documentos no almacena el documento sino el *hash* de dicho documento, que permite su comprobación. Y tratándose de documentos que han de producir efectos jurídicos, no olvidemos que se almacenaría tanto el *hash* de un documento válido como el de un documento nulo de pleno derecho. Se nos vuelven a plantear aquí, por tanto, las incertidumbres legales en torno a la posible ineficacia por causas de nulidad o anulabilidad del contrato y, sobre todo, la retroacción de los efectos del mismo que la nulidad conllevaría. Así, los documentos efectivamente incluidos en ella podrían adolecer de causas de nulidad o anulabilidad, puesto que no existe una instancia encargada de velar por su adecuación al ordenamiento jurídico. Y no solo no existe esa figura sino que la previsión de una persona cualificada que tuviera tal función iría en contra de la finalidad y concepto original de la cadena de bloques, cuya naturaleza descentralizada demanda la inexistencia de un órgano o intermediario que controle o supervise.

## 2. Calificación insustituible del registrador frente a la tecnología *Blockchain*

Nuestro Registro de la Propiedad español, como registro de derechos que tiene por objeto la inscripción de los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles y cuyo principal fin es garantizar la seguridad jurídica del tráfico inmobiliario, tiene por objeto dar publicidad, eliminando así las asimetrías informativas, a los actos y contratos

civiles que acceden al mismo; pero rechazando, y por tanto evitando que gocen de publicidad registral, los actos anulables, ineficaces, incompletos, irregulares o claudicantes. Esta labor se lleva a cabo, como ya hemos visto en la primera parte genérica de este trabajo, a través del control de legalidad que los registradores realizan con independencia y bajo su responsabilidad personal y directa. Con ello se trata de evitar la posible litigiosidad futura sobre los derechos inscritos, para lo cual los registradores han de verificar la adecuación a la legalidad del negocio jurídico celebrado, así como su compatibilidad con otros derechos preexistentes. Este exhaustivo control de legalidad, por medio del cual el registrador ha de decidir si inscribe o rechaza una transacción jurídica, es indispensable, por tanto, para que el Registro pueda producir los efectos de protección de terceros *in rem* que son propios de los registros de derechos[70].

Cuando apenas habíamos comenzado el entramado de construir una Administración «sin papeles», inmersos aún en la vorágine de la digitalización de la misma, irrumpe el futuro de la tecnología para obligarnos a replantearnos, una vez más, las posibles transformaciones que conllevarán los avances del mundo digital. Los fedatarios públicos no han ignorado la irrupción de las nuevas tecnologías que facilitan las comunicaciones jurídicas, desde dejar constancia de actos y negocios jurídicos hasta contribuir eficazmente al registro, archivo y recuperación de los documentos, actividades todas ellas presentes en la función de dar fe[71]. Necesitan incorporarlas y adaptarse a ellas, y *de facto* así lo han hecho los últimos años, sin detrimento de la función de certeza que tienen atribuida. El cómo es ya una cuestión de carácter técnico que exige la colaboración de informáticos y juristas especializados en la dación de fe, asumiendo, como decíamos, que las disciplinas jurídicas e informáticas están ya condenadas a entenderse.

En este panorama nos encontramos, por tanto, con la modernización digital del Registro de la Propiedad, impulsada, como ya hemos visto, por la históricamente ansiada coordinación con el Catastro que motivó la reforma de la Ley 13/2015, en aras de ofrecer una mayor seguridad jurídica a la realidad inmobiliaria. Como señalábamos, las últimas reformas legales ya han digitalizado el Registro, por lo que, en una primera aproximación, la incorporación de la *Blockchain* al mismo podría aportar mejoras en su base de datos y cambios respecto a los documentos que acceden a este y a la propia incorporación de los mismos. No obstante, en esta incertidumbre del devenir tecnológico que nos depare el futuro, nos vemos obligados a cuestionarnos si el Registro de la Propiedad podría llegar a resultar prescindible, sustituyéndolo por la tecnología de la cadena de bloques pero proporcionando sus mismos efectos. Concebido históricamente como una oficina pública que recibe y valora los documentos y libros en los que se practican las inscripciones para hacer constar lo que podríamos llamar el

historial jurídico de los inmuebles; hay autores que identifican terrenos de la *Blockchain* «como los registros de propiedad urbana o de propiedad intelectual, por ejemplo, que se configuran como grandes archivos seguros, inmutables, permanentes, transparentes y en constante crecimiento»[72].

Nada más alejado de la realidad; lo cierto es que ya hemos contestado a dicha incertidumbre al contextualizar el sistema español como un registro de derechos, no de títulos. Tal y como está planteada la tecnología de la cadena de bloques, como un modelo exclusivamente técnico-informático, no podría suplir los efectos que proporciona el Registro, y supondría una reducción de la calidad de la seguridad jurídica preventiva que aseguran este tipo de registros[73]. Efectivamente, como explicábamos al distinguir entre las cadenas de bloques públicas y privadas, los sistemas basados en la *Blockchain* pública disminuirían drásticamente el nivel de seguridad jurídica preventiva que proporcionan los registros de derechos, pues existen determinadas características de su protocolo de funcionamiento que son incompatibles con los objetivos que persiguen los sistemas registrales, como las que se planteabamos en materia de protección de datos y privacidad. Mientras que los basados en la versión privada no dejan de ser una alternativa técnica más, frente a otras también existentes, para el almacenamiento de la información.

A mayor abundamiento, otro punto de fricción entre el funcionamiento de las cadenas de bloques y el de un registro de derechos, tal y como señala GALLEGO FERNÁNDEZ[74], es la determinación de la prioridad entre los derechos que acceden a cada uno de dichos sistemas. En un registro de derechos como el español, el momento de la presentación de los documentos en el Registro (ya se haga presencial o telemáticamente) determina la prioridad de los derechos a que se refieren, aplicando el correspondiente sellado temporal. De manera que, si se aplicase a los registros el protocolo seguido en las cadenas de bloques, ante una presentación sucesiva con relación a una misma finca, los presentantes no podrían conocer con qué rango o prioridad se van a inscribir sus derechos. Evidentemente, esto lo que crea es inseguridad jurídica y dificulta el tráfico, ya que los operadores económicos, en el momento de suscribir los contratos inscribibles, no podrán tener la completa seguridad de que en dicho instante la situación de los derechos inscritos que figuran en el Registro es la definitiva, ni de la prioridad que su derecho.

Por tanto, cabe afirmar que la *Blockchain* es un sistema de registro seguro; pero no deja de ser más que eso, una buena base de datos. Carece de mecanismos eficaces que suplan la función de control jurídico, ese control de legalidad y calificación que atesora nuestro Registro de la Propiedad y que lo hace merecedor del máximo reconocimiento internacional por los niveles de seguridad jurídica que proporciona. Además, ya hemos apuntado que las vías actuales para permitir que realice tal función irían en contra

del sentido originario de la cadena de bloques, pues el archivo de documentos con pretensión de producir determinados efectos jurídicos reclama una instancia superior controladora. LEGERÉN-MOLINA[75] nos recuerda que en la actualidad existen alternativas sencillas para procurar la fiabilidad y legalidad de los documentos, motivo por el que no parece sencillo que, al menos en un plazo breve de tiempo, sustituyan a los registros de derechos existentes en España.

Si bien es cierto que lo dicho no empece para que pudiera usarse la tecnología de la cadena de bloques como mera herramienta tecnológica que ayudase en la gestión de los registros de derechos existentes (como cadena de bloques privada), GALLEGO FERNÁNDEZ[76] no es partidario de ello pues la configuración actual de los Registros y sus innovaciones tecnológicas los hacen eficientes y operativos, gozando de uno de los más altos estándares de seguridad del mundo. Asimismo, tampoco es partidario de la incorporación de la cadena de bloques como sustitutivo del Registro (como cadena de bloques pública y autogestionada), pues tendría más inconvenientes que ventajas. Entre otros, solo garantizaría la publicidad (cuando nuestro Registro además acredita el reconocimiento por el Estado de la titularidad sobre los derechos en él reflejados generando confianza a los operadores económicos); no resolvería de manera apropiada la cuestión de la transparencia que pretende el Registro al figurar solo la «clave pública» (en el Registro actual consta la identidad real de las personas titulares de los derechos inscritos, aun cuando el acceso a los datos se restrinja a favor de quienes tengan un «interés legítimo»); no daría respuesta adecuada a la protección de datos (añadiendo los nuevos problemas derivados de las últimas reformas legales en la materia); el sistema de minado de bloques no respetaría el principio de prioridad; o, finalmente y de mayor importancia, conllevaría la inexistencia de un control de legalidad y calificación, como actualmente existe en el Registro.

Así pues, esta tecnología en ningún modo podrá suplir la garantía de veracidad y exactitud de la información que proporciona esta Institución, que requiere titulación auténtica y un detenido examen del título por el registrador. La función de calificación registral no podrá ser sustituida por tecnologías que, al fin y al cabo, no son tan inteligentes como se nos presentan. No podremos prescindir del nivel de seguridad jurídica que nos garantiza la intervención humana, de manera que seguirá siendo necesaria la intervención del registrador como fedatario público que, además, presta un servicio de asesoramiento jurídico gratuito irremplazable. Y no olvidemos que dicha tecnología está aún en desarrollo, por lo que sigue planteando innumerables incógnitas y recelos respecto a su uso para el mantenimiento de registros, así como acerca de si la autenticidad y la disponibilidad a largo plazo de los registros de *Blockchain* estarán realmente aseguradas[77].

En definitiva, respecto al control de autenticidad de los documentos, creemos que los avances que sobrevengan, sobre todo, en materia de documentos electrónicos inteligentes (dotados de instrucciones autoejecutables) podrían facilitar la labor del Registro de la Propiedad mediante la coordinación automática también con otras instituciones como el Catastro. Pero en cuanto a la incorporación de la *Blockchain* a nuestro sistema registral la conclusión es que, si bien podría ofrecer mejoras en su base de datos al añadir seguridad jurídica respecto al tracto sucesivo que garantizaría el almacenamiento de información en la cadena de bloques, las modificaciones que habría que hacer en el funcionamiento de dicha tecnología para paliar las desventajas señaladas y mantener los niveles de seguridad jurídica desnaturalizarían de tal modo la cadena de bloques, tal y como está concebida hoy día, que no tendría mucho sentido. El Registro de la Propiedad tendrá que seguir adaptándose, eso sí, en esta era de continua digitalización en la que nos ha tocado vivir, según la tecnología disponible en cada momento, en aras de poder garantizar la principal de sus funciones, la seguridad jurídica del tráfico inmobiliario, aprovechando las ventajas que nos brinda el avance digital y con miras a continuar la andadura de diseñar un modelo productivo más eficiente de la actividad pública.

## V. CONCLUSIONES

I. Respecto al control de autenticidad de los documentos, la incorporación de documentos electrónicos inteligentes (dotados de instrucciones autoejecutables) y *smart contracts* podrían facilitar la labor del Registro de la Propiedad mediante una mejora en la coordinación automática con otras instituciones, como el Catastro sobre todo, pero el control de legalidad y calificación que ejerce el fedatario público no puede automatizarse.

II. La incorporación de la *Blockchain* a nuestro sistema registral, si bien podría ofrecer mejoras en su base de datos al añadir seguridad jurídica respecto al tracto sucesivo que garantizaría el almacenamiento de información en la cadena de bloques, las modificaciones que habría que hacer en el funcionamiento de dicha tecnología para paliar las desventajas señaladas a lo largo del trabajo y mantener los niveles de seguridad jurídica, desnaturalizarían de tal modo la cadena de bloques, tal y como está concebida hoy día, que no tendría mucho sentido. Existen otras opciones actuales que funcionan adecuadamente y que permiten mantener la seguridad sin lesionar derechos de los usuarios.

III. La Blockchain es un sistema de registro seguro; pero no deja de ser más que eso, una buena base de datos. Carece de mecanismos eficaces que suplan la función de control jurídico, ese control de legalidad y calificación que atesora nuestro Registro de la Propiedad y que lo hace merecedor del

máximo reconocimiento internacional por los niveles de seguridad jurídica que proporciona.

## ÍNDICE JURISPRUDENCIAL

- STS de 28 de febrero de 2018 *(JUR* 2018, 63841)
- STS de 19 de mayo de 2015 *(RJ* 2015, 2612)
- STS de 7 de junio de 2001 *(RJ* 2001, 62362]
- STS de 24 de febrero de 2000 *(RJ* 2000, 2888)
- STS de 16 de junio de 1990 *(RJ* 1990, 5622)

- RDGRN de 6 de noviembre de 2013 *(RJ* 2013, 1126)
- RDGRN de 26 de febrero de 2013 *(RJ* 2013, 2911)
- RDGRN de 26 de enero de 2012 *(RJ* 2012, 5940)
- RDGRN de 1 de febrero de 2012 *(RJ* 2012, 4388)
- RDGRN de 17 de agosto de 2007 *(RJ* 2007, 3807)
- RDGRN de 16 de enero de 2007 *(RJ* 2007, 409)
- RDGRN de 10 de noviembre de 2006 *(RJ* 2006, 7159)
- RDGRN de 19 de septiembre de 2006 *(RJ* 2006, 6605)
- RDGRN de 20 de julio de 2006 *(RJ* 2016, 6693)
- RDGRN de 17 de marzo de 2004 *(RJ* 2004, 2389)
- RDGRN de 19 de abril de 2004 *(RJ* 2004, 4357)
- RDGRN de 6 de abril de 2000 *(RJ* 2000, 2744)
- RDGRN de 27 de abril de 2000 *(RJ* 2000, 5838 )
- RDGRN de 17 de febrero de 1998 *(RCL* 1998, 546)
- IDGRN de 29 de octubre de 1996 *(RCL* 1996, 2812)
- RDGRN de 13 de enero de 1995 *(RJ* 1995, 188)
- RDGRD de 9 de abril de 1991 *(RJ* 1991, 3140)
- RDGRN de 29 de mayo de 1987
- RDGRN de 7 de julio de 1960 *(RJ* 1960, 2490)

## BIBLIOGRAFÍA

ANGUIANO, J.M. *Blockchain:* Fundamentos y perspectiva jurídica. De la confianza al consenso, en @LaLey 4269/2018.

ARRUÑADA, B. *Los límites del Blockchain*, Disponible en: https://almacendederecho.org/los-limites-del-blockchain-mas-facil-transferir-pretensiones-obligacionales-derechos-propiedad/

BRANCÓS, E. *Blockchain,* función notarial y registro, disponible en: http://www.elnotario.es/academia-matritense-del-notariado/7325-blockchain-funcion-notarial-y-registro

BUSTOS PRETEL, G. (2018). El archivo en la era *Blockchain,* en *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. I, Wolters Kluwer, *@Laleydigital.*

— (2018). El *blockchain* pondrá el derecho patas arriba, en *Blog Legaltoday*, Thomson Reuters (Ed. Aranzadi), Marzo 2018, recuperado en: http://www.legaltoday.com/blogs/transversal/blog-administracion-publica/el-blockchain-pondra-eldetecho-patas-arriba?voto=5

CARRILLO OLANO, G. (2015). La desjudicialización del expediente de dominio en la reforma del catastro inmobiliario, en *Práctica de Tribunales*, @Laleydigital.

CERVERA, P. *Smart Contracts:* la eficacia autónoma, en *@Estrategia Financiera*, núm. 343, noviembre 2016, *@LaLeyDigital.*

DAVARA FERNÁNDEZ DE MARCOS, E. (2017). Los *Smart Contracts,* en *@ Actualidad Administrativa*, núm. 7, *@LaLeyDigital.*

DE LA IGLESIA MONJE, M.ª I. (2009). Propiedad Horizontal y Registro de la Propiedad, en *Estudios sobre la Propiedad Horizontal*, en @Diario La Ley, LA LEY.

DELGADO RAMOS, J. (2008). Efectos jurídicos de la delimitación gráfica de las fincas en el Registro de la Propiedad, en *@Diario La Ley*, núm. 6861.

DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A. (2012). *Sistema de Derecho Civil*, V. III, 8.ª Ed., Tecnos, Madrid.

GALLEGO FERNÁNDEZ, L.A. (2018). Cadenas de bloques y Registros de Derechos, en *RCDI*, Año núm. 94, 765.

GARCÍA GARCÍA, J.M. (2002). *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, Tomo III, *Calificación, tracto, especialidad y otros principios*, Civitas, Madrid.

GIMENO SENDRA, V. (1997). El Registro de la Propiedad y del derecho a la intimidad, en *@Diario La Ley*, Ref. D-158, LA LEY.

GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, M. (2017). *Entender blockchain. Una introducción a la tecnología de registro distribuido*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor.

— (2018). *La reflexión pendiente sobre blockchain*, disponible en: https://hayderecho.expansion.com/2018/03/14/la-reflexion-pendiente-sobre-blockchain/

HERRERA CAMPOS, R. y CAZORLA GONZÁLEZ, M.ª J. (coord.). (2012). *Materiales para el estudio básico del Derecho civil y laboral*, 2.ª Ed., Atelier, Barcelona.

LACRUZ BERDEJO, J.L. (2009). *Elementos de Derecho Civil*, III bis, 3.ª ed., Dykinson, Madrid.

LEGERÉN-MOLINA, A. (2019). Retos jurídicos que plantea la tecnología de la cadena de bloques. Aspectos legales de *Blockchain,* en *Revista de Derecho Civil*, V. VI, núm. 1.

LEMIEUX, V.L. (2016). Blockchain Technology for Recordkeeping, ¿Help or Hype?, en *Technical Report*. The University of British Columbia, Vancouver, Canadá.

LÓPEZ MERINO, F. (2003). Hace ya tres lustros en: El desafío de las nuevas tecnologías a los sistemas de dación de fe, en *Actualidad Administrativa*, núm. 25, *@Laleydigital*.

MANZANO SOLANO, A. (1994). *Derecho Registral Inmobiliario*, vol. II, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Madrid.

PALACIOS HERRUZO, A. *Breve aproximación a la reforma operada por Ley 13/2015, en el ámbito registral y notarial,* en *@elderecho.com.* Disponible en:

https://www.elderecho.com/tribuna/www-elderecho-com/Ley-registral-notarial_11_833680001.html.

PRENAFETA FERNÁNDEZ, J. (2016). Smart Contracts: aproximación al concepto y problemática legal básica, en *@Diario La Ley*.

PAÑOS PÉREZ, A. Aspectos Legales de los Smart Contracts: la revolución del comercio electrónico, en *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 48, 2018.

PREUKSCHAT, A. (coord.) (2017). *Blockchain: la revolución industrial en Internet.* Gestión 2000, Barcelona.

PUYAL SANZ, P. (2016). *El nuevo régimen de coordinación entre el Catastro y el Registro de la Propiedad*, Tirant lo Blancha, Valencia.

SÁNCHEZ CALERO, F.J. (coord.) (2012). *Curso de Derecho Civil III Derechos reales y registral inmobiliario*, 4.ª Ed., Tirant lo Blanch, Valencia.

TUR FAÚNDEZ, C. (2018). *Smart Contracts. Análisis jurídico*, Reus.

## NOTAS

[1] DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A. (2012). *Sistema de Derecho Civil*, V. III, 8.ª Ed., Tecnos, Madrid, 235.

[2] SÁNCHEZ CALERO, F.J. (coord.). (2012). *Curso de Derecho Civil III. Derechos reales y registral inmobiliario*, 4.ª Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 451.

[3] HERRERA DE LAS HERAS, R. (2012) en Herrera Campos, R. y Cazorla González, M.ª J. (coord.). *Materiales para el estudio básico del Derecho civil y laboral*, 2.ª Ed., Atelier, Barcelona, 216.

[4] *Vid.* en Sánchez Calero, F.J. (coord.), *Curso de Derecho Civil III… cit.,* 453.

[5] *Vid.* disponible en http://www.registradores.org/registros-2/registro_propiedad-2/ (Fecha consulta: 13 de julio de 2018).

[6] En este sentido, es destacable la RDGRN de 17 agosto 2007 *(RJ* 2007, 3807), que dicta «acorde con el principio registral de rogación, es reiterada la doctrina de esta Dirección General en el sentido de que el registrador ha de atenerse a lo querido por las partes en el documento presentado, sin poder actuar de oficio ni practicar asientos distintos de los solicitados (Resoluciones de 13 de enero de 1995 *[RJ* 1995, 188], 17 de marzo de 2004 *[RJ* 2004, 2389], 19 de abril de 2004 *[RJ* 2004, 4357] y 20 de julio de 2006); criterio que solo cabe excepcionar en caso de documentos judiciales, dadas las características de este tipo de documentación, que aconsejan que, en la medida de lo posible, el registrador actúe de oficio cuando sea posible la inscripción parcial, a fin de dar cumplimiento a su deber constitucional de colaboración con las autoridades judiciales (Resoluciones de 29 de mayo de 1987, 6 de abril de 2000 *[RJ* 2000, 2744], 27 de abril de 2000 y 16 de enero de 2007 *[RJ* 2007, 409])».

[7] Así lo corrobora la RDGRN de 6 de noviembre *(RJ* 2013, 1126): «Es competencia y obligación del registrador calificar, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase en cuya virtud se solicite la inscripción, la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, por lo que resulta de ellas y de los asientos del Registro (art. 18 Ley Hipotecaria)».

[8] *Vid.* DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho… cit.,* (271 y sigs.). A este respecto destacamos que el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional TS (Sala Segunda) de 28 de febrero de 2018 *(JUR* 2018, 63841), declara que al amparo del artículo 34 LH el adquirente de buena fe que confiado en los datos registrales inscriba su derecho en el

Registro de la Propiedad, gozará de protección incluso en supuestos donde la nulidad del título proviene de un ilícito penal. Por otra parte, la sentencia TS (Sala 1.ª) de 19 de mayo de 2015 *(RJ* 2015, 2612), fija como doctrina jurisprudencial que la neutralización de los principios registrales que se deriva del supuesto de la doble inmatriculación de fincas registrales no resulta aplicable en los casos en que concurra un solo adquirente del artículo 34 LH, debiendo ser protegida su adquisición conforme a la vigencia del principio de fe pública registral.

[9] RDGRN de 10 de noviembre de 2006 *(RJ* 2006, 7159).

[10] (2009). *Elementos de Derecho Civil*, III bis, 3.ª ed., Dykinson, Madrid, 317.

[11] (1994). *Derecho Registral Inmobiliario*, vol. II, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 570 y sigs.

[12] (2002), *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, Tomo III, *Calificación, tracto, especialidad y otros principios*, Civitas, Madrid, 331.

[13] *RJ* 1960, 2490.

[14] *Vid*. DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho…cit.,* 267 y sigs.

[15] *RJ* 2006, 6605.

[16] Al respecto, la RDGRN de 26 enero *(RJ* 2012, 5940), según la cual «El principio de prioridad, consagrado por el artículo 17 de la LH, como el de inoponibilidad de lo no inscrito establecido por el artículo 32, despliegan sus efectos respecto de títulos traslativos o declarativos del dominio de los inmuebles o de los derechos reales impuestos sobre los mismos, determinando que el que accede primeramente al Registro se anteponga al que llega después, bien de forma excluyente (cierre registral), bien de forma preferente (rango registral), según la compatibilidad entre ambos. A ese conflicto es aplicable la doctrina reiteradamente declarada por esta Dirección General de que el registrador no puede tener en cuenta en su calificación documentos presentados después, contradictorios o incompatibles con el primeramente presentado, si con ello se produce una desnaturalización del propio principio de prioridad».

[17] *Sistema de Derecho… cit.,* 287 y sigs.).

[18] *RJ* 2012, 4388.

[19] *Vid*. STS de 5 de marzo de 2007 *(RJ* 2007, 723).

[20] *RJ* 2012, 5940.

[21] *Vid*. RDGRD de 9 de abril de 1991 *(RJ* 1991, 3140).

[22] Así lo determina los párrafos 2.º y 3.º del artículo 238 LH, introducidos por la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de reformas para el impulso de la productividad.

[23] En este sentido, el último párrafo del mencionado artículo reza lo siguiente: «En caso de destrucción de los libros, se sustituirán con arreglo a lo dispuesto en las Leyes de 15 de agosto de 1873 y 5 de julio de 1938».

[24] SÁNCHEZ CALERO, F.J. (coord.), *Curso de Derecho Civil III… cit.,* 453-454.

[25] Aún cuando el Registro de la Propiedad sea, ante todo, un Registro de bienes, la certificación del registrador sobre datos personales de sus respectivos titulares, tales como la anotación de alguna causa de incapacidad, el estar sometido a una ejecución universal, su domicilio, estado civil, la existencia de una anotación preventiva de embargo en un procedimiento penal y, sobre todo, la utilización masiva de los datos del Registro a través de la informática para fines distintos del de la seguridad del tráfico jurídico, pueden incidir en el también derecho fundamental a la *intimidad* tutelado por elartículo 18 de la Constitución. A este efecto, *vid*. GIMENO SENDRA, V. (1997) «El Registro de la Propiedad y del derecho a la intimidad» en *@Diario La Ley*, Ref. D-158, LA LEY.

[26] BOE núm. 294, de 6 de diciembre de 2018, páginas 119788 a 119857.

[27] A modo de ejemplo, la RDGRN de 26 de febrero de 2013 *(RJ* 2013, 2911), señala «El registrador considera que no existe interés legítimo en la petición porque el interesado no tiene interés en conocer el estado de titularidad y cargas de los bienes o derechos inscritos. Su interés no es patrimonial por lo que se refiere al objeto y extensión

de la publicidad registral, lo único que se pretende, a juicio del registrador, es evitar la declaración formal de herederos (…)».

[28] *Cfr*. SSTS de 16 de junio de 1990 *(RJ* 1990, 5622) y de 7 de junio de 2001 *(RJ* 2001, 62362).

[29] *RJ* 2000, 2888.

[30] *RJ* 2013, 2911.

[31] *RCL* 1998, 546.

[32] *RCL* 1996, 2812.

[33] *Vid*. RDGRN de 26 de febrero de 2013 *(RJ* 2013, 2911).

[34] *Vid*. DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho… cit.,* 237 y sigs.

[35] DELGADO RAMOS, J. (2008). Efectos jurídicos de la delimitación gráfica de las fincas en el Registro de la Propiedad, en *@Diario La Ley*, núm. 6861.

[36] *Vid*. Efectos jurídicos de la delimitación gráfica… *cit*.

[37] Así lo indica la Exposición de Motivos de la Ley 13/2015 de 24 de junio, de Reforma de la Ley Hipotecaria aprobada por Decreto de 8 de febrero de 1946 y del texto refundido de la Ley de Catastro Inmobiliario, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo (BOE núm. 151 de 25 de junio de 2015), que señala a continuación que «La coordinación de la información existente en ambas instituciones resulta indispensable para una mejor identificación de los inmuebles y una más adecuada prestación de servicios a ciudadanos y Administraciones».

[38] CARRILLO OLANO, G. (2015). La desjudicialización del expediente de dominio en la reforma del catastro inmobiliario, en *Práctica de Tribunales*, *@Laleydigital,* quien señala que «no obstante, ambas instituciones se complementan. El Registro necesita expresar, en todas las inscripciones que se hagan, la naturaleza, situación linderos y superficie de la finca con objeto de identificarla, pero no puede por sí mismo dar prueba de su existencia y características, pues solo constata las vicisitudes jurídicas del derecho inscrito. Sin embargo, el Catastro puede suministrar las características que determinan, delimitan e identifican el objeto material sobre el que recaen los derechos reales que se inscriben, y a su vez, recibir del Registro la certeza de las titularidades de los derechos inscritos, cuestión esta fundamental para la explotación fiscal del Catastro».

[39] PUYAL SANZ, P. (2016) *El nuevo régimen de coordinación entre el Catastro y el Registro de la Propiedad*, Tirant lo Blancha, Valencia, 5-6.

[40] La Ley de 23 de marzo de 1906 por la que se estableció el Catastro Topográfico Parcelario, preveía que este se fuera implantando paulatinamente; y no se aprobó norma de importancia sobre la coordinación hasta la aprobación del Real Decreto 1030/1980, de 3 de mayo, por el que se disponía la coordinación del Registro de la Propiedad con el Catastro Topográfico Parcelario, que seguía dependiendo del IGN. Cabe mencionar: el Real Decreto 585/1989, de 26 de mayo, por el que se desarrolla la Ley 7/1986, de 24 de enero, en materia de Cartografía Catastral; El Real Decreto 439/1990, de 30 de marzo, introdujo una serie de modificaciones en el Reglamento Hipotecario en orden a implantar bases gráficas en los Registros de la Propiedad; y, sobre todo, Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que estableció la obligación de identificar los bienes inmuebles haciendo constar la referencia catastral en los documentos públicos o privados y en las inscripciones en el Registro de la Propiedad, que se refirieran a alteraciones en los bienes inmuebles; el RD 1093/1997, de 4 de julio, sobre normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de los actos de naturaleza urbanística, en las que se prevé la aportación de planos para completar la descripción de las fincas y su remisión por el Registrador al Catastro; Ley 48/2002, de 23 de diciembre, del Catastro Inmobiliario; Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario. *Vid*. PUYAL SANZ, P., *El nuevo régimen…op. cit*., 6-16.

[41] Así, la Exposición de Motivos de la Ley 13/2015 señala que «Existen supuestos en los que, por el carácter voluntario de la inscripción, por llevarse a cabo operaciones

registrales o de alteración catastral sin que exista esa comunicación, o por otras causas, se producen situaciones de divergencia. Tampoco existe un procedimiento de coordinación que permita la resolución de discrepancias entre el Registro y el Catastro en la descripción de los bienes inmuebles».

[42] Los requisitos técnicos para el intercambio de información y una mejor coordinación entre el Catastro y los Registros de la Propiedad se han desarrollado mediante la Resolución conjunta de las Direcciones Generales del Catastro y de los Registros y del Notariado, que entró en vigor el 1 de noviembre de 2015.

[43] Desde el Portal de la Dirección General del Catastro se puede acceder a información e instrucciones sobre cómo generar un GML de una parcela catastral. Disponible en: http://www.catastro.minhap.gob.es/documentos/formatos_intercambio/Formato%20GML%20parcela%20catastral.pdf

[44] Así lo explica PALACIOS HERRUZO, A., *Breve aproximación a la reforma operada por Ley 13/2015, en el ámbito registral y notarial,* en *@elderecho.com.* Disponible en: https://www.elderecho.com/tribuna/www-elderecho-com/Ley-registral-notarial_11_833680001.html

[45] PRENAFETA FERNÁNDEZ, J. (2016) «Smart Contracts: aproximación al concepto y problemática legal básica» en *@Diario La Ley*.

[46] ANGUIANO, J.M., Blockchain: Fundamentos y perspectiva jurídica. De la confianza al consenso, en @LaLey 4269/2018, según el cual *«"Blockchain"* no es sino la combinación de diversas tecnologías con propósito acreditativo. Su naturaleza matemática, hace que pudiendo emular de forma eficaz el funcionamiento del dinero, pueda también ser utilizado con otros propósitos acreditativos. Hablamos en definitiva de procedimientos codificados que acreditan la existencia de eventos y manifestaciones ocurridas en la red».

[47] *Blockchain: la revolución industrial en Internet*, Preukschat, A. (coord.). (2017). Gestión 2000, Barcelona, 23; *Cft*. BUSTOS PRETEL, G. (2018). El archivo en la era Blockchain, en *El Consultor de los Ayuntamientos*, N.º I, Wolters Kluwer, *@Laleydigital*, 105 y sigs.

[48] Así lo expresaba en PAÑOS PÉREZ, A., Aspectos Legales de los Smart Contracts: la revolución del comercio electrónico, en *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 48, 2018.

[49] ALEX PREUKSCHAT, *Blockchain: la revolución… op. cit*., 23.

[50] TUR FAÚNDEZ, C., *Smart Contracts… op. cit*., 34. Guía imprescindible, por su carácter didáctico y su utilidad práctica, para adentrarse en el análisis de esta materia técnico jurídica.

[51] Cualquier ordenador que, previa descarga y ejecución en el mismo de programas, se convierte en parte integrante de la red descentralizada de la cadena de bloques y pasa a conservar una réplica exacta de todos los registros integrantes en la misma. *Vid*. TUR FAÚNDEZ, C., *Smart Contracts… op. cit.,* 33.

[52] Sobre el funcionamiento de la cadena de bloques, *Vid*. TUR FAÚNDEZ, C., *Smart…op. cit.,* 34-38.

[53] El Blockchain pondrá el derecho patas arriba, en *Blog Legaltoday*, Thomson Reuters (Ed. Aranzadi), Marzo 2018, recuperado en: http://www.legaltoday.com/blogs/transversal/blog-administracion-publica/el-blockchain-pondra-eldetecho-patas-arriba?voto=5

[54] BRANCÓS, E. Blockchain, función notarial y registro, disponible en: http://www.elnotario.es/academia-matritense-del-notariado/7325-blockchain-funcion-notarial-y-registro

[55] Así, en el prólogo de *Blockchain: la revolución… op. cit*., 11.

[56] Así, DAVARA FERNÁNDEZ DE MARCOS, E., Los Smart Contracts, en *@ Actualidad Administrativa*, núm. 7, julio-agosto de 2017, *@LaLeyDigital.*

[57] CERVERA, P., Smart Contracts: la eficacia autónoma, en *@Estrategia Financiera*, núm. 343, noviembre 2016, *@LaLeyDigital.*

[58] *Smart Contracts. Análisis… op. cit*., 24 y sigs.

[59] GALLEGO FERNÁNDEZ, L.A. (2018) en Cadenas de bloques y Registros de Derechos, en *RCDI* núm. 94, 765, 131.

[60] BRANCÓS, E., *Blockchain,* función notarial… *cit.*

[61] ARRUÑADA, B. *Los límites del Blockchain*, Disponible en: https://almacendederecho.org/los-limites-del-blockchain-mas-facil-transferir-pretensiones-obligacionales-derechos-propiedad/

[62] Disponible en: https://www.diariobitcoin.com/index.php/2019/01/14/estado-de-vermont-lanza-un-proyecto-piloto-blockchain-dirigido-a-la-industria-de-seguros/

[63] Diario Oficial de Cataluña de 26 de julio de 2018 (Fecha de entrada en vigor: 15 de agosto de 2018), en cuyo preámbulo se menciona de forma genérica que «Las innovadoras capacidades que ofrece esta tecnología no pasan desapercibidas y cada vez hay más países que empiezan a explorar cómo utilizarla en ámbitos como la identidad digital, el registro de la propiedad, el voto electrónico, los documentos notariales, o las criptomonedas, entre otros. Entre estos países que son referentes digitalmente hablando, están Estonia, Singapur, Japón, Suecia o el Reino Unido».

[64] Así, ARRUÑADA, B. *Los límites… op. cit.*

[65] Esta distinción la hace GALLEGO FERNÁNDEZ cuando diferencia entre dos versiones de la cadena de bloques: la versión dura (cadena de bloques pública y autogestionada) y la blanda (cadena privada). *Vid*. Cadenas de bloques… *cit.*, 127.

[66] GALLEGO FERNÁNDEZ, L.A. (2018) en Cadenas de bloques… *cit.,* 127.

[67] *Vid*. LEGERÉN-MOLINA, A. (2019) Retos jurídicos que plantea la tecnología de la cadena de bloques. Aspectos legales de *Blockchain,* en *Revista de Derecho Civil*, V. VI, núm. 1, 193 y sigs., plantea los posibles conflictos entre el uso de información en una cadena de bloques pública y el cumplimiento de la normativa en materia de protección de datos aclarando que, en tal sentido, el Informe temático sobre «Blockchain and the GDPR» elaborado por THE EUROPEAN UNION BLOCKCHAIN OBSERVATORY & FORUM, 16 de octubre de 2018, disponible en https://www.eublockchainforum.eu/reports, indica que no existen problemas de compatibilidad entre la tecnología en sí misma que analizamos y el Reglamento, sino que las dificultades surgen en relación al uso que se le dé a aquellas, 4 y 16; por lo que los usos y las aplicaciones que utilicen la referida tecnología serán lo que resulten acordes o no con el Reglamento.

[68] *Vid*. BUSTOS PRETEL, G. El archivo… *op. cit*.

[69] LEGERÉN-MOLINA, A. (2019) Retos jurídicos… *op. cit.,* 201.

[70] GALLEGO FERNÁNDEZ, L.A. (2018) en Cadenas de bloques… *cit.,* 126.

[71] Así lo vaticinaba LÓPEZ MERINO, F. (2003) hace ya tres lustros en El desafío de las nuevas tecnologías a los sistemas de dación de fe, en *Actualidad Administrativa*, núm. 25, *@Laleydigital*, 617 y sigs.

[72] BUSTOS PRETEL, G. El archivo… *op. cit*.

[73] A esta misma conclusión llega GALLEGO FERNÁNDEZ, L.A. (2018) en Cadenas de bloques… *cit.,* 97-141.

[74] Cadenas de bloques… *op. cit.,* 129 y sigs.

[75] Retos jurídicos… *op. cit.,* 205.

[76] En Cadenas de bloques… *op. cit*., 133-136.

[77] Así, LEMIEUX, V.L. (2016) Blockchain Technology for Recordkeeping, ¿Help or Hype?, en *Technical Report*. The University of British Columbia, Vancouver, Canadá; *cit*. por BUSTOS PRETEL, G. El archivo… *op. cit.,* quien señala que «la autora es realmente crítica con el exceso de confianza de los innovadores de *Blockchain,* y uno de los principales riesgos que ve en estos momentos es la autenticidad a largo plazo de los archivos digitales, que en su opinión ni siquiera ha sido abordada». *Cfr*. DAVARA FERNÁNDEZ DE MARCOS, E. (2017). Los Smart …*op. cit*., quien considera que la Blockchain hará prescindibles a los notarios y registradores, puesto que notarización será verificable mediante dicha cadena de bloques.

*(Trabajo recibido el 2-5-2019 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 10-7-2019
*BOE* 2-8-2019
Registro de la Propiedad de Bilbao, número 3.

RECURSO GUBERNATIVO: INFORME. NOTARIO AUTORIZANTE DEL TÍTULO: INCOMPATIBILIDADES.

El registrador que ha de emitir el informe correspondiente es el registrador que deba decidir si, a la vista del recurso, mantiene o no la calificación impugnada accediendo a la inscripción en todo o en parte, aun cuando no haya sido el «registrador que realizó la calificación» al que se refiere literalmente el citado precepto legal.

A la vista de la taxativa literalidad e imperatividad de los artículos 22 de la Ley del Notariado y 139 del Reglamento Notarial, el recurso ha de ser necesariamente desestimado, pues de aquellas resulta claramente que en el presente caso el notario no podrá autorizar la escritura de partición de herencia de sus padres, adjudicándose tanto él como sus dos hermanos (parientes dentro del segundo grado de consanguineidad), bienes o derechos a su favor. Sin duda, la incompatibilidad en este supuesto viene a ser doble: la que afecta al notario en relación con su propia adquisición y la que le afecta en relación con las adquisiciones de sus dos hermanos, pues tanto en uno como en otro caso basta que se produzca el supuesto de hecho («adquirir derechos» o «tener algún interés») para que no se pueda otorgar la escritura por el notario adquirente; y ese consentimiento o ratificación ulterior y separada de los hermanos —repárese en que las dos escritura posteriores a la de herencia emplean expresiones diferentes— no

salvaría la incompatibilidad del propio notario, tanto respecto de su adquisición como respecto de la de sus dos hermanos. Y sin duda, también, los extremos anteriores y a la vista de lo que disponen los artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 98 de su Reglamento, caen dentro del ámbito de la calificación registral, por lo que la misma no se ha extralimitado en el presente caso.

Resolución de 10-7-2019
*BOE* 2-8-2019
Registro de la Propiedad de Cervera de Pisuerga.

PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA Y LA POSIBLE AFECTACIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO.

El artículo 199 regula las actuaciones necesarias para la inscripción de la representación gráfica georreferenciada de la finca y su coordinación con el Catastro. En todo caso, será objeto de calificación por el registrador la existencia o no de dudas en la identidad de la finca. Las dudas pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. arts. 199 y 201 de la Ley Hipotecaria y resoluciones de 22 de abril, 8 de junio y 10 de octubre de 2016). 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, resultan justificadas las dudas de la registradora, al ponerse de manifiesto la oposición expresa de la Administración Pública a la inscripción de la representación gráfica. Oposición que se fundamenta en los datos resultantes del inventario municipal de bienes coincidentes con la cartografía catastral, todo lo cual se anexa al escrito de oposición. Por todo ello, debe confirmarse la calificación a la vista del informe municipal y de la cartografía catastral, pues a la vista de los mismos no puede procederse a la inscripción.

Resolución de 10-7-2019
*BOE* 2-8-2019
Registro de la Propiedad de San Sebastián de los Reyes, número 2.

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 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 11-7-2019
*BOE* 2-8-2019
Registro de San Sebastián de los Reyes, número 2.

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 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 11-7-2019
*BOE* 2-8-2019
Registro de la Propiedad de Alcalá la Real.

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 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 de 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 12-7-2019
*BOE* 2-8-2019
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 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 de 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 al defecto apreciado con el número tres 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), es más, si de la documentación presentada resulta la determinación del órgano actuante de cancelar tanto la carga ejecutada, como las posteriores, no puede acudirse a una interpretación exclusivamente literal de la documentación presentada, para suspender la práctica de los asientos cancelatorios procedentes, por ello procede la revocación de este defecto, acogiendo los argumentos del recurrente en cuanto a este punto.

Resolución de 19-7-2019
*BOE* 8-8-2019
Registro de la Propiedad de Madrid, número 10.

PROCEDIMIENTO DE REANUDACIÓN DE TRACTRO SUCESIVO: CARÁCTER EXCEPCIONAL. SEGREGACIÓN: LEGISLACIÓN URBANÍSTICA DE MADRID.

Como medio para reanudar el tracto (arts. 206.4 de la Ley Hipotecaria y 37.3 de la Ley 33/2003, de Patrimonio de las Administraciones Públicas), la certificación administrativa de dominio tiene carácter excepcional, lo que obliga al registrador a una minuciosa comprobación del cumplimiento de los requisitos y exigencias legales, a fin de evitar la indebida utilización de este mecanismo para la vulneración o indebida apropiación de derechos de terceros. En el presente caso deben confirmarse los defectos que señala la registradora que impiden la inscripción de la certificación, como son, la oposición de uno de los causahabientes, como es la Universidad Politécnica de Madrid.

Esta Dirección General con anterioridad se ha pronunciado (*vid.* resoluciones citadas en «Vistos») sobre cuál haya ser el régimen aplicable a supuestos de modificaciones de entidades hipotecarias como el de la agrupación aquí planteado cuando el asiento de presentación se practique tras la entrada en vigor, el día 1 de noviembre de 2015, de la reforma de la Ley Hipotecaria operada por la Ley 13/2015. Respecto al procedimiento y conjunto de trámites a través del cual haya de producirse tal calificación registral y en su caso la eventual inscripción de la preceptiva representación georreferenciada, en los casos en los que tal inscripción de representación gráfica no es meramente potestativa, sino preceptiva, como ocurre con los supuestos enunciados en el artículo 9, letra b), primer párrafo, la

falta de una remisión expresa desde el artículo 9 al artículo 199 supone que con carácter general no será necesaria la tramitación previa de este procedimiento, sin perjuicio de efectuar las notificaciones previstas en el artículo 9, letra b), párrafo séptimo, una vez practicada la inscripción correspondiente. Se exceptúan aquellos supuestos en los que, por incluirse además alguna rectificación superficial de las fincas superior al 10% o alguna alteración cartográfica que no respete la delimitación del perímetro de la finca matriz que resulte de la cartografía catastral [cfr. art. 9, letra b), párrafo cuarto], fuera necesaria la tramitación del citado procedimiento.

El artículo 151.4 de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid, no prevé el previo sometimiento a licencia de los actos de la administración local, amparados por la presunción de legalidad de los actos administrativos ya que los mismos se deben ajustar siempre a la normativa administrativa y urbanística aplicable (art. 39.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas). Es decir, que el acuerdo municipal produce los mismos efectos que la licencia, sin perjuicio de que su aprobación quede sujeta a los mismos requisitos que la concesión de la licencia. Consecuentemente con lo expuesto, el Acuerdo del Pleno surte los mismos efectos que la licencia, sin perjuicio de que en su aprobación deban cumplirse los mismos requisitos que en su concesión, lo que falta en el presente caso, ya que no resulta del expediente, Acuerdo del Pleno.

Resolución de 19-7-2019
*BOE* 8-82019
Registro de la Propiedad de Madrid, número 5.

PROPIEDAD HORIZONTAL: SUBCOMUNIDAD Y COMUNIDAD FUNCIONAL.

Respecto del primero de los defectos, ciertamente, tratándose de un elemento privativo, se admite la posibilidad de modificar los elementos arquitectónicos, instalaciones o servicios de aquel cuando no menoscabe o altere la seguridad del edificio, su estructura general, su configuración o estado exteriores, o perjudique los derechos de otro propietario (*vid.* art. 7 de la 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal). Pero una modificación como la presente en la descripción de un elemento privativo —y de un elemento común de uso privativo—, en cuanto excede de ese ámbito de actuación individual que se reconoce por la Ley a su propietario, no puede llevarse a cabo sin que se acredite el acuerdo unánime de la junta de propietarios (*vid.* arts. 5 y 17, apartados 6 y 8, de la Ley sobre propiedad horizontal).

En cuanto al segundo de los defectos, como ha recordado recientemente este Centro Directivo (*vid.* resolución de 19 de julio de 2018) hay una sutil pero ampliamente compartida distinción entre el concepto de terraza y el concepto de cubierta del edificio. La cubierta como elemento necesario de parcelación cúbica o delimitación del vuelo o espacio edificado es siempre elemento común por naturaleza. Sin embargo, las terrazas como zona pisable, no son elemento común por naturaleza. Por tanto, siendo el vuelo elemento común del edificio, sería necesaria la previa desafectación y su conversión en elemento privativo, así como expresión de la causa de atribución de tal elemento a los dueños del departamento número 65. En este sentido, como ha afirmado este Centro

Directivo (resolución de 20 de abril de 2006), es evidente que, al no configurarse el derecho de vuelo de otra forma, tal derecho era elemento común del edificio, por lo que, si lo edificado mediante el ejercicio de tal derecho deviene en privativo, existe una causa de transmisión no revelada y que es preciso que conste en el Registro.

Se entiende que la constitución de una «subcomunidad de viviendas» dentro de un departamento independiente de un edificio constituido en régimen de propiedad horizontal deberá adoptar la forma jurídica de «subdivisión horizontal», siempre que existan elementos comunes entre dichas viviendas que los justifiquen, pero no el de «comunidad funcional». La «comunidad funcional» es una figura jurídica reservada por el artículo 68 del Reglamento Hipotecario a las cuotas indivisas de las fincas registrales destinadas «a garaje o estacionamiento de vehículos con asignación de uso exclusivo», y que la Dirección General de los Registros y del Notariado ha extendido exclusivamente a las fincas registrales destinadas a trasteros. En base a lo expuesto, si lo querido por los otorgantes fuera la constitución de una «subcomunidad», debe tenerse en cuenta que para que exista tal subcomunidad es preciso que varios propietarios de elementos privativos dispongan en régimen de comunidad de ciertos elementos o servicios comunes que sean independientes y diferenciados respecto de otros de la misma división horizontal [art. 2.d) de la Ley sobre propiedad horizontal].

La necesidad de la autorización de la comunidad de propietarios deriva, a falta de norma estatutaria permisiva, del hecho de que los actos de división, agregación y segregación de elementos integrantes de un edificio en régimen de propiedad horizontal, al igual que la constitución o modificación de un conjunto inmobiliario, a los que se asimilan legalmente por la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana de 2015, requerirán además de la obtención de la correspondiente autorización administrativa, la citada autorización, siempre que de los mismos se derive un incremento de los elementos privativos destinados a viviendas previamente existentes o autorizados en la licencia de edificación. La necesidad de la autorización de la comunidad de propietarios deriva, a falta de norma estatutaria permisiva, del hecho de que los actos de división, agregación y segregación de elementos integrantes de un edificio en régimen de propiedad horizontal, al igual que la constitución o modificación de un conjunto inmobiliario, a los que se asimilan legalmente por la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana de 2015, requerirán además de la obtención de la correspondiente autorización administrativa, la citada autorización, siempre que de los mismos se derive un incremento de los elementos privativos destinados a viviendas previamente existentes o autorizados en la licencia de edificación.

Resolución de 19-7-2019
*BOE* 8-8-2019
Registro de la Propiedad de Guadarrama-Alpedrete.

RECURSO GUBERNATIVO: NO SE IMPUGNA LA CALIFICACIÓN DEL REGISTRADOR SUSTITUTO. OBRA NUEVA POR ANTIGÜEDAD: SERVIDUMBRES PÚBLICAS

En el presente caso, el recurso, además de decir que se refiere a la calificación de una escritura de compraventa, cuando no hay tal, sino de declaración de obra nueva (error de menor entidad que obviamente no impediría la admisión a

trámite del recurso), se ha presentado contra la nota de calificación sustitutoria de fecha 28 de marzo de 2019 de doña María Luisa MORENO-TORRES CAMY. Por ello, de conformidad con lo dispuesto en los artículos citados, en principio procedería inadmitir el recurso, tal y como ha sido formulado. No obstante, en interés del recurrente, y a la vista de que el contenido de sus alegaciones sí está dirigido a argumentar en contra de los defectos señalados por la nota de calificación inicial, este Centro Directivo estima procedente interpretar que en realidad la intención del recurrente ha sido interponer recurso contra la nota de calificación de la registradora sustituida.

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. No basta comparar en términos aritméticos las superficies de las edificaciones declaradas con respecto a la de la finca sobre la que se declaran, sino que es preciso comparar las ubicaciones geográficas de aquella con la de esta. Y no constando inscrita esta última, no es posible efectuar tal comparación geométrica. En el presente caso es cierto que la edificación no se ubica en los límites de la parcela, pero también lo es que aun aportándose un certificado técnico que se refiere a la ubicación de la parcela y de la edificación, no queda acreditada la correspondencia del mismo con la finca registral ni tampoco con las parcelas catastrales referidas; por ello, como señala la registradora, no ha quedado acreditado que la edificación declarada se ubique en la finca registral en que se declara, por lo que el recurso contra el primer defecto señalado en la nota de calificación ha de ser desestimado.

El segundo defecto recurrido de la nota de calificación, se refiere a que según resulta de la información territorial asociada contenida en la aplicación informática auxiliar del Registro, parte de la parcela 56 del polígono 4 de Los Molinos entre la que se encuentra la ocupada por la edificación que se declara, se encuentra situada en la zona de servidumbre de policía del río Guadarrama, sin que conste autorización de la Confederación Hidrográfica del Tajo a la construcción que se declara. Si bien el artículo «Propiedad de las obras nuevas "prescritas"» habla de que el suelo no esté afectado por servidumbres de uso público general, tal y como indica la Dirección General de los Registros y del Notariado en resoluciones de 15 de abril y 4 de junio de 2013, tales servidumbres deben entenderse como «delimitaciones del contorno ordinario del derecho de dominio de las fincas afectadas más que como gravámenes singulares, 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 venían impuestas por la normativa ya citada vigente con anterioridad a la ejecución del acto edificatorio por el titular de la finca, exigiendo la legislación sectorial el cumplimiento de determinados requisitos (autorización por el Organismo de cuenca), que son complementarios e independientes de los exigidos por la normativa urbanística y por la legislación registral en orden a conseguir la toma de razón de la obra nueva declarada.

Resolución de 22-7-2019
*BOE* 9-8-2019
Registro de la Propiedad de Baza.

RECURSO GUBERNATIVO: POSIBILIDAD DE INTERPONER RECURSO CUANDO SE APORTAN DOCUMENTOS SUBSANADORES QUE, A JUICIO DEL REGISTRADOR, NO SON SUFICIENTES. OBRA NUEVA: CADUCIDAD DE LA LICENCIA.

Resulta necesario recordar la doctrina de este Centro Directivo en relación con la reiteración de calificaciones anteriores y el diferente tratamiento procedimental que les corresponde según que tengan lugar por la aportación, durante la vigencia del inicial asiento de presentación, de la misma documentación ya calificada sin documentación subsanatoria alguna, o bien con documentación complementaria o subsanatoria que, sin embargo, a juicio del registrador, no sea suficiente para levantar el obstáculo registral señalado en la calificación inicial. En relación al segundo supuesto, si el recurrente aporta documentos subsanatarios tiene derecho a impugnar la nueva nota.

La registradora señala en su nota de calificación que dicha licencia, concedida en fecha 2 de julio de 2008, se encuentra caducada y no cabe por ello practicar la inscripción, ya que la misma licencia establece que se extinguirá por caducidad si no se terminan las obras en el plazo de dos años, salvo concesión de prórroga o razones de fuerza mayor, y dado que no consta en la escritura que se hayan terminado las obras, entiende que procede suspender la inscripción por este defecto. En relación con esta cuestión, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta, de 21 de diciembre de 2000, resume la doctrina jurisprudencial del citado Tribunal, expresada en numerosas sentencias, en relación con el instituto de la caducidad de las licencias municipales de obras y los requisitos que deben concurrir para que se declare la caducidad, declarando que la caducidad no opera automáticamente sino que exige un acto declarativo, previa la tramitación del correspondiente expediente. El artículo 173 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, que la registradora ya había citado en su primera nota de calificación, no establece una caducidad automática de las licencias por el mero transcurso del plazo, sino que en su apartado tercero dispone que «el órgano competente para otorgar la licencia declarará, de oficio o a instancia de cualquier persona, la caducidad de la misma, previa audiencia del interesado, una vez transcurridos e incumplidos cualesquiera de los plazos a que se refieren los apartados 1 y 2. En el caso de este expediente se ha aportado además una certificación expedida el día 16 de enero de 2019 por la secretaria accidental del Ayuntamiento de Baza, doña M. A. L. G., con el visto bueno del alcalde, en la cual consta que según los antecedentes obrantes en el Ayuntamiento no existe incoado ningún expediente de caducidad para la licencia.

Resolución de 22-7-2019
*BOE* 9-8-2019
Registro de la Propiedad de San Lorenzo de El Escorial, número 3.

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 interpretaran 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».

Resolución de 22-7-2019
*BOE* 9-8-2019
Registro de la Propiedad de Logroño, número 2.

RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO.

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, señaladamente, por lo que atañe al presente caso, la forma de practicar los asientos, cuestiones todas ellas extrañas al recurso contra la calificación registral.

De acuerdo con lo anterior, es igualmente doctrina reiterada que, 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), por tanto, conforme a esta reiterada doctrina, el recurso contra la calificación negativa del registrador no es cauce hábil para acordar la cancelación de asientos ya practicados.

Resolución de 22-7-2019
*BOE* 9-8-2019
Registro de la Propiedad de Marbella, número 1.

FINCA REGISTRAL: IDENTIFICACIÓN EN EL TÍTULO.

Como ha afirmado reiteradamente este Centro Directivo (cfr. resoluciones de 2 de septiembre de 1991, 29 de diciembre de 1992, 21 de junio de 2004 y 10 y 14 de junio de 2010, entre otras), para su acceso al Registro, los títulos inscribibles han de contener una descripción precisa y completa de los inmuebles a que se refieren, de modo que estos queden suficientemente individualizados e identificados (arts. 9.1.o de la Ley Hipotecaria y 51, reglas 1.a a 4.a, del Reglamento Hipotecario). Es cierto que, cuando dichos títulos hacen referencia a inmuebles ya inscritos, la omisión o discrepancia en ellos de algunos de los datos descriptivos con que estos figuran en el Registro no constituye en todo caso un obstáculo para la inscripción. Pero también debe entenderse que, por el contrario, dicho obstáculo existirá cuando la omisión o discrepancia sea de tal condición que comprometa la correspondencia segura y cierta entre el bien inscrito y el que según el título se transmite. En el caso objeto de este recurso está claramente identificada la finca afectada por el derecho de uso, siendo la finca registral 5.803, vivienda unifamiliar, referencia catastral 8217117UF3481N0001DP, inscrita en cuanto a la nuda propiedad de una mitad indivisa a favor de don A. L. C., por título de herencia.

Resolución de 22-7-2019
*BOE* 9-8-2019
Registro de la Propiedad de Vila-seca.

RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO: REQUISITOS.

Toda la doctrina elaborada a través de los preceptos de la Ley y del Reglamento Hipotecarios y de las resoluciones de este Centro Directivo relativa a la rectificación del Registro parte del principio esencial que afirma que los asientos registrales están bajo la salvaguardia de los tribunales y producen todos sus

efectos en tanto no se declare su inexactitud (art. 1, párrafo tercero, de la Ley Hipotecaria). 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.

Ciertamente, la legislación hipotecaria diferencia dos procedimientos para la rectificación de los errores de concepto: el que exige el acuerdo unánime de los interesados y del registrador o, en su defecto, resolución judicial, y el que permite la rectificación de oficio por parte del registrador cuando el error resulte claramente de los asientos practicados o, tratándose de asientos de presentación y notas, cuando la inscripción principal respectiva baste para darlo a conocer (cfr. art. 217 de la Ley Hipotecaria y resolución de 9 de noviembre de 2009). Esta última modalidad de rectificación se infiere con claridad de lo dispuesto en el párrafo primero del citado artículo 217 de la Ley Hipotecaria.

Sin embargo, en el presente supuesto el error no resulta claramente de la inscripción, dado que el registrador, una vez calificada la documentación judicial referida, practicó la inscripción 9.ª de la finca 7.664 y procedió a extraer las consecuencias registrales derivadas de la inscripción de dicho fallo. 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 del registrador para ello, en el juicio ordinario correspondiente, tal y como prescribe el artículo 218 de la Ley Hipotecaria antes transcrito.

Resolución de 23-7-2019
*BOE* 25-9-2019
Registro de la Propiedad de Jaén, número 3.

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 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 de 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 23-7-2019
*BOE* 25-9-2019
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 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 de 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 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), es más, si de la documentación presentada resulta la determinación del órgano actuante de cancelar tanto la carga ejecutada, como las posteriores, no puede acudirse a una interpretación exclusivamente literal de la documentación presentada, para suspender la práctica de los asientos cancelatorios procedentes, por ello procede la revocación de este defecto, acogiendo los argumentos del recurrente en cuanto a este punto.

Resolución de 24-7-2019
*BOE* 25-9-2019
Registro de la Propiedad de Eivissa, número 4.

HERENCIA: APLICACIÓN DEL REGLAMENTO SUCESORIO EUROPEO A UN ALEMÁN RESIDENTE EN FORMENTERA.

El causante, de nacionalidad alemana, era residente en Formentera, según resulta de claros indicios, desde años antes a su fallecimiento. Otorgó testamento ante notario español, en Eivissa, en 2007 conforme al cual además de señalar su estado civil, domicilio en Formentera y nacimiento en Alemania, instituyó heredero universal a su hijo don M. K, omitiendo toda referencia a la recurrente. La lectura del título sucesorio no permite establecer ni aun de forma tácita «*professio iuris*» a la ley alemana, al tratarse de un testamento sobre la totalidad de sus bienes perfectamente reconducible a la ley de la residencia habitual en España que mantuvo hasta que tuvo lugar su fallecimiento en un hospital de Eivissa.

En ausencia de normativa interregional aplicable sobre la base de ese criterio esencial en el ordenamiento jurídico español, como ha indicado este Centro Directivo (en resolución de 24 de mayo de 2019), le será aplicable directamente el Derecho de la unidad territorial.

Aunque hubiera sido deseable que el título calificado fuera documentalmente completo e hiciera referencia o incorporare el certificado español del Registro General de Actos de Última Voluntad del causante, por economía procesal y administrativa, constando este en la inscripción de la adjudicación de herencia que causa el título ahora calificado, no debe ser exigido nuevamente por el registrador, pues nada nuevo aportaría. Respecto de la exigencia de certificado emitido por autoridad alemana sobre la inexistencia de certificado de Última Voluntad, ya ha señalado esta Dirección General, que la aplicación del Reglamento y el tratamiento que este concede a la validez material y formal de los títulos sucesorios, en los artículos 26 y siguientes del instrumento europeo, hace, con las debidas cautelas derivadas del caso concreto, innecesaria la exigencia de su búsqueda en el Registro del Estado de su nacionalidad.

El perímetro de aplicación del Reglamento (artículo. 1.2.a) no comprende las cuestiones relativas a filiación (el estado civil de las personas físicas, así como las relaciones familiares y las relaciones que, con arreglo a la ley aplicable a las mismas, tengan efectos comparables) ni por tanto el eventual reconocimiento incidental de la acreditación de la filiación de la causante, según certificaciones que exhibió y se incorporaron a la escritura calificada.

Resolución de 24-7-2019
*BOE* 25-9-2019
Registro de la Propiedad de Mieres.

CONCURSO DE ACREEDORES: COMPETENCIA PARA LA EJECUCIÓN DE UNA HIPOTECA INICIADA DURANTE LA FASE DE CONVENIO CUANDO YA SE HA INICIADO LA DE LIQUIDACIÓN.

Es doctrina reiterada de este Centro Directivo que el registrador, al ejercer su competencia de calificación de los documentos presentados a inscripción no está vinculado, habida cuenta del principio de independencia en su ejercicio, por las calificaciones llevadas a cabo por otros registradores, como tampoco lo está por las propias resultantes de la anterior presentación de otros títulos.

En contra de lo alegado por la sociedad recurrente, la cuestión de la competencia objetiva para la ejecución de las garantías reales cuando el deudor se encuentra en situación concursal, es materia plenamente calificable por el registrador (*ex* art. 100 del Reglamento Hipotecario) y de extrema importancia por su carácter de presupuesto procesal para el válido desarrollo de la relación jurídico procesal.

A los efectos que la aprobación del convenio de acreedores produce respecto de la ejecución de los créditos y la posibilidad de llevar a cabo una ejecución separada de los mismos ante el juez territorial competente se ha referido esta Dirección General en reiteradas ocasiones. La aprobación de un convenio cuyo contenido no afecte a los acreedores hipotecarios, también incide en la ejecución hipotecaria, pues se levanta la suspensión de ejecución sobre bienes del concursado que resulten necesarios para la continuidad de su actividad profesional o empresarial, como se deduce del artículo 56 de la Ley Concursal antes transcrito.

Ello no obstante, ocurre en este expediente que, si bien el procedimiento ejecutivo había sido iniciado durante la fase de convenio del concurso de acreedores, al tiempo de la presentación del mandamiento solicitando la expedición de la certificación de dominio y cargas ya había sido declarada la apertura de la fase de liquidación del concurso. Cuando la garantía real está constituida sobre bienes no necesarios para la actividad profesional o empresarial del deudor la declaración de concurso no suspende la facultad de realización ni paraliza las ejecuciones ya iniciadas, por lo que quien debería conocer de las correspondientes ejecuciones no habría de ser el juez del concurso sino el competente de acuerdo con las normas extra concursales. Resultando evidente la relevancia que tiene la calificación como necesarios de los bienes afectos a la garantía real, será el juez del concurso, en cualquier caso, el único competente para decidir si el bien contra el que se sigue o se pretende seguir una ejecución hipotecaria es necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.

La solución a este supuesto, ciertamente compleja, puede equipararse a la situación de un proceso hipotecario iniciado contra quien no estaba en concurso pero que después pasa a estar declarado en esta situación, que consiste en la suspensión contemplada en el artículo 56.2 de la Ley Concursal. Y se alzará la suspensión desde el instante que conste en autos testimonio de la resolución del juez del concurso por la que se declare el carácter no necesario del bien, en cuyo caso la ejecución continuará hasta su conclusión sin que se vea afectada por las vicisitudes propias del concurso (art. 57.2 de la Ley Concursal).

Aunque la ley no ha previsto hasta cuándo puede solicitarse esta declaración de innecesaridad del bien para permitir la reanudación separada de la ejecución, parece que no tiene sentido que se efectúe una vez aprobado el plan de liquidación. Sin embargo, estos conceptos tampoco son completamente ajenos a la liquidación como lo corroboran los artículos que prevén reglas especiales supletorias para la liquidación del conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes o servicios pertenecientes al deudor (art. 149.1.a de la Ley Concursal). Podría permitirse continuar ante el juez ordinario una ejecución iniciada antes de la apertura de la fase de liquidación, siempre que el plan así lo prevea y apruebe. De no hacerse así, la disposición aplicable al presente supuesto sería el segundo inciso del artículo 57.3 de la Ley Concursal: abierta la fase de liquidación «las actuaciones que hubieran quedado suspendidas como consecuencia de la declaración de concurso se reanudarán, acumulándose al procedimiento de ejecución colectiva como pieza separada». La consecuencia es que el procedimiento de ejecución hipotecaria suspendido deberá reanudarse conforme al último inciso del artículo 57.3 citado, acumulándose al procedimiento de concurso para su prosecución en pieza separada.

Por otra parte, es cierto que aprobado el convenio cesan los efectos del concurso, pero este no concluye hasta que no se dicte la resolución prevista en el artículo 176 de la Ley Concursal. Con el convenio se produce una suspensión temporal de sus efectos, pero el deudor sigue en concurso hasta que se declare su conclusión. El tenor literal del artículo 57.1 de la Ley Concursal al utilizar la expresión «durante la tramitación del concurso», en puridad, comprende hasta su conclusión, por tanto mientras no se dicte la resolución prevista en el artículo 176 se está tramitando el concurso a estos efectos, como tiene declarado el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Primera, 146/2015, de 26 de marzo) por lo que hasta ese momento la competencia sería del juez del concurso.

Resolución de 24-7-2019
*BOE* 25-9-2019
Registro de la Propiedad de Eivissa, número 4.

AUTOCONTRATO: DIFERENCIA CON LAS SITUACIONES DE CONFLICTO DE INTERESES EN EL ÁMBITO SOCIETARIO.

Como punto de partida, debe distinguirse claramente entre las situaciones de verdadero autocontrato, que sí limitarían el poder de representación de los administradores sociales, y las de simple conflicto de interés en las que no exista verdadero autocontrato, toda vez que este último necesariamente implica una coincidencia de personas en las dos partes del negocio.

Esta Dirección General ya ha tenido ocasión de examinar los problemas que pueden derivarse de los conflictos de intereses en el ámbito societario en la vigente legislación, llegando a unas conclusiones que son plenamente trasladables al presente caso; y si tales conflictos —como no podría ser de otra forma— están sujetos a una posible impugnación, su control es exclusivamente judicial, lo que implica excluir que puedan ser objeto de calificación registral, pues tales situaciones no limitan el poder representativo de los administradores, tal y como afirmó en la citada resolución de 3 de agosto de 2016.

Frente a los diversos grados de ineficacia del autocontrato del artículo 1459 del Código civil, el conflicto de intereses en el ámbito societario provoca unos efectos diversos como ha quedado expuesto (arts. 227.2 y 232 de la Ley de Sociedades de Capital). Este supuesto de ineficacia previsto en el artículo 232 Ley de Sociedades de Capital por infracción del deber de lealtad, debe compaginarse, a su vez, con el ámbito de representación del órgano de administración. Por ello, desde una perspectiva general puede afirmarse que el acto realizado infringiendo el deber de lealtad pudiera tenerse por eficaz, desde el punto de vista representativo, (dejando acaso la salvedad de supuestos en que del documento presentado resulte patente su nulidad) en tanto no se declare judicialmente su ineficacia.

En el presente supuesto no se celebra un contrato entre las dos sociedades que comparecieron en la escritura representadas por un mismo administrador, sino que el negocio jurídico que tiene acceso al Registro es el celebrado por una de ellas (la cesionaria) con la sociedad cedente, siendo la intervención del deudor cedido completamente ajena a la mutación jurídico real cuyo reflejo tabular se pretende, pues queda en el mero campo obligacional. Y, por supuesto, quedará en el campo del proceso —y solo en él— la posible vulneración del deber de lealtad de los administradores, algo que ni el registrador ni esta Dirección General pueden entrar a valorar.

Desde el punto de vista de Derecho civil, la cesión de crédito como negocio y como efecto traslativo se perfecciona por el mero consentimiento de cedente y cesionario (de conformidad con la teoría general del negocio jurídico, especialmente los arts. 1254 y 1258 CC), y por él opera la transmisión del derecho, y sin necesidad del consentimiento del deudor, ni siquiera de su conocimiento, pudiendo incluso llevarse a cabo contra su voluntad. Pasando a ahora a la perspectiva hipotecaria, la legitimación sustantiva y procesal del cesionario no depende de la notificación al deudor y menos aún de su intervención, de modo que cuando se trate de la cesión de un crédito hipotecario su inscripción en el Registro de la Propiedad no se puede hacer depender de ella, pues solo dependerá de que se cumpla lo establecido en el artículo 149 de la Ley Hipotecaria.

Resolución de 24-7-2019
*BOE* 25-9-2019
Registro de la Propiedad de Colmenar Viejo, número 2.

EXPEDIENTE DEL ARTÍCULO 199 LH: 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, al establecer que la inscripción contendrá siempre tal incorporación con carácter preceptivo siempre que se «inmatricule una finca, o se realicen operaciones de parcelación, reparcelación, concentración parcelaria, segregación, división, agrupación o agregación, expropiación forzosa o deslinde que determinen una reordenación de los terrenos, la representación gráfica georreferenciada de la finca que complete su descripción literaria, expresándose, si constaren debidamente acreditadas, las coordenadas georreferenciadas de sus vértices».

Téngase en cuenta que la principal finalidad de tales actuaciones del artículo 199 de la Ley Hipotecaria es la tutela de los eventuales derechos de titulares de fincas colindantes, siempre que estas se vean afectadas por la representación gráfica que pretende inscribirse, de tal modo que carece de sentido generalizar tales tramites cuando de la calificación registral de la representación gráfica no resulta afectado colindante alguno. De ahí que del propio tenor del artículo 9 se deduce la posibilidad de inscripción de representación gráfica sin realizar tales actuaciones, en los supuestos en los que 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. En el caso de este expediente el título expresa rectificaciones descriptivas, no solo de superficie, sino también de linderos fijos y móviles, de cada una de las fincas que se agrupan, lo que justifica la realización de las actuaciones previstas en el artículo 199 de la Ley Hipotecaria.

Como ya se indicó en las resoluciones de 14 de noviembre de 2016 o 21 de mayo de 2018, el artículo 342 del Reglamento Hipotecario dispone que «también podrán expedir los Registradores, a petición de los interesados, certificaciones de los documentos que conserven en su archivo y respecto de los cuales puedan considerarse como sus archiveros naturales», documentos entre los que, sin duda, se encuentran los incorporados a las actuaciones del artículo 199 de la Ley Hipotecaria. Esta posibilidad debe entenderse limitada a los efectos informativos que se desprenden de los citados preceptos, sin que en ningún caso pueda traducirse en nuevos trámites no contemplados en el referido precepto.

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.

Toda vez que existen dudas que impiden la inscripción de la representación gráfica, podrá acudirse al procedimiento del deslinde regulado en el artículo 200 de la Ley Hipotecaria (tal y como prevé para estos casos el propio artículo 199), sin perjuicio de poder acudir al juicio declarativo correspondiente (cfr. art. 198 de la Ley Hipotecaria).

Resolución de 24-7-2019
*BOE* 25-9-2019
Registro de la Propiedad de Madrid, número 40.

EXPEDIENTE DEL ARTÍCULO 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

El registrador debe calificar en todo caso la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, que pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o a que se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. 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 el presente caso el registrador en la nota de calificación acoge las alegaciones de dos colindantes, acerca de la existencia de un camino, los cuales no aportan documentación alguna en apoyo de las mismas. Siguiendo la doctrina de esta Dirección General (cfr. «Vistos»), no es razonable entender que la mera oposición que no esté debidamente fundamentada, aportando una prueba escrita del derecho de quien formula tal oposición, pueda hacer derivar el procedimiento a la jurisdicción contenciosa. Por otra parte, se fundamenta el registrador en la procedencia de la finca por segregación, afirmando que, según doctrina de esta Dirección General «no cabe inscribir excesos de cabida en fincas procedentes de segregación». Esta lacónica expresión de la nota de calificación no puede considerarse suficiente para impedir la inscripción solicitada.

Resolución de 24-7-2019
*BOE* 25-9-2019
Registro de la Propiedad de San Javier, número 1.

DOMINIO PÚBLICO MARÍTIMO TERRESTRE: SU PROTECCIÓN A TRAVÉS DEL CONTROL REGISTRAL.

La necesidad de aportar certificado acreditativo de la no invasión del dominio público marítimo-terrestre en toda transmisión de inmuebles lindantes con el dominio público se establecía en el artículo 35 en relación con los artículos 31 y 33 del Real Decreto 1471/1989, de 1 de diciembre, por el que se aprueba el reglamento general para desarrollo y ejecución de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, hoy derogado. La legalidad de este precepto fue indiscutida sobre la base de la jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo, a la que esta Direc-

ción General adecuó su doctrina en resoluciones de fechas 6 de octubre de 2008 y 18 de agosto de 2010.

Tras la derogación del citado Real Decreto 1471/1989, de 1 de diciembre, la cuestión de la protección registral del dominio público marítimo-terrestre en segundas y posteriores inscripciones viene regulada en el artículo 36 del Real Decreto 876/2014, de 10 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de Costas. El eje fundamental sobre el que gira la tutela del dominio público marítimo-terrestre en la regulación del Reglamento General de Costas es la incorporación al Sistema Informático Registral de la representación gráfica georreferenciada en la cartografía catastral, tanto de la línea de dominio público marítimo-terrestre, como de las servidumbres de tránsito y protección, que ha de trasladar en soporte electrónico la Dirección General de Sostenibilidad de la Costa y del Mar a la Dirección General de los Registros y del Notariado (apartado 2 del artículo 33).

Por tanto, con la nueva regulación se pretende que el registrador pueda comprobar directamente, a la vista de las representaciones gráficas, la situación de las fincas en relación al dominio público y las servidumbres legales. Solo en el caso en el que de tal comprobación resulte invasión o intersección, procedería la solicitud por el registrador de un pronunciamiento al respecto al Servicio Periférico de Costas. En los casos en los que las aplicaciones informáticas para el tratamiento de bases gráficas no dispongan de la información correspondiente a la representación gráfica georreferenciada de la línea de dominio público marítimo-terrestre y de las servidumbres de tránsito y protección, podría determinarse la colindancia o intersección así como si la finca invade o no el dominio público marítimo-terrestre y su situación en relación con dichas servidumbres, mediante la previa aportación de certificación del Servicio Periférico de Costas comprensiva de tales extremos y referida a la representación gráfica que obre en tal Administración.

En el presente caso, el dato de que la finca invade en parte el dominio público marítimo-terrestre, resulta con claridad de varias fuentes distintas, y todas ellas concordantes. En cuanto a las alegaciones relativas a la aplicación de las normas generales de procedimiento administrativo, ciertamente la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en su artículo 28 regula el derecho de los interesados «a no aportar documentos que ya se encuentren en poder de la Administración actuante o hayan sido elaborados por cualquier otra Administración». Ahora bien, este precepto tampoco es extrapolable al ámbito de la calificación registral, pues la citada Ley no es la norma rectora del procedimiento registral.

Resolución de 24-7-2019
*BOE* 25-9-2019
Registro de la Propiedad de Almodóvar del Campo.

CONCILIACIÓN REGISTRAL: NATURALEZA, EFECTOS Y POSIBLES RECURSOS. BIENES GANANCIALES: EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE AMBOS CÓNYUGES SOBRE EL CARÁCTER GANANCIAL.

Antes de entrar en el estudio del presente expediente, es preciso analizar si la negativa del registrador a la admisión de una solicitud de conciliación es una calificación susceptible de recurso, entendido como el instrumento por el cual los interesados pueden recurrir las calificaciones negativas de los registradores ante

la Dirección General de los Registros y del Notariado en la forma y según los trámites previstos en la Ley Hipotecaria. La decisión del registrador declarando la procedencia de la solicitud de inicio de la conciliación es un acuerdo adoptado por quien, en este procedimiento, es la autoridad pública competente para tomar tal decisión, ya que es el designado legalmente para determinar si concurren los requisitos exigibles para admitirla, sin perjuicio del eventual recurso de alzada ante esta Dirección General de los Registros y del Notariado o de la oportuna impugnación ante los Tribunales de Justicia, al carecer las resoluciones administrativas del efecto de cosa juzgada (art. 114 de la Ley 39/2015, de 1 octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas).

Entrando en el fondo del presente expediente, en cuanto al primero de los defectos, el artículo 19.3 Ley de la Jurisdicción Voluntaria implica impedir la repetición indebida de expedientes de conciliación y procurar, mediante el efecto de vinculación positiva a lo resuelto anteriormente, la armonía de las resoluciones que se pronuncien sobre el fondo en asuntos conexos. Las resoluciones recaídas en conciliación no tienen efecto de cosa juzgada entendido en sentido estricto, ya que no impiden la interposición de un posterior procedimiento judicial, artículo 19.4, pero la fuerza vinculante de los acuerdos recogidos en el acta de conciliación si permite entender que respecto a otros expedientes el acuerdo alcanzado opera con un efecto similar, si bien tan solo en el ámbito de la propia Jurisdicción Voluntaria. Debe ser en el momento de la comparecencia, artículo 18.2.3.º, cuando los interesados formulen oposición y puedan alegar que ha existido un expediente de jurisdicción voluntaria en el que ha recaído resolución firme sobre idéntico objeto.

En el supuesto de este expediente, en la inscripción 5.ª de la finca figura que los cónyuges adquirentes la compran para la sociedad de gananciales de su matrimonio, e inscribiéndose por tanto la finca con carácter ganancial conforme al artículo 93 del Reglamento Hipotecario cuando dispone que se inscribirán a nombre de marido y mujer, con carácter ganancial, los bienes adquiridos a título oneroso y a costa del caudal común por ambos cónyuges para la comunidad o atribuyéndoles de común acuerdo tal condición o adquiriéndolos en forma conjunta y sin atribución de cuotas. Conforme a lo anteriormente expuesto (sentencia TS de 27 de mayo de 2019), frente a la atribución de ganancialidad realizada de forma voluntaria por los cónyuges, como es el caso, sí cabe la prueba posterior del carácter privativo del dinero invertido, aunque sería irrelevante a efectos de alterar la naturaleza ganancial del bien, que ha quedado fijada por la declaración de voluntad de los cónyuges. Sin embargo, puede ser determinante del derecho de reembolso a favor del aportante.

En cuanto a la confesión de privatividad pretendida, es evidente que puede ser posterior a la adquisición e inscripción, como resulta del propio artículo 95.6 RH. Ahora bien debe examinarse si el hecho de haberse manifestado en la escritura de venta por ambos cónyuges que adquieren para la sociedad de gananciales constituye una aseveración o confesión previa que no admite otra manifestación contraria posterior conforme al artículo 95.6 del Reglamento Hipotecario. A la vista de la citada STS, no parece que pueda identificarse esa presunción de voluntad común con una aseveración o confesión, que necesariamente debe ser expresa, sobre el carácter privativo del precio pagado y que impediría una aseveración o confesión en contra conforme al citado artículo 95.6 del Reglamento Hipotecario.

El conciliador, a diferencia del mediador, tiene una presencia activa en la resolución del conflicto, y aun cuando el acuerdo final deba ser adoptado por las partes, debe asesorar a los solicitantes de conciliación acerca de las consecuencias jurídicas de las diferentes soluciones posibles. En conclusión, siendo los

efectos patrimoniales del matrimonio, y entre ellos la disolución de la sociedad de gananciales, materia conciliable y no existiendo una aseveración o confesión anterior en los términos antes relacionados, no se aprecian los obstáculos referidos en la nota de calificación para admitir la solicitud de conciliación, si bien con las matizaciones señaladas en los fundamentos anteriores.

## Registro Mercantil y Bienes Muebles

por Ana M.ª DEL VALLE HERNÁNDEZ

Resolución de 19-7-2019
*BOE* 7-8-2019
Registro Mercantil de Asturias, número I.

ESTATUTOS. CONVOCATORIA DE JUNTA. FORMA.

Para enjuiciar la admisibilidad o el rechazo de los procedimientos estatutarios de convocatoria debe apreciarse si cumplen o no las garantías del derecho de información del socio. Así, se admite el correo certificado con acuse de recibo; procedimientos telemáticos, mediante el uso de firma electrónica; correo electrónico a la dirección que conste en el libro de socios con previsión de un procedimiento que permita el acuse de recibo (como solicitud de confirmación de lectura u otro que permita obtener prueba de la remisión y recepción). En el caso debatido se considera admisible la convocatoria por medio de cualquier procedimiento de comunicación, individual y escrita, por medios electrónicos que asegure la recepción del anuncio por todos los socios en la dirección de correo electrónico facilitada por cada socio y que conste asimismo en el Libro Registro de Socios, con confirmación de lectura, y con previsión de que la negativa de confirmación a la petición de lectura del envío producirá los efectos de la misma siempre que no hubiera sido devuelto por el sistema. Se entiende que, acreditada en la forma pactada la remisión y recepción de la comunicación telemática, prevalece tal procedimiento sobre la actitud obstruccionista del socio que se niegue a dicha confirmación de lectura, de suerte que en tal caso incumbirá a dicho socio la prueba de la eventual falta de convocatoria.

Resolución de 22-7-2019.
*BOE* 8-9-2019
Registro Mercantil de Alicante, número I.

CIERRE REGISTRAL. BAJA EN EL ÍNDICE DE ENTIDADES DE HACIENDA. FALTA DE DEPÓSITO DE CUENTAS.

De conformidad con reiteradísima doctrina de este Centro Directivo (*vid.* resoluciones antes reseñadas), y a la luz de los artículos 282 de la Ley de Sociedades de Capital y 378 del Reglamento del Registro Mercantil, el incumplimiento de la obligación del depósito de las cuentas anuales lleva aparejada la sanción del cierre

registral, de modo que ningún acuerdo o documento de la sociedad podrá ser inscrito en tanto persista el incumplimiento, salvo las excepciones legalmente establecidas, entre las que no se halla ni el nombramiento del nuevo administrador, ni una modificación de estatutos. En cuanto a la situación de baja en el Índice de Hacienda, la regulación actual se contiene en el artículo 119.2 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto de Sociedades con un contenido idéntico al de su precedente y se completa con el artículo 96 RRM. Vigente la nota marginal de cierre por baja provisional en el Índice de Entidades, no se puede practicar ningún asiento en la hoja abierta a la sociedad afectada, salvo los asientos ordenados por la autoridad judicial y la certificación de alta en dicho Índice. Por tanto, este cierre impide la inscripción tanto del nombramiento del nuevo administrador como la del cese del anterior. Las consecuencias de este cierre difieren de las que se producen en el caso de cierre por falta de depósito de cuentas (arts. 282 LSC y 378 RRM) en el que se admite como excepción también la inscripción del cese o dimisión de administradores, aunque no el nombramiento de los que hayan de sustituirles. Y ello es así porque el cierre en el primer caso está motivado por un incumplimiento de obligaciones fiscales del que puede responder el administrador, por lo que no debe facilitarse su desvinculación frente a terceros.

Resolución de 23-7-2019
BOE 25-9-2019
Registro Mercantil de Córdoba

UNIPERSONALIDAD. CAMBIO DE SOCIO ÚNICO.

El incumplimiento de la obligación del depósito de las cuentas anuales lleva aparejada la sanción del cierre registral, de modo que ningún acuerdo o documento de la sociedad podrá ser inscrito en tanto persista el incumplimiento, salvo las excepciones legalmente establecidas, entre las que no se halla el cambio de socio único. En el caso de adquisición o pérdida del carácter unipersonal o de cambio de socio único, es la sociedad, no el socio, la llamada a constatarlo, pues la condición de socio único se pone de manifiesto a través del contenido del Libro Registro de Socios que debe llevar la propia sociedad. En este caso no procede la inscripción del cambio de socio único mediante la presentación de la escritura de compraventa de participaciones sociales, pues en ella no consta la declaración expresa del cambio de socio único realizada por el administrador único vigente e inscrito en el Registro. La revocación del NIF provoca una nota marginal de cierre distinta a la que provoca la baja provisional del Índice de Sociedades, pero el efecto de cierre total de la hoja es el mismo.).

Resolución de 23-7-2019
*BOE* 25-9-2019
Registro Mercantil de Málaga, número III.

SUSPENSIÓN. ACTA DE JUNTA. DECLARACIONES DEL PRESIDENTE. ORDEN DEL DÍA. CAMBIO DE SISTEMA DE ADMINISTRACIÓN.

Mientras estén vigentes asientos de presentación anteriores al del documento que se presente a inscripción, lo procedente es aplazar o suspender la calificación

de dicho documento mientras no se despachen los títulos previamente presentados. Aunque el presidente de la Junta es quien debe declararla válidamente constituida, determinando qué socios asisten presentes o representados y cual es su participación en el capital social, así como proclamar el resultado de las votaciones de forma que las manifestaciones u observaciones de los asistentes recogidas en la propia acta no pueden tener a efectos registrales el mismo valor que aquellas, el registrador no queda vinculado por la actuación del presidente cuando la declaración de este resulta contradicha por la documentación aportada y los asientos del Registro Mercantil. Así lo ha entendido el Centro Directivo en casos de existencia de Juntas contradictorias; o dos listas de asistentes diferentes; o dos Libros de socios; o cuando del acta notarial de Junta general resulta patentemente la arbitrariedad en la privación del derecho de voto. Y así ocurre en el caso ahora contemplado, en que se ha prescindido de la legitimación que, como socios, corresponde a los herederos del socio fallecido mientras no se haya consumado el ejercicio del derecho de adquisición preferente mediante el reembolso al socio heredero o legatario del valor de sus participaciones. Aunque no figure en el orden del día la Junta puede acordar el cese y nombramiento de un administrador mancomunado, pero no el cambio de órgano de administración que supone el convertir al administrador mancomunado restante en único. Ese acuerdo además debe consignarse en escritura pública, sin que baste para su inscripción el acta notarial de Junta.

Resolución de 24-7-2019
*BOE* 25-9-2019
Registro Mercantil de Madrid, número XXIII.

IMPOSICIÓN DE COSTAS. ESTATUTOS. REPRODUCCIÓN PARCIAL DE PRECEPTOS LEGALES. CONVOCATORIA. EXPRESIÓN DEL CARGO DEL CONVOCANTE.

La falta de coincidencia total de la denominación social que consta en la comunicación de la AEAT del NIF y/o en el impreso 600 y la que consta en la certificación del RMC y en los estatutos no constituye defecto, porque no hay ninguna duda de la sociedad respecto de la cual se ha solicitado el NIF provisional. No es necesaria por superflua la reproducción en los estatutos de preceptos legales pero, si se incorporan parcialmente, no cabe practicar la inscripción si ello puede dar lugar a confusión. Así ocurre en este caso en el que, al regular estatutariamente el contenido que debe tener la convocatoria de Junta, se omite el dato de que debe expresarse el cargo de la persona o personas que realicen la convocatoria, pues se siembra la duda de que con ello se quiera excluir esa exigencia legal imperativa. Ante la petición por parte del notario recurrente de imposición de las costas del recurso al registrador, la Dirección General resuelve que, aunque no es preceptiva la intervención de abogado y procurador ni existen tasas, en cambio sí que pueden ocasionarse otros gastos (p. ej. costes de expedición de copias o testimonios así como cualquier otro desembolso que tengan su origen directo e inmediato en la existencia de este procedimiento) que, una vez acreditados debidamente, habrán de ser resarcidos. Pero en el presente caso no accede a dicha solicitud, toda vez que la calificación impugnada es parcialmente confirmada y no concurren circunstancias que denoten ignorancia inexcusable del registrador.

# Resoluciones publicadas en el DOGC

Por María TENZA LLORENTE

Resolución de 25-7-2019
DOGC 7-8-2019
Registro de Propiedad de Granollers, número 3.

DERECHO REGISTRAL. CONDICIÓN RESOLUTORIA. COMPETENCIA DE LA DGCAT.

En materia procedimental, la Dirección General reitera sus pronunciamientos anteriores en relación a su ámbito competencial[1]. Al respecto, se ha de recordar que la sentencia de Tribunal Constitucional 4/2014, de 16 de enero (fundamento de derecho tercero) declaró inconstitucionales los *incisos y al menos uno se basa en normas del Derecho catalán o en su infracción*» e «*incluidos los que no aleguen la infracción de una norma del Derecho catalán*» del artículo 3.4 de la Ley 5/2009, de 28 de abril, en cuanto atribuye a la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de la Generalitat la competencia para resolver los recursos cuando las cuestiones registrales planteadas exceden del marco estricto del Derecho civil catalán. Pues bien, en este caso la Dirección General de Derecho considera que solo se declaró la inconstitucionalidad en relación a los recursos interpuestos por varios interesados que fueran mixtos, pero no en lo atinente a los recursos mixtos interpuestos por un solo interesado, ya que en relación al artículo 1 no se admitió por el Tribunal Constitucional el recurso de inconstitucionalidad. Este caso reviste especial complejidad por cuanto que de los inmuebles enajenados (doscientos cincuenta y dos), seis estaban ubicados fuera de Cataluña. En la regulación de otras materias también se plantea este mismo problema. Así, por lo que respecta al Código de Consumo (Ley 22/2010, de 20 de julio), en aquellos supuestos de constitución de una única hipoteca que recaiga sobre bienes ubicados dentro y fuera de Cataluña, para los que el régimen será distinto como se irá viendo, lo cual puede ocasionar obstáculos en el tráfico jurídico. En efecto, la existencia de fincas radicantes en Distritos hipotecarios fuera de territorio catalán obligaría a que la calificación registral de las hipotecas concertadas por los consumidores sea distinta, sin que exista ningún criterio accesorio para solventar esta necesidad de pactar regímenes jurídicos diferentes, ni por la cuantía de la hipoteca, ni por ubicación del mayor número de fincas hipotecadas, ni por la residencia del hipotecante. Pero a este respecto, la resolución de 14 de julio de 2017 (fundamentos de Derecho tercero y cuarto) con cita de las resoluciones de 25 de septiembre de 2015; once resoluciones posteriores de fechas 9 (dos), 10 (dos) y 21 de octubre, 10 (dos) y 17 de noviembre y 21 de diciembre de 2015 y 4 de enero y 9 de marzo de 2016 fundamenta su competencia para resolver recursos mixtos, es decir, basados en cuestiones específicas de derecho catalán como, además, en cuestiones de derecho común u otros derechos pues en los supuestos debatidos la materia discutida no versaba sobre Derecho especial catalán, sino sobre la determinación de las consecuencias civiles o contractuales de la aplicación de la normativa sobre protección de los consumidores y de las cláusulas abusivas de los contratos de préstamo o crédito hipotecario, la calificación registral de tales cláusulas y la regulación de los efectos que la aplicación de tal normativa y la

apreciación registral de las mismas tiene sobre su inscripción, lo que es ajeno al Derecho catalán ya que está regulada por disposiciones de ámbito estatal. En el caso de la resolución objeto de comentario, la aplicación de los artículos 10 y 16 del Código civil no altera, según la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas, su competencia para la resolución del recurso, al ser la cuestión de fondo debatida materia propia de Derecho civil catalán. Por lo que respecta a la lengua en la que se han de redactar las notas, el fundamento de Derecho 1.3 de la resolución de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de 18 de abril de 2006 señala que esa exigencia deriva del artículo 17 de la Ley de política lingüística, en especial en los puntos 2, 3 y 4, *a pesar de que ninguno haga una referencia específica a las notas de calificación*, pues, añade, si *se deben hacer los asientos en la lengua del documento, expedir las certificaciones en la de la petición y atender al público en la lengua que escoja la ciudadanía, es evidente que las notas de inscripción y de calificación se deben redactar en la lengua de la escritura*. En cuanto al contenido, el artículo 621-54 del Libro VI se vio afectado por la interposición de un recurso de inconstitucionalidad (número 2557-2017), pero el Pleno del Tribunal Constitucional, por auto de 3 de octubre de 2017, acordó levantarla. Este artículo regula detalladamente las condiciones de ejercicio de la condición resolutoria y su acceso al Registro. Algunos aspectos de su contenido reflejan la constante doctrina del Centro Directivo en esta materia, basada en la aplicación de los artículos 11 de la Ley Hipotecaria y 59 y 175 de su Reglamento. Hay que tener en cuenta que, como tiene declarado el Centro Directivo, en resolución de fecha 15 de noviembre de 2005, siguiendo otras anteriores como la de 22 de enero de 2001, el ejercicio de la condición resolutoria, según doctrina y jurisprudencia mayoritarias es un supuesto de autotutela extrajudicial de derechos y, por tanto, de interpretación restrictiva *ex* artículo 24 de la Constitución Española. En consecuencia, para que proceda la inscripción de la resolución de la compraventa, ha de constar la consignación de cantidades, se debe aportar el título del vendedor, contar con el consentimiento de titulares de asientos posteriores al mismo y quedar acreditado, en la forma exigida por la normativa y la interpretación del Centro Directivo, el incumplimiento de las prestaciones de la contraparte que motiva la resolución (resolución 23/9/1996, 6 de abril de 2006). En caso contrario procede acudir a la vía judicial, dado lo limitado del procedimiento registral y el principio de salvaguarda de los asientos registrales (arts. 1.3, 38 y 97 de la Ley Hipotecaria, resolución de 20 de diciembre de 1999, 28 de marzo de 2000, 8 de mayo de 2003, 25 de enero 2012, fundamento de derecho segundo y de 4 de marzo de 2014 y 28 de julio de 2016). Para un caso en que existía oposición, exige la declaración judicial la resolución de 5 de septiembre de 2016. En el mismo sentido se pronuncio el Centro Directivo en resolución de fecha uno de abril del año 2011 (fundamentos de derecho segundo y tercero) y de 6 de julio de 2012 (fundamento de derecho cuarto). En el mismo sentido se expresan el fundamento de derecho segundo de la resolución de 3 de octubre de 2017 y las resoluciones de fecha 10 y 15 de octubre de 2018. En todo caso, la cláusula penal pactada no puede afectar a los terceros ni afecta a la facultad moderadora del juez impuesta por el artículo 1154 del Código civil (fundamento de derecho tercero de la resolución de 10 de octubre de 2018 antes citada). En cambio, existen otros aspectos como la cuantía mínima impagada a partir de la cual se puede pactar la condición resolutoria (el 15 por ciento) o los importes que se pueden retornar, así como el procedimiento para ejercitar la resolución extrajudicialmente ante notario, incluyendo la práctica de nota marginal de certificación de dominio y cargas, aunque sin obligación por parte

del registrador de efectuar ninguna comunicación o la constancia de la nota marginal de afección a que se refieren los apartados cuatro y cinco del precepto, que tratándose de inmuebles radicantes en Cataluña según esta resolución, ha de ser respetado. En resumen, si son varios los inmuebles y radicantes algunos de ellos en Cataluña, se ha de aplicar la normativa especial catalana que regula la condición resolutoria, cuyo régimen es imperativo, al imponer unas garantías que quedan excluida del a *lex contractus*.

Resolución de 5-9-2019.
R.P. Granollers, número 3.

PROCEDIMIENTO REGISTRAL. DERECHOS REALES. OBJETO DE RECURSO Y LEGITIMACIÓN PARA RECURRIR. DERECHO DE RETENCIÓN.

Como cuestiones procedimentales, la Dirección General de Dret aborda tres cuestiones: el objeto del recurso, la lengua en que se desarrolla el procedimiento registral y la legitimación para recurrir. En relación a la primera, la Direcció General de Dret en resolución *JUS* 2018, 2561, de 30 de octubre[2], delimita el ámbito del recurso (art. 1 de la Ley 5/2009, de 28 de abril) en el sentido de excluir cuestiones ya resueltas en otro recurso. Además, es doctrina reiterada también del Centro Directivo, de conformidad con el artículo 326 de la Ley Hipotecaria, que los recursos gubernativos solo pueden tener por objeto las calificaciones negativas de los registradores y han de desestimarse cualesquiera otras cuestiones como los asientos ya practicados, la nulidad o el fraude del negocio jurídico (resoluciones de 7 de diciembre de 2012 o de 8 de abril de 2013), este último invocado como argumento en el recurso, que además queda fuera de la calificación del registrador (arts. 18 y 66 de la Ley Hipotecaria, resolución de 3 de junio de 2019, fundamento de derecho segundo párrafo tercero[3]). Por lo que respecta a la lengua del procedimiento y de las resoluciones que emite la Dirección, cabe efectuar una remisión al comentario de la resolución *JUS* 2019, 2185, de 25 de julio[4]. Por último, en cuanto a la legitimación, se infiere del artículo 325 de la Ley Hipotecaria, que solo los que tienen un interés o sus representantes, además de los funcionarios que enumera el precepto, pueden interponer recurso, carácter limitado que contrasta con el previsto, por ejemplo, en materia de consumidores, por el artículo 16 Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación. Así, el fundamento de derecho segundo de la resolución de 7 de enero de 2006, dictada en materia mercantil señala que para la interposición de un recurso es preciso *ostentar en nombre propio un verdadero interés jurídico-sustantivo en la extensión del asiento* (así también, fundamento de Derecho segundo de la resolución de la Dirección General de Registros y Notariado de 13 de enero de 2014). En lo que respecta al fondo de la cuestión, el derecho de retención se encuentra regulado en la Subsección Primera Sección Segunda del Capítulo IX del Título VI del Libro V[5] que posibilita su inscripción frente a la regla general del artículo 5 de la Ley Hipotecaria. Tradicionalmente considerado una facultad, la Ley 22/1991, de 29 de noviembre, estableció el régimen jurídico de este derecho para bienes muebles, que la Ley 19/2002, de 5 de julio, extendió a los inmuebles y de ahí se incorporó al Libro V. Se exige la posesión material, como ocurría en el supuesto de hecho, y la existencia de un pretendido crédito el precio de la compra, que no figura enumerado expresamente en el artículo 569-4 del Libro V, pero la letra e) establece un sistema de *numerus apertus* (cuestión

distinta es que la naturaleza jurídica de la contraprestación genere este derecho). No obstante, sí se genera teniendo en cuenta los costes una eventual obra sobre la finca que efectuó la recurrente como parece desprenderse del acta de manifestaciones (art. 569-4 letra c). Por lo que hace a la formalización, el artículo 569-5 del Libro V establece un procedimiento que exige notificación notarial a los titulares y otorgamiento de la escritura pública por estos (párrafo tercero), manifestación de los principios registrales de tracto sucesivo (art. 20 de la Ley Hipotecaria) y de titulación auténtica (art. 3 de la Ley Hipotecaria). En cuanto la notificación, se había efectuado por burofax y sin observar las formalidades del artículo 202 del Reglamento Notarial, que para algún sector jurisprudencial es requisito constitutivo (SAP Barcelona 16 de marzo de 1999 o SAP Barcelona Sección 13, de 6 de abril de 2011, fundamento de derecho tercero[6], contra STSJ 29/2018, de 26 de julio, fundamento de derecho segundo[7], con cita de otras anteriores como la STSJ, Sala Civil y Penal, 24/2008, de 26 de junio) y que para la doctrina es discutible (JORDÀ CAPITÁN, CAMPO VILLEGAS). En caso de negativa de los titulares, el artículo 708 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil arbitra un procedimiento para hacer efectiva la obligación de su otorgamiento (así, resoluciones de la Dirección General de Registros y Notariado de 21 de octubre de 2014 (fundamentos de derecho tercero y cuarto) o 25 de enero y 6 de septiembre de 2016 (fundamento de derecho tercero) y 18 de marzo de 2019 (fundamento de derecho segundo). De hecho, el artículo 569-10.2 solo permite esta vía de notificación en caso de bienes muebles de escaso valor. Por otra parte, en la hipótesis de que el bien no se encuentre inscrito, cabría acudir al procedimiento establecido por el artículo 203.2 de la Ley Hipotecaria. La inscripción del derecho de retención es declarativa, siguiendo la regla general, pero se erige en requisito para enervar al fe pública registral que consagra el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, pero para su inscripción es preciso un cumplimiento estricto del procedimiento previsto por el Libro V, pues como señala la STSJ de 26 de julio de 2018 antes citada, transcribiendo la STSJ 44/2014 de 23 de junio, *como advierte la doctrina civilista catalana, el ejercicio del derecho de retención por razón de los créditos refaccionarios vencidos y exigibles, como manifestación de la autotutela privada, se ve sometido a requisitos formales estrictos (arts. 569-4.c y 569-5 CCCat), entre los cuales se encuentra, en el caso de bienes muebles, la exigencia de un presupuesto escrito y aceptado, cuya finalidad no es otra que la de permitir fiscalizar la adecuación al mismo de la actividad finalmente realizada.* Por último, cabe señalar que el concepto de tercer poseedor en que se ampara la recurrente no es empleado en el sentido técnico establecido por el artículo 662 de la LEC, esto es, como el adquirente del inmueble hipotecado y con los derechos previstos por la Ley en cuanto al requerimiento de pago (arts. 132 y 133 de la Ley Hipotecaria y, 659 y 686 de la LEC 7 de julio, 13 de septiembre, 1 de diciembre de 2017 y, 15 de febrero y 20 de abril de 2018). No resulta del supuesto de hecho si la recurrente se trataba de una beneficiaria de las medidas previstas por el Capítulo V del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo de medidas urgentes de protección a deudores hipotecarios sin recursos, que en todo caso se trata de un arrendamiento. En resumen, solo pueden interponer recurso las personas que ostenten un derecho o interés legítimo en la materia objeto de recurso, que se ciñe a las calificaciones negativas de los registradores y el derecho de retención exige la intervención de sus titulares o resolución judicial en su defecto.

## NOTAS

[1] Ver comentario de la resolución *JUS* 2014, 1356, de 12 de junio, Boletín SERC número 171, mayo-junio de 2014, 16 a 21.

[2] Ver Boletín SERC núm. 196; noviembre-diciembre de 2018, 26 a 29.

[3] Según la Dirección que el registrador no puede llegar a la conclusión de que un negocio jurídico es fraudulento *dados los limitados medios en que se mueve la calificación registral, la misma ha de apoyarse en circunstancias objetivas que resulten de la propia escritura calificada, de los datos del Registro de la Propiedad en que ha de inscribirse la hipoteca o del contenido de otros registros públicos que puedan ser consultados por el registrador.*

[4] Ver Boletín SERC núm. 200; julio-agosto de 2019, 31 a 38.

[5] Ver sobre la regulación de este derecho Rosa Ana ARCHILLA ANDRÉS en José Luis Valle Muñoz, Rafael Arnáiz Ramos y Decanato Autonómico de los Registradores de Cataluña (Coord.) *Derechos Reales de Cataluña. Comentarios al libro quinto del Código civil de Cataluña,* Tomo II. Ed. Atelier, Barcelona, 2017, 1375-1424.

[6] *AC* 2011, 507. MP: María Ángeles GÓMEZ MASQUE.

[7] *RJ* 2018, 5128. MP: Jordi SEGUÍ PUNTAS.

# ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

# La nula atención de los hijos hacia sus padres ¿excusa para extinguir el derecho de alimentos de padres a hijos?

## *Is the no attention of children to your parents a scus to end the food right of parents to children?*

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE
*Profesora Titular de Derecho civil. UCM*

*RESUMEN*: La realidad social actual pone de manifiesto, en los últimos tiempos, la falta de relación entre progenitores e hijos. No solo las nuevas estructuras familiares propician situaciones en las que los progenitores han perdido todo contacto con hijos o tienen muy mala relación con ellos, sino también el alargamiento de la vida y la existencia de la llamada cuarta edad, el despego en las relaciones entre padres, hijos, abuelos... originan situaciones que afectan a distintos momentos de la familia, hasta hace pocos años impensables, donde las ausencias, el maltrato psicológico... conforman el día a día...

*ABSTRACT. The current social reality shows in recent times the lack of relationship between parents and children. Not only the new family structures lead to situations in which parents have lost all contact with children or have a very bad relationship with them, but also the lengthening of life and the existence of the so-called fourth age, the detachment in relationships between parents, grandparents, children ... originate situations that affect different moments of the family until a few years ago unthinkable where absences, psychological abuse ... make up the day to day ...*

PALABRAS CLAVE: Alimentos. Nulidad. Separación. Divorcio. Hijos mayores. Ausencia de relaciones paternofiliales.

*KEY WORDS: Alimony. Nullity. Separation and divorce. Adult children. Lack of relationship.*

*SUMARIO:* I. INTRODUCCIÓN.—II. EL MALTRATO PSICOLÓGICO COMO JUSTA CAUSA DE DESHEREDACIÓN. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 853.2 DEL CÓDIGO CIVIL.—III. LA REVOCACIÓN DE DONACIÓN POR INGRATITUD. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 648.1 DEL CÓDIGO CIVIL. —IV. EXTINCIÓN DE LA PENSIÓN DE ALIMENTOS POR EL PROGENITOR A LOS HIJOS MAYORES DE EDAD. (LA STS DE 19 DE FEBRERO DE 2019). —V. LA CESACIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE PRESTACIÓN DE ALIMENTOS A HIJOS MAYORES DE EDAD EN LA JURISPRUDENCIA DEL TS.—VI. OTROS SUPUESTOS: RENUNCIA A LA PATRIA POTESTAD POR LA ACTITUD CONFLICTIVA DE SUS HIJOS.—VII. CONCLUSIÓN.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.—IX. ÍNDICE DE SENTENCIAS (DEL TS Y AP) CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO. —X. LEGISLACIÓN CITADA.

## I. INTRODUCCIÓN

Fruto de la evolución de los tiempos y para adecuar soluciones a la realidad social se ha producido durante los últimos años un cambio jurisprudencial con respecto a lo señalado por la Ley en diferentes ámbitos: ya sea en relación con el derecho sucesorio, o con el derecho de familia.

Los problemas jurídicos han surgido ligados a las relaciones familiares que realmente es el ámbito social donde los cambios se originan con mayor rapidez.

Así, por ejemplo, hace unos años era impensable que hubiese un desapego intergeneracional, o que los ancianos viviesen (y muriesen) en soledad sin contacto familiar, o que la existencia de malos tratos psicológicos hacia nuestros mayores no fuera algo inaudito.

Y no ha sido el legislador (salvo un caso puntual, en Cataluña) sino la jurisprudencia del TS quien ha indicado en sus resoluciones, ante supuestos concretos, que no debe haber ni conductas de menosprecio, ni de abandono familiar de los hijos hacia el padre enfermo, ni rupturas de los deberes de consideración y gratitud hacia el donante… dando así una interpretación flexible a normas referidas al ámbito sucesorio, de desheredación, o incluso también de revocación de donaciones por ingratitud, o, *a la extinción en la pensión de alimentos hacia hijos mayores de edad por desapego de estos hacia su progenitor…*

Y a este último caso es al que nos vamos a referir, puesto que a los anteriores ya lo hicimos en su día, donde el Tribunal Supremo ha acordado que cabría la extinción de la *pensión de alimentos cuando la falta de relación manifiesta con el progenitor sea exclusivamente imputable al hijo mayor de edad*[1].

En este caso, el Tribunal recoge una situación con un trasfondo social muy común donde tras la ruptura matrimonial o de pareja de hecho de los progenitores, *los hijos ya mayores de edad, se desligan del progenitor que desde la separación cuando éstos eran menores se le consideraba como progenitor no custodio* obligado en aquellos momentos por la institución de la patria potestad al pago de una pensión para hacer frente a los gastos de su alimentación, educación, gastos sanitarios, incluso cuando el hijo ya es mayor de edad y hasta que no sea independiente económicamente.

Cuestiones que también ha puesto de manifiesto la doctrina científica para que sea el legislador el que tenga en cuenta estos cambios producidos en la realidad social y que los interpretadores del Derecho, los Tribunales ya han abordado de forma concreta, teniendo cobertura el legislador para que el Parlamento lleve a cabo su modificación[2].

*Conductas, todas ellas, reprochables moralmente con un trasfondo económico sancionador.*

## II. EL MALTRATO PSICOLÓGICO COMO JUSTA CAUSA DE DESHEREDACIÓN. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 853.2 DEL CÓDIGO CIVIL

El Alto Tribunal, en sentencia de 3 de junio de 2014[3] fijó e inició una nueva línea jurisprudencial relativa a la interpretación del artículo 853.2 del Código civil, en el sentido de entender el maltrato psicológico como justa *causa de desheredación incluyendo el maltrato psicológico en el concepto de maltrato de obra,* haciéndose referencia a la conducta de menosprecio y de abandono familiar de los hijos hacia el padre enfermo, que no se han interesado por él durante los últimos siete años de vida.

Jurisprudencia continuada por la STS de 30 de enero de 2015[4] que además de seguir con la línea anteriormente expuesta, y de introducir dentro de la expresión «maltrato de obra» el *maltrato psicológico,* expresa que éste supone, *un menoscabo o lesión de la salud mental de la víctima*. El hijo desheredado arrebató dolosamente a la madre todos sus bienes y le dejó sin ingresos para afrontar dignamente la última etapa de su vida. Ello le causó a la testadora un estado de zozobra y afectación profunda que le acompañó los últimos años de su vida.

La doctrina ha establecido la necesidad de considerar la ausencia de relación familiar como causa de desheredación independiente[5].

## III. LA REVOCACIÓN DE DONACIÓN POR INGRATITUD. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 648.1 DEL CÓDIGO CIVIL

Posteriormente, el TS en su sentencia de 20 de julio de 2015[6], fijó como doctrina jurisprudencial, pero en el ámbito de las donaciones, 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». Indica, además, que aunque las causas de revocación de la donación sean únicamente las que expresamente contempla la norma, y ello suponga su enumeración taxativa, sin posibilidad de aplicación analógica, ni de interpretación extensiva, esto no significa que los elementos conceptuales contemplados por la norma, deban ser, asimismo, objeto de interpretación rígida o sumamente restrictiva.

El TS mantiene que para considerar la conducta como causa de ingratitud basta la existencia de una *conducta del donatario socialmente reprobable,* (incluso revistiendo caracteres delictivos, aunque no estén formalmente declarados como tales), o que la misma resulte ofensiva para el donante, e independientemente de que se hubiera producido previamente una sentencia penal condenatoria, o ni tan siquiera el procedimiento penal se hubiera iniciado.

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 un hecho integrado en la causa de ingratitud del artículo 648.1 del Código civil.

Y dentro de esa conducta socialmente reprobable se encuentra en la actualidad el *maltrato de obra o psicológico del donatario*. Además su comisión atenta a los más elementales deberes de consideración y gratitud hacia el donante, dotando de fundamento a la revocación de la donación por ingratitud como sanción.

## IV. EXTINCIÓN DE LA PENSIÓN DE ALIMENTOS POR EL PROGENITOR A LOS HIJOS MAYORES DE EDAD. (LA STS DE 19 DE FEBRERO DE 2019)

En esta línea expuesta de analizar conductas reprochables moralmente cercanas al derecho de familia, que se están produciendo en nuestra avanzada sociedad del siglo XXI, con un claro tinte de sanción económica impuesta jurisprudencialmente, nos encontramos con un supuesto que ha sido estudiado por nuestro Alto Tribunal donde el hecho inicial se centra en el desapego y desinterés total de los hijos mayores de edad hacia su padre quien les está pagando su pensión alimenticia.

Supuesto de hecho que ya adelantamos se encuentra analizado en una norma de Derecho catalán, pues el legislador autonómico ha introducido *una causa legal de extinción de la obligación alimenticia para reforzar la correlación existente entre los alimentos legales, atribución forzosa, y los vínculos afectivos que, por lo común, genera el parentesco por consanguinidad en los grados más próximos*.

Entiende el legislador que *el derecho a los alimentos desaparece* no solo cuando se cometen los ataques más graves contra la vida, la integridad física, moral o patrimonial del alimentante (supuestos de los apartados letras a/, b/, c/ y d/ del art. 451-17.2 CCC), sino también *cuando se da una falta de relación familiar entre el alimentante y los hijos, que debe revestir las características de «manifiesta y continuada» y ser «exclusivamente imputable» al legitimario*.

Pues bien, la sentencia de 19 de febrero de 2019 analiza este supuesto. Pero antes indiquemos que la sentencia de instancia estimó la demanda de modificación de medidas definitivas y declaró extinguida la pensión de alimentos a favor de los hijos mayores de edad, de 25 y 20 años y ello porque el juzgador entendió que *la nula relación personal con el padre desde hace años y su total rechazo hacia él, se consideraba como una alteración sustancial de las circunstancias existentes cuando se dictó la sentencia de divorcio.* Posteriormente, la Audiencia Provincial en su sentencia siguió el mismo criterio confirmando el fallo del juez *a quo*.

El Alto Tribunal, en casación, encuentra justificada la necesidad de establecer jurisprudencia sobre un problema jurídico que plantea la realidad social, pues *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.*

Estudia el Tribunal Supremo el recurso de casación por *infracción de la doctrina sobre la cesación de la obligación de prestar alimentos a los hijos mayores de edad*. Aunque ya anticipamos que el Tribunal Supremo estimó el recurso de casación, casando la sentencia recurrida y desestimando el recurso interpuesto por el padre alimentante.

El núcleo central objeto de análisis por el TS se centra en concretar si la conducta de los hijos mayores de edad hacia su progenitor puede *amparar* la obligación de extinguir la pensión alimenticia que reciben de él. Determina que si la causa es una de las previstas para la desheredación no cabe la menor duda de que así sea, pero la duda a efectos de cese de la obligación alimenticia, es si

también se podría acudir a una interpretación flexible de las causas de desheredación conforme a la realidad social.

Como ya hemos indicado en Cataluña ya se tuvo en cuenta esta situación, ya que se prevé que la obligación de prestar alimentos se puede extinguir por el hecho de que el alimentado incurra en alguna causa de desheredación. Y entre las causas de desheredación contempla expresamente «la ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario, si es por una causa exclusivamente imputable al legitimario».

Causa ésta que el Código civil no recoge, por lo que el Tribunal deberá analizar el supuesto de hecho en relación con el principio de *solidaridad familiar e intergeneracional*, al *signo cultural* y los *valores de la realidad social y del momento*, ya que el legislador nacional no ha modificado ni establecido nada expresamente.

No obstante el TS indica que para admitir esta *vía de interpretación flexible de las causas de desheredación, a efectos de extinción de la pensión alimenticia*, debe analizarse no sólo su concurrencia sino que también *debe probarse la falta de relación manifiesta y que esa falta sea imputable, de forma principal y relevante al hijo*.

Incluso en la sentencia del Alto Tribunal se pone de manifiesto como las AAPP catalanas —que tienen un precepto expreso que prevé esa causa de extinción de la pensión de alimentos— han desestimado la extinción en una interpretación restrictiva cuando, se constata que *la falta de relación manifiesta no podía atribuirse única y exclusivamente al hijo alimentista*.

Y, ya adelantamos que precisamente el Tribunal Supremo, en la sentencia objeto de comentario[7], ha considerado relevante *para apreciar la causa de extinción de la pensión que la falta de relación manifiesta entre padre e hijos sea, de modo principal y relevante, imputable a éstos*. De modo que concluye que la interpretación de la norma ha de ser restrictiva y la prueba rigurosa, por lo que no puede apreciarse que concurra en el caso a enjuiciar ya que la propia sentencia de instancia recoge que la falta de relación manifiesta… «puede ser imputable a los alimentistas, sin que ello reste responsabilidades al padre».

Insiste en que «este carácter principal y relevante, de intensidad, no lo da por probado la propia sentencia (de la Audiencia), pues recoge que «puede» ser imputable a los alimentistas, esto es, categóricamente no lo tiene claro, y añade «sin que ello reste responsabilidades al padre por su falta de habilidades».

Parecido supuesto de hecho fue el que dio origen a la SAP de Albacete de 14 de julio de 2016[8]. Y, se anticipó a lo que ha dicho el Tribunal Supremo en esta sentencia que estamos comentando de 2019, dijo que la «ausencia de relación afectiva» entre el padre alimentante y la hija alimentista no puede fundar la extinción de la pensión de alimentos que aquél viene obligado a satisfacer a favor de ésta.

Realmente es una *mera cuestión de prueba*. Tanto en la SAP de Albacete como en la STS de 2019, el procedimiento se inició por una prueba de una *mala relación entre padre e hija, o el abandono de esta última*, o la nulidad de relación o el despego entre hijos y padre… que no puede conllevar una causa de extinción de la pensión por alimentos, dado que faltaría dar un paso. En el primer supuesto de hecho ese paso consistiría en probar que *esa mala relación* ha originado *una situación de deterioro psicológico en el alimentante*. Y, en el segundo caso, que no se ha probado que *la falta de relación se debiera únicamente a los hijos, y hubiera tenido su origen en la inexistencia de relación tras el divorcio de los padres cuando los hijos eran más pequeños*. En ambos casos, si se hubiera probado realmente ambas cuestiones sí cabría la aplicación de la causa de extinción de la obligación del pago de la pensión alimenticia.

En ambos casos los tribunales indican la existencia de una situación dolorosa para el padre, pero en el caso de Albacete, se afina aún más indicando que «no puede equipararse a un maltrato de obra, ni calificarse como una injuria grave de palabra, conceptos a los que se refiere el artículo 853 del Código civil para justificar la desheredación y, por remisión del artículo 152.4 del Código civil», y en el caso del Tribunal Supremo se insiste en que no se sabe si «la reiterada e ininterrumpida carencia de relaciones afectivas y de comunicación»…«es achacable al padre o a los hijos».

En ninguno de los dos casos hay un maltrato psicológico originado en los hijos y dirigida causal y dolosamente a producir un menoscabo de la salud mental de su víctima (progenitor) que es precisamente lo que originaría una causa de extinción de la obligación de satisfacer alimentos.

## V. LA CESACIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE PRESTACIÓN DE ALIMENTOS A HIJOS MAYORES DE EDAD EN LA JURISPRUDENCIA DEL TS

La obligación de prestar alimentos, se basa en el principio de la solidaridad familiar cuyo fundamento constitucional se halla en el artículo 39.1 CE que proclama que los poderes públicos han de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia. Obligación alimentaria, que supone la existencia de un acreedor que ha de reunir la condición de necesitado, y un deudor, que ha de tener los medios y bienes suficientes para atender la deuda.

Obligación alimenticia que se centra, ajustándose en nuestra realidad social, en los hijos mayores de edad.

Así la STS de 21 de septiembre[9] afirmó que «el derecho de alimentos del hijo mayor de edad continuado o sobrevenido a la extinción de la patria potestad conforme al artículo 93.2 del Código civil se apoya fundamentalmente en lo que la doctrina civilista ha denominado "principio de solidaridad familiar" que, a su vez, debe ponerse en relación con la actitud personal de quien se considera necesitado (art. 152 CC); y de este modo, se concluye que el contenido de la obligación de prestar alimentos respecto de los hijos mayores de edad se integra sólo por las situaciones de verdadera necesidad y no meramente asimiladas a las de los hijos menores.

Recibe un tratamiento diferente «según sean los hijos menores de edad, o no, pues al ser menores más que una obligación propiamente alimenticia lo que existen 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».

Anteriormente, la STS de 21 de noviembre[10], en otro ámbito, nos recordó que el artículo 93 del Código civil establece la necesidad de que los padres atiendan económicamente los alimentos de los hijos mayores de edad, si carecieran de ingresos propios, alcanzando a los que aún no hayan terminado su formación, por causa que no les sea imputable a los hijos (art. 142 CC). Y que el artículo 152 del Código civil establece la cesación de la obligación de prestar alimentos, cuando el hijo pueda ejercer una profesión u oficio.

Incluso la STS de 1 de marzo de 2001[11] ya había recordado que «la obligación de prestar alimentos se basa en el principio de solidaridad familiar y que tiene su fundamento constitucional en el artículo 39-1 de la Constitución española», así como que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 3-1 del Código civil, las

normas se interpretarán atendiendo a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas.…» cuando la solidaridad intergeneracional ha desaparecido por haber incurrido el legitimario en alguna de las conductas reprobables previstas en la ley es lícita su privación. No resultaría equitativo que quien renuncia a las relaciones familiares y al respaldo y ayuda de todo tipo que éstas comportan, pueda verse beneficiado después por una institución jurídica que encuentra su fundamento, precisamente, en los vínculos parentales».

Pero, y ¿qué ocurre en Cataluña donde ya hay una norma que regula esta cuestión? Las Audiencias Provinciales de Cataluña, que sí tienen un precepto expreso que prevé esa causa de extinción de la pensión de alimentos, han desestimado la extinción cuando, constatada la falta de relación manifiesta, no aparecía probado que tal circunstancia se atribuyese única y exclusivamente al hijo alimentista. Como así se indicó, por ejemplo, la SAP Lleida de 24 de septiembre[12]; y en la SAP Tarragona de 23 de marzo[13].

## VI. OTROS SUPUESTOS: RENUNCIA A LA PATRIA POTESTAD POR LA ACTITUD CONFLICTIVA DE SUS HIJOS

El título de este análisis jurisprudencial ha querido expresar con contundencia la posibilidad de que la nula atención de los hijos hacia sus padres realmente es una escusa que esconde el fin principal de los deseos del progenitor que es el de extinguir el derecho de alimentos, en este caso a hijos mayores de edad.

Pero en idéntica situación nos encontramos en otros supuestos de hecho, o planteados de forma indirecta ante los tribunales cuya finalidad es precisamente extinguir la pensión de alimentos.

Hay que comenzar poniendo de relieve que *la ausencia de relaciones paterno-filiales* no se contempla expresamente como causa tasada en el artículo 152 del Código civil para dar por extinguida la obligación alimenticia.

Veamos el supuesto de la sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares de 3 de diciembre de 2018[14]. En ella es desestimada la solicitud de un padre de renuncia a la patria potestad por la actitud conflictiva de sus hijos. Confirma la sentencia del juzgado, y, aunque reconoce la situación de los menores, que incluso *le amenazaron de muerte*, recuerda que la patria potestad no es un derecho renunciable sino que es un conglomerado de derechos y deberes de los padres que la ley establece.

No cabe la renuncia a la patria potestad, *decisión trascendente y de gravedad* por lo que solo puede limitarse a supuestos de índole excepcional que son los que establece la ley para la privación de la misma (art. 170 CC) y que se centran en los incumplimientos del progenitor de los deberes inherentes o bien por dictarse en causa criminal o matrimonial, pero nunca referidos al comportamiento de los hijos, que el ordenamiento establece para salvaguardar su interés. Recordemos, además, que la patria potestad es un conjunto de derechos-deberes que la Ley concede a los padres sobre la persona y bienes de sus hijos mientras son menores de edad y no emancipados.

Y renuncia a la patria potestad, porque en definitiva también se postulaba en dicha solicitud ante los tribunales la petición de extinción de la pensión de alimentos establecida en la sentencia de divorcio a favor de los menores.

Todo lo cual nos hace pensar que en la búsqueda de «librarse de pagar la pensión económica por parte de progenitores» se rodea a través «del juego» de la solicitud de renuncia a la patria potestad, u otras soluciones jurídicas más

complejas como sería la de acudir al mal comportamiento de los hijos (menores y/o mayores) para así llegar a obtener de los tribunales la extinción de la misma.

## VII. CONCLUSIÓN

Las nuevas estructuras familiares, el alargamiento de la vida y la existencia de la llamada cuarta edad, el desapego en las relaciones entre padres, hijos, abuelos… originan situaciones en las que se ha perdido todo contacto con los hijos, o existen malas relaciones con ellos, o peor aún donde hay maltrato psicológico.

Resulta necesario realizar una adecuación de las normas a la realidad social existente. De la jurisprudencia comentada se desprende el excesivo uso de delegación del poder legislativo en el poder judicial por vía, en este caso del artículo 3 del Código civil, precisamente por la falta de reforma y de ajuste de situaciones de hecho a la realidad social que nos toca vivir.

Las *víctimas que en estos casos son los padres* (causantes, donantes o deudores de una pensión de alimentos) no tienen a su disposición preceptos que amparen su situación. Las normas no están adaptadas a la realidad social en la que viven muchas víctimas.

Son conductas reprochables moralmente con trasfondo económico sancionador.

El Derecho debe ser el *corrector de conductas y actitudes no deseables*, de desatenciones, abandonos (conductas pasivas), vejaciones, humillaciones, de maltrato psicológico (conductas pasivas) que causan daños morales a los padres.

Se produce la perentoria necesidad de *repensar los supuestos de (in)coherencia vital y de (co)incoherencia legislativa*. Y, a fin de resolver estas cuestiones, el legislador de *lege ferendi* deberá indicar con claridad que la *reiterada e ininterrumpida carencia de relaciones afectivas y de comunicación con carácter bidireccional* son circunstancias que sirvan de base para la modificación de la pensión que el padre debe otorgar a los hijos menores ya sea por su deber inherente a la patria potestad, ya sea a los hijos mayores cuyo origen se encuentra en el principio de solidaridad familiar. Donde la prueba se constituye como elemento definitivo ya sea para acreditar la *situación de deterioro psicológico en el alimentante*, o bien para determinar que *la falta de relación se debiera únicamente a los hijos mayores*.

De probarse, deberá realizarse una necesaria *interpretación flexible* de conceptos ajustándolos a la realidad social. De modo que la causa de extinción de la pensión alimenticia del padre hacia el hijo mayor de edad podría tener su cauce en el *carácter abstracto del artículo 91 del Código civil* que sólo menciona la posibilidad de que las «medidas podrán ser modificadas cuando se alteren sustancialmente las circunstancias», lo que implica que no hay un *numerus clausus*.

## VIII. BIBLIOGRAFÍA

ECHEVARRÍA DE RADA, M.ª T.: La ausencia de relación familiar como causa autónoma de desheredación de hijos y descendientes, en *La Ley digital* (La Ley 8292/2019).

MAGRO SERVET, V.: El Código civil ante la extinción de la obligación de alimentos y desheredación de padres a hijos por maltrato, en *La Ley digital* (La Ley 8993/2019).

— Inexistencia de causa para la extinción de la obligación de la pensión alimenticia en los casos de pérdida de afecto del alimentista, en *La Ley digital* (La Ley 9539/2017).

MENDEZ TOJO, R.: Extinción de la pensión de alimentos a favor de los hijos mayores de edad: la novedosa STS 104/2019, de 19 de febrero. *La ley digital* (La Ley 7965/2019).

## IX. ÍNDICE DE SENTENCIAS (DEL TS Y AP) CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO

- STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 104/2019 de 19 de febrero de 2019, Rec. 1434/2018. Ponente: Eduardo Baena Ruiz. (La Ley 9270/2019. ECLI: ES:TS:2019:502).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 558/2016 de 21 de septiembre de 2016, Rec. 3153/2015. Ponente: Eduardo Baena Ruiz. (La Ley 124496/2016) ECLI: ES:TS:2016:4101.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 59/2015 de 30 de enero de 2015, Rec. 2199/2013. Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno. (La Ley 10075/2015. ECLI: ES:TS:2015:565).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 422/2015 de 20 de julio de 2015, Rec. 1681/2013. Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno. (La Ley 143819/2015. ECLI: ES:TS:2015:4153)
- STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 700/2014 de 21 de noviembre de 2014, Rec. 1839/2013. Ponente: Francisco Javier Arroyo Fiestas. (La Ley 255561/2014 ECLI: ES:TS:2014:5817).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 258/2014 de 3 de junio de 2014, Rec. 1212/2012 Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno. (La Ley 74491/2014). ECLI: ES:TS:2014:2484.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 184/2001 de 1 de marzo de 2001, Rec. 46/1996. Ponente: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta. (La Ley 3552/2001)
- SAP de Albacete, Sección 1.ª, sentencia 320/2016 de 14 de julio de 2016, Rec. 383/2016. Ponente: Cesáreo Miguel Monsalve Argandoña. (La Ley 120109/2016 ECLI: ES:APAB:2016:624)
- SAP de Barcelona, Sección 18.ª, sentencia 602/2017 de 29 de junio de 2017, Rec. 1205/2016. Ponente: Francisco Javier Pereda Gámez. (La Ley 213031/2017. ECLI: ES:APB:2017:13817).
- SAP de Tarragona, Sección 1.ª, sentencia 147/2017 de 23 de marzo de 2017, Rec. 637/2016. Ponente: Manuel Horacio García Rodríguez. (La Ley 74177/2017. ECLI: ES:APT:2017:429)
- SAP de Lleida, Sección 2.ª, sentencia 385/2014 de 24 de septiembre de 2014, Rec. 612/2013. Ponente: Ana Cristina Sainz Pereda. (La Ley 173810/2014 ECLI: ES:APL:2014:725).

## X. LEGISLACIÓN CITADA

- Constitución española
- Código civil
- Código civil catalán.

## NOTAS

[1] STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 104/2019 de 19 de febrero 2019, Rec. 1434/2018. Ponente: Eduardo BAENA RUIZ. (La Ley 9270/2019. ECLI: ES:TS:2019:502).

[2] MAGRO SERVET, Vicente: El Código civil ante la extinción de la obligación de alimentos y desheredación de padres a hijos por maltrato, en *La Ley digital*. (La Ley 8993/2019).

[3] STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 258/2014 de 3 de junio de 2014, Rec. 1212/2012 Ponente: Francisco Javier ORDUÑA MORENO. (La Ley 74491/2014). ECLI: ES:TS:2014:2484.

[4] STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 59/2015 de 30 de enero de 2015, Rec. 2199/2013. Ponente: Francisco Javier ORDUÑA MORENO. (La Ley 10075/2015. ECLI: ES:TS:2015:565).

[5] Al entender que «La falta de relación probada entre padres e hijos, imputable exclusivamente a estos, no puede dejar de tener consecuencias jurídicas en el ámbito sucesorio. No tener relación, el olvido, atenta contra la razón de ser de la legítima y debe incorporarse en el Código civil como «causa autónoma» de desheredación de hijos y descendientes, sin necesidad de que tenga que significar para los progenitores afectados una situación de abandono emocional relevante, susceptible de ser considerado como maltrato psicológico». ECHEVARRÍA DE RADA, María Teresa: La ausencia de relación familiar como causa autónoma de desheredación de hijos y descendientes, en *La Ley Digital* (La Ley 8292/2019).

[6] STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 422/2015 de 20 de julio de 2015, Rec. 1681/2013. Ponente: Francisco Javier ORDUÑA MORENO. (La Ley 143819/2015. ECLI: ES:TS:2015:4153).

[7] Sentencia de gran importancia y repercusión como ha destacado la doctrina científica al señalar que «en la misma el TS realiza una labor, ya no solo interpretadora del ordenamiento jurídico, sino integradora del mismo, añadiendo una nueva causa de desheredación… elevando a su máxima expresión la previsión contenida en el artículo 1.6 del Código civil, que establece que la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico…». (*Vid*. MÉNDEZ TOJO, Ramón: «Extinción de la pensión de alimentos a favor de los hijos mayores de edad: la novedosa STS 104/2019, de 19 de febrero». *La Ley digital* (La Ley 7965/2019).

[8] SAP de Albacete, Sección 1.ª, Sentencia 320/2016 de 14 de julio de 2016, Rec. 383/2016. Ponente: Cesáreo Miguel MONSALVE ARGANDOÑA. (La Ley 120109/2016 ECLI: ES:APAB:2016:624).

[9] STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 558/2016 de 21 de septiembre de 2016, Rec. 3153/2015. Ponente: Eduardo BAENA RUIZ. (La Ley 124496/2016) ECLI: ES:TS:2016:4101. La madre solicita pensión de alimentos al amparo del artículo 93 del Código civil, en beneficio del hijo mayor de edad que convive con ella. Pensión que se deniega por constar que la madre tenía a su alcance facilitar empleo al hijo. Recordemos que los alimentos a los hijos no se extinguen por la mayoría de edad, sino que la obligación se extiende hasta que éstos alcanzan «suficiencia» económica, siempre y cuando la necesidad no haya sido creada por la conducta del propio hijo.

El derecho de alimentos del hijo mayor de edad continuado o sobrevenido a la extinción de la patria potestad conforme al artículo 93.2 CC se apoya en el «principio de solidaridad familiar» que, a su vez, debe ponerse en relación con la actitud personal de quien se considera necesitado. En tales supuestos el juez fijará los alimentos que sean debidos conforme a los artículos 142 y siguientes de Código civil.

[10] STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 700/2014 de 21 de noviembre de 2014, Rec. 1839/2013. Ponente: Francisco Javier ARROYO FIESTAS. (La Ley 255561/2014 ECLI: ES:TS:2014:5817). Se solicita la extinción de la pensión de alimentos de la hija mayor de edad establecida en el proceso de separación que se considera improcedente al haber sido la hija diligente en su formación, ha intentado obtener trabajo y 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 en casa de la madre, por lo que no se puede aceptar la extinción de la pensión alimenticia.

[11] STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 184/2001 de 1 de marzo de 2001, Rec. 46/1996. Ponente: Ignacio Sierra GIL DE LA CUESTA. (La Ley 3552/2001). Se extingue la obligación alimenticia de los padres cuando los hijos mayores de edad no se encuentran

en una situación que pueda definirse como de necesidad. Se dice lo anterior porque dos personas, graduadas universitariamente, con plena capacidad física y mental y que superan los treinta años de edad; no se encuentran, hoy por hoy, y dentro de una sociedad moderna y de oportunidades, en una situación que se pueda definir de necesidad, que les pueda hacer acreedores a una prestación alimentaria; lo contrario sería favorecer una situación pasiva de lucha por la vida, que podría llegar a suponer un «parasitismo social».

[12] SAP de Lleida, Sección 2.ª, sentencia 385/2014 de 24 de septiembre de 2014, Rec. 612/2013. Ponente: Ana Cristina SAINZ PEREDA. (La Ley 173810/2014 ECLI: ES:APL:2014:725).

La segunda de las causas invocadas del artículo 213-13 e) establece que el hecho de que el alimentado, aunque no tenga la condición de legitimario, incurra en alguna de las causas de desheredación establecidas en el artículo 451-17, disponiendo éste último precepto en su apartado e) que es causa de desheredación la ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario, si es por causa exclusivamente imputable al legitimario.

Indica esta sentencia que «el problema más importante se plantea para determinar y probar la imputabilidad exclusiva al alimentado pues ello implica realizar un juicio de valor de las causas últimas de la ausencia de relación…»; «Es innegable que la generosidad inherente al rol paterno se regula en términos de mínimos mediante entre otras obligaciones, la obligación alimenticia para con los hijos, pues el legislador no exige que los padres les profesen un amor incondicional de manera que cumpliendo sus deberes no esperen respuesta alguna de ellos. Como contraprestación al recibir los hijos tales mínimos, se exige también por la norma, una mínima relación entre los hijos y sus padres como una forma de reconocimiento del esfuerzo que aquellos realizan al entregar una cuantía alimenticia que sin duda implica un importante esfuerzo».

En el presente caso ha quedado acreditado que no existe relación entre el padre y la hija, y que la falta de relación se prolonga desde el divorcio de los progenitores. Ahora bien, *lo que no puede considerarse probado es que esa ausencia de relación sea exclusivamente imputable a la hija, tal como exige el precepto.* Aunque el padre alega que ha llamado regularmente a los hijos, que se ha interesado por sus actividades y que ha intentado visitarles, lo cierto es que *esa actuación que refiere no ha quedado acreditada,* constando únicamente la declaración de la madre y de la hija en el sentido que el padre se ha comportado de forma violenta y agresiva, que no se ha interesado por los estudios de los hijos y que cuando se ha presentado en la casa o ha llamado por teléfono ha sido en estado de embriaguez, profiriendo gritos y amenazas. Por otro lado afirma la madre que desde que se dictó la sentencia de divorcio el padre no ha contribuido económicamente en nada, constando acreditada la existencia del procedimiento de ejecución de sentencia por impago de las pensiones alimenticias de los hijos.

*En el ínterin entre estas resoluciones dictadas en sede de ejecución, y en fecha inmediatamente anterior a la presentación de la demanda de modificación de medidas, el padre presentó solicitud de mediación familiar para recuperar la relación familiar con la hija.*

Sin perjuicio de reconocer esta actitud positiva del padre y la falta de interés al respecto por parte de la hija lo cierto es que, como bien se razona en la sentencia recurrida, no puede considerarse como definitiva ni determinante a efectos de responsabilizar exclusivamente a la hija de la ausencia de relación paterno-filial cuando se parte de una situación previa negativa, mantenida en el tiempo e iniciada cuando la hija era menor de edad, sin que las pruebas practicadas permitan atribuir única y exclusivamente a la hija el que se haya desembocado en esa situación, sin intervención alguna del padre que ahora se lamenta de aquello que bien podría estar directa o indirectamente relacionado con su propia actuación.

[13] En la SAP de Tarragona, Sección 1.ª, sentencia 147/2017 de 23 de marzo de 2017, Rec. 637/2016. Ponente: Manuel Horacio GARCÍA RODRÍGUEZ. (La Ley 74177/2017. ECLI: ES:APT:2017:429) el objeto del litigio, se centra en la extinción de las pensiones establecidas en favor de los dos hijos, debido a *que ambos incurren en la causa de desheredación establecida por el artículo 451-17 recogida en el artículo 237-13.e) CCCat como causa de extinción de la pensión alimenticia, esto es, la ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario, si es por una causa exclusivamente imputable al legitimario,*

*en nuestro caso los alimentistas, pretensión extintiva que el apelante propugna se extienda al momento de la presentación de la demanda*.

Se trata de una *causa legal de extinción de la obligación alimenticia introducida* a fin de reforzar la correlación existente entre los alimentos legales, atribución forzosa, y los vínculos afectivos que por lo común genera el parentesco por consanguinidad en los grados más próximos, de manera que el derecho a los alimentos desaparece no solo cuando se cometen los ataques más graves contra la vida, la integridad física, moral o patrimonial del alimentante (supuestos de los apartados letras a/, b/, c/ y d/ del artículo 451-17.2 CCC), sino también cuando se da una falta de relación familiar entre el alimentante y los hijos, que debe revestir las características de «manifiesta y continuada» y ser «exclusivamente imputable» al legitimario.

La prueba de la existencia de la causa de desheredación/extinción de los alimentos corresponde al progenitor. La taxatividad de las causas de desheredación no es incompatible con una interpretación flexible de su texto, ajustada a la realidad social y a los parámetros culturales vigentes en el momento de su aplicación. La falta de relación familiar surge tras la ruptura matrimonial y unos hijos menores que quedan bajo la custodia de su madre. Durante los últimos siete años ha existido una ausencia notoria y continuada de los contactos de Julián y Valeriano con su padre, que incluso solicitó la ejecución de la sentencia de divorcio para lograr un régimen de visitas progresivo y supervisado que tuvo que suspenderse provisionalmente ante la negativa de los hijos a continuarlo. Evidencia que la ausencia de relación no es exclusivamente imputable a los hijos sino que viene mediatizada por este hecho y la conducta de la progenitora.

[14] SAPIB, Sección 4.ª, S 387/2018, 3 de diciembre de 2018 (Rec. 492/2018).

1.2 Derecho de familia

# El divorcio o cese de la convivencia y su relevancia sobre la disposición testamentaria a favor del cónyuge o pareja de hecho

## *Divorce or cessation of cohabitation and his relevancy on the testamentary disposition in favour of the spouse or couple in fact*

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT

*Profesora Contratada Doctora de Derecho civil. UCM*

*RESUMEN:* En el testamento puede instituirse heredero o legatario a su cónyuge o pareja de hecho. Con posterioridad al otorgamiento del mismo puede tener lugar la nulidad, separación o el divorcio o la ruptura de la pareja de hecho sin revocarlo. Por lo que en el momento de la apertura de la sucesión los cónyuges pueden estar separados o divorciados o la pareja de hecho puede ya no convivir. En ambos supuestos, se ha producido un cambio sobrevenido de las circunstancias existentes al tiempo de testar en relación a las cuales se cuestiona sobre la base de la interpretación de la voluntad del testador la eficacia o la ineficacia de las disposiciones testamentarias tras el fallecimiento del testador. Recientemente, las sentencias del Tribunal Supremo de 26 y 28 de septiembre de 2018 se han pronunciado dando lugar a un cambio jurisprudencial —respecto a la posición adoptada en la sentencia de este mismo Alto Tribunal de 29 de diciembre de 1997 y en el seno de las Audiencias Provinciales— considerando ineficaz la disposición testamentaria hecha a favor del excónyuge o pareja de hecho atendiendo a la existencia de una causa falsa del artículo 767 del Código civil. El presente estudio se va a centrar en el análisis de la problemática derivada de la nulidad, separación o divorcio o el cese de la convivencia con posterioridad al otorgamiento del testamento sin haberlo revocado en que se instituye heredero o legatario al cónyuge o pareja de hecho y que se mantiene en la apertura de la sucesión, tal y como se sustancia en la doctrina y en la jurisprudencia, con especial atención al cambio jurisprudencial del Tribunal Supremo en las sentencias citadas.

*ABSTRACT. The will may institute an inheritor or legacy to his or her spouse or couple in fact subsequent to the granting of a will may result in the annulment, separation or divorce or the separation of the couple in fact without revoking the will. Recently the judgments of The Supreme Court of 26 and 28 september 2018 have resulted in a change of jurisprudence to the effect that the testamentary provision in favour of ex spouse or couple in fact is ineffective, on the basis of the existence of a false cause under article 767 of the Civil Code. The present study is going to centre on the analysis of the problem from the nullity, separation or divorce*

*or the cessation of cohabitation after to give of will without having revoked the will establishing an inheritor or legacy to the spouse or couple in fact and continuing at the commencement of the succession, as substantiated in the doctrine and jurisprudence, with particular attention to the change in the jurisprudence of The Supreme Court in the judgments.*

PALABRAS CLAVE: Divorcio. Ruptura de la pareja estable. Testamento. Cónyuge. Pareja de hecho. Testador. Interpretación testamentaria. Voluntad real. Error o causa falsa. Norma de integración.

*KEY WORDS: Divorce. Rupture of the stable couple. Will. Spouse. Couple in fact. Testator. Testamentary interpretation. Real volition. Error or false cause. Rule of integration.*

*SUMARIO:* I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. LA INTERPRETACIÓN DE TESTAMENTO.—III. LA EFICACIA DEL TESTAMENTO POR APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 675 DEL CÓDIGO CIVIL.—IV. LA INEFICACIA DEL TESTAMENTO: 1. Interpretación integradora del testamento. 2. La ineficacia de la disposición por causa falsa conforme a lo previsto en el artículo 767 del Código civil.—V. INCORPORACIÓN EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO DE UNA NORMA REGULADORA DE LA MATERIA.—VI. CONCLUSIÓN.—VII. BIBLIOGRAFÍA.—VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

## I. CONSIDERACIONES PREVIAS

La sucesión se difiere por la voluntad del causante manifestada en testamento y en defecto de este, por disposición de ley (art. 658 CC). El artículo 667 del Código civil define el testamento como «el acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o parte de ellos».

El testamento es un negocio jurídico *mortis causa* que, regula el destino del patrimonio del causante a su muerte. Representa la ley de la sucesión en cuanto contiene su declaración de última voluntad[1].

Se trata de un negocio jurídico unilateral, unipersonal en cuanto habrá de ser otorgado por una sola persona. Además en cuanto la declaración de voluntad procede exclusivamente de una sola parte —el otorgante—; personalísimo (art. 670 CC); puramente formal, pues, para su validez se exige que la declaración de voluntad se exprese a través de los cauces testamentarios reconocidos por el Código civil (arts. 687, 705 y 715), esencialmente revocable y produce efectos después de la muerte del testador[2].

Ahora bien, producida la disolución del vínculo matrimonial, el excónyuge pierde por ley los derechos legitimarios que le corresponderían, tanto en la sucesión forzosa del artículo 834 del Código civil, como en la sucesión legal o intestada (art. 945 CC), esto es, su condición de legitimario o heredero forzoso del causante, si en el momento de la apertura de la sucesión carece de tal estatus. Sin embargo, esto no sucede en la sucesión voluntaria, pues, el divorcio o cese de la convivencia en la pareja de hecho no tiene, en principio, ningún efecto sobre la disposición otorgada a favor del cónyuge o pareja de hecho en nuestro Código civil[3].

Cada vez son más frecuentes los casos de divorcio, separación o cese de la convivencia en las parejas de hecho y, asimismo, una realidad cada vez más frecuente como es el otorgamiento de testamento a favor de tal cónyuge o pareja de hecho, y la constatación posterior de una situación de crisis matrimonial o de pareja sin revocar el testamento[4]. Efectivamente, se otorga testamento instituyendo heredero o legatario al esposo/a o pareja de hecho, en ocasiones, designándolo con su nombre y apellidos y, con posterioridad se produce como circunstancias sobrevenidas la separación, nulidad o divorcio del matrimonio o la ruptura de la pareja. El causante o testador no ha previsto esta posibilidad y fallece sin haber modificado o revocado el testamento. A diferencia de lo previsto en algunos derechos forales y ordenamientos extranjeros cercanos a nuestro entorno, no hay norma alguna en nuestro Código civil que declare la ineficacia del testamento como consecuencia de la separación, nulidad o divorcio posterior o el cese de la convivencia, o la revocación por ministerio de la ley de las disposiciones testamentarias efectuadas por uno de ellos a favor del otro como sí ocurre con la representación voluntaria. Ciertamente, la revocación del testamento exige una declaración expresa de voluntad del causante hecha con las solemnidades necesarias para testar (art. 738 CC) —sin perjuicio de la revocación tácita en los términos previstos en el artículo 739 del citado cuerpo legal, y la real o material (art. 742 CC)—[5]. Así las cosas corresponde al intérprete, esencialmente al juez de instancia, concretar de qué forma indicen tales circunstancias sobrevenidas e imprevisibles por el causante a la hora de otorgar testamento, en lo que representa su voluntad real, pues, podría haber revocado el testamento y no lo hizo, por lo que el testamento otorgado produce todos sus efectos, mientras que por una sentencia firme no se declare que la voluntad del testador no fue la de vincular la disposición testamentaria a la condición de cónyuge del heredero/a instituido o pareja de hecho del testador.

La doctrina y jurisprudencia plantean varias soluciones posibles para resolver esta situación: 1. Atender a la literalidad del artículo 675 del Código civil y, en consecuencia, la institución de heredero se hace con independencia de tales circunstancias, simplemente identificando al instituido; 2. Considerar que, la institución de heredero a favor del cónyuge o pareja de hecho designado con su nombre y apellidos se hace supeditado al mantenimiento de la condición de cónyuge o pareja de hecho a la muerte del testador. En tales casos se trata de una institución bajo condición expresa regulada en los artículos 790 a 805 del Código civil. No obstante, el llamamiento a favor del cónyuge o pareja de hecho se puede haber hecho bajo la condición que, lo siga siendo a la muerte del testador o, que el matrimonio o la pareja de hecho se mantenga unido hasta el fallecimiento del disponente; en ambos supuestos la disposición testamentaria no surte efecto; 3. Se entiende que, concurre una causa falsa en el llamamiento, que hace ineficaz la institución de heredero o legatario aplicando el artículo 767 del Código civil; 4. El divorcio o ruptura de la pareja de hecho constituyen supuestos de revocación tácita del testamento (art. 739 CC); y, 5. Se propone la introducción de una norma expresa similar a la existente en otros ordenamientos jurídicos.

En todo caso, el divorcio o cese de la convivencia no representa un supuesto de revocación tácita (art. 737 CC) y, asimismo, puede haberse especificado en testamento que, la institución testamentaria sea eficaz pese a la existencia de tales circunstancias, esto es que, aquella subsista a la apertura de la sucesión al margen de la situación del matrimonio o de pareja de hecho[6].

Recientemente, el Tribunal Supremo en sentencias de 26 y 28 de septiembre de 2018[7] se ha pronunciado sobre la cuestión. La primera en relación con la ineficacia de un legado de 150.000 euros a favor de la pareja de hecho del

testador, al haberse producido la ruptura de la convivencia antes de la muerte del mismo. La segunda se refiere a la ineficacia de la disposición testamentaria hecha por el excónyuge fallecido a favor del otro cónyuge, cuando ostentaba tal condición, sin haber revocado el testamento. Ambas resoluciones optan por aplicar el artículo 767 del Código civil en estos supuestos y considerar ineficaz de modo sobrevenido la institución de heredero a favor del esposo de la testadora o el legado a favor de la pareja de hecho ante el divorcio o ruptura de esta posterior al testamento, asimismo, ambos pronunciamientos obligan a reinterpretar la cuestión sobre tal base legal. Hasta la fecha no existe una doctrina jurisprudencial uniforme tanto en el seno del Tribunal Supremo como en las Audiencias Provinciales, y, por su parte, la Dirección General de los Registros y del Notariado en sus resoluciones viene considerando que, en el ámbito notarial y registral no puede presumirse la revocación del testamento por esta causa, remitiendo la cuestión al ámbito jurisprudencial, lo que de nuevo ha hecho en la resolución de 27 de febrero de 2019[8].

Sobre tales bases, el presente estudio se va a centrar en analizar de qué manera influye en la determinación de la voluntad real del testador estas circunstancias imprevisibles y sobrevenidas como son la separación, nulidad o el divorcio o el cese de la convivencia, cuando la institución del excónyuge o pareja de hecho como heredero o legatario se mantiene, pese a las mismas, al fallecimiento del testador y este no ha procedido a la revocación del testamento tras su constatación. En especial, haremos referencia la doctrina existente sobre la materia y a la última jurisprudencia del Tribunal Supremo centrado en las citadas sentencias que suponen un cambio en la posición tradicional de este Alto Tribunal y de la mayoritaria de las Audiencias Provinciales ante la inexistencia de una norma expresa en nuestro Código civil, a diferencia de la regulación que, si ofrecen al respecto la mayoría de las legislaciones forales que, en estos casos se decantan por presumir —presunción *iuris tantum*— la ineficacia de la disposición testamentaria a favor del cónyuge o pareja de hecho, salvo que se pruebe que fue otra la voluntad del testador (art. 422-13 CC catalán; art. 208 de la Ley 2/2006, de 14 de junio de Derecho Civil de Galicia; art. 438 CC de Aragón; Ley 200 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra y, el art. 28.3 de la Ley 5/2015 de 25 de junio de Derecho Civil del País Vasco)[9], y, también los ordenamientos extranjeros cercanos a nuestro entorno que, asimismo, prevén, expresamente, la ineficacia sobrevenida de las disposiciones testamentarias en favor del cónyuge en caso de crisis matrimonial, así el parágrafo 2077 BGB; artículo 2317 d) del Código civil portugués; y, la sección 18.ª de la «Will Act» británica[10].

## II. LA INTERPRETACIÓN DEL TESTAMENTO.

Como hemos señalado, la doctrina al igual que, la jurisprudencia para resolver la cuestión planteada se inclinan mayoritariamente por tres soluciones: 1. Mantener la eficacia del testamento por aplicación del artículo 675 del Código civil; 2. Optar por la ineficacia del testamento, bien a través de una interpretación integradora del testamento; o bien mediante la aplicación del artículo 767.1 del Código civil; y, 3. Introducir una norma de integración en el Código civil. A estas posiciones doctrinales y jurisprudenciales nos vamos a referir a continuación; si bien con carácter previo nos parece oportuno referirnos de manera sucinta a lo que representa la interpretación del testamento tal como se regula en el artículo 675 del Código civil.

El citado artículo 675 afirma que, la interpretación testamentaria debe atender a la búsqueda de la efectiva voluntad del testador. Por tanto, la voluntad real del testador constituye el objeto de la interpretación testamentaria. GARCÍA AMIGO la define como «la actividad encaminada a determinar cuál fue la voluntad real del testador cuando la expresión y comprensión de dicha voluntad resulte ambigua, dudosa o incompleta, ya se deba tal ambigüedad al tenor literal del testamento, ya provenga de la oposición entre la voluntad efectiva y la expresión gramatical»[11]. Para VERDERA IZQUIERDO con la interpretación del testamento «se pretende averiguar la verdadera voluntad del causante, plasmada en la consiguiente declaración de última voluntad, es decir, lo querido por el causante que nos sitúa ante su auténtica intención y designios»[12].

Asimismo, hay que estar, en primer lugar, al sentido literal del texto de la declaración, esto es, a la interpretación literal o gramatical del testamento. Se aplica, por tanto, el criterio gramatical o literal cuando la propia literalidad del testamento no plantea dudas sobre cuál es la voluntad del otorgante[13]. Como indicamos, la voluntad del testador es la ley de sucesión y predomina sobre el sentido literal de las palabras empleadas para expresarla[14]. Lo esencial es la fijación de la voluntad del testador en el momento en que se otorgó el testamento y no el de su muerte, pues el intérprete debe hallar la voluntad del testador manifestada en el testamento[15].

Se debe, en esencia, buscar la verdadera voluntad del testador, pues, la regla general, precisamente, en materia de interpretación testamentaria es la averiguación de la voluntad real del testador[16]. En los términos que, ordena el artículo 675 del Código civil está la preferencia en la interpretación literal y la prevalencia del elemento subjetivo o la interpretación subjetiva que, se orienta a la búsqueda de la verdadera voluntad del testador —concretado en la intención o propósito del testador—, con la exclusión del juego de los principios de autoresponsabilidad del declarante y de la confianza de los demás[17]. Hay que atender, pues, al sentido legal y no al vulgar[18].

Ahora bien, cuando la literalidad del testamento suscite dudas derivadas de la insuficiencia, oscuridad, ambigüedad o contradicción entre las cláusulas testamentarias y cuando se aprecia la existencia de una voluntad clara del testador en contra de la literalidad; o en fin, se pone en duda la auténtica «voluntad del testador», dice el artículo 675 del Código civil que se observará lo que sea más conforme a la intención del testador, según el tenor del mismo testamento, por lo que deberá acudirse a otros criterios o medios de interpretación, como son el lógico, sistemático, histórico y teleológico que se añaden al criterio literal y que deben utilizarse de manera conjunta, unitaria o combinada sin que entre ellos exista orden de prelación, ni tampoco pueden asilarse las cláusulas testamentaria una de las otras, pues, en esencia, se debe atender a la redacción completa y sistemática del testamento[19].

De todas formas, la mayoría de la doctrina y jurisprudencia se muestran conformes con el recurso a la prueba extrínseca[20]. Por otra parte, estos criterios interpretativos son criterios generales y como hemos indicado, aplicables también al supuesto objeto de estudio ante la falta de una norma concreta que, permita determinar que la voluntad real del testador cuando, precisamente, a su fallecimiento, por un lado ha otorgado testamento a favor de su cónyuge o pareja de hecho, instituyéndolos como heredero o legatario, y por otra, se ha divorciado o separado o ha cesado en la convivencia con su anterior cónyuge o pareja de hecho respectivamente sin haber revocado el testamento tras la separación o el divorcio o la ruptura de la pareja de hecho.

En cuanto a la interpretación integradora del testamento, se admite por la doctrina que, viene a completar las lagunas que se han producido en la declaración de la voluntad del testador derivadas de las modificaciones de las circunstancias de la sucesión que no pudieron ser previstas por el causante. Como precisa GÓMEZ CALLE «la interpretación integradora pretende colmar esa laguna averiguando qué es lo que el testador había querido y declarado presumiblemente al momento de testar, de haber tenido en cuenta entonces la posibilidad que se produjeran los acontecimientos posteriores»[21]. Se trata de una voluntad presunta que será la del testador concreto[22]. Por su parte, para GONZÁLEZ ACEBES «se trata simplemente de adecuar los medios previstos por el testador a las finalidades por él previstas que no pueden alcanzarse por haber modificado las condiciones de hecho que él observó»[23]. VAQUER ALOY, asimismo, indica que «en los supuestos verdaderos de integración, la voluntad del testador está completa, en el sentido que contiene una regulación *a priori* suficiente de todas las consecuencias jurídicas que desea que se produzca, teniendo en cuenta las circunstancias personales en el momento de testar. Lo que sucede es que se produce un cambio en las circunstancias que no pudo o supo prever y que tiene como resultado que determinados fines que se proponía conseguir con su testamento no vayan a lograrse»[24].

Se debe diferenciar la interpretación integradora de la integración del testamento cuando como señala CAÑIZARES LASO «para colmar las lagunas existentes en él, se aplican las normas dispositivas para reconstruir la declaración testamentaria, tomada en cuenta la voluntad del testador medio, de un testador hipotético»[25]. En esta línea, señala VAQUER ALOY que «la integración del testamento supone que, se adecuan los medios ordenados por el testador para alcanzar el fin propuesto de acuerdo con lo que se estima que sería la voluntad de aquel. No estamos, pues, frente a una voluntad declarada expresamente en el testamento, sino ante una voluntad que se deduce de este, de acuerdo con la finalidad que se había propuesto el causante». Quizá por ello añade el autor que «algunos autores alemanes se refieren a una voluntad irreal del testador, en el sentido que no es directamente expresada por el testador. Lo que se construye con la integración del testamento es la voluntad hipotética del causante»[26]. En fin, GARCÍA AMIGO manifiesta al respecto que «no hay un *tertius genus* en la denominada interpretación integrativa o integración de la disposición testamentaria, sino que con ya y otra expresión estamos ante una interpretación del testamento muy especial». Se trata «de averiguar la voluntad del testador, siquiera sea una voluntad presunta no real y expresada por el testador. No se trata, por tanto, de unos supuestos de integración del testamento en la que el aspecto de la relación sucesoria no previsto ni regulado por el testador, se regule supletoriamente por la ley dispositiva», y añade que «aquí en la integración se trata de soldar dos voluntades ambas normativas, pero distintas —la del testador y la del legislador— para determinar la total norma reguladora de la relación sucesoria única»[27].

Respecto a la aplicación al testamento de los preceptos relativos a la interpretación de los contratos se entiende por la mayoría de la doctrina y jurisprudencia que, son los artículos 1281, 1282, 1283, 1284 y 1285 del Código civil al basarse en el principio subjetivista. En cambio, no procede aplicar los artículos 1286 a 1289 del citado cuerpo legal por ser considerados auténticos modos de interpretación objetiva[28].

Finalmente, el Tribunal Supremo ha venido declarando reiteradamente que, la interpretación de los testamentos es tarea atribuida al juzgador de instancia

y que solo en los casos en que sea contraria a la voluntad del testador por ser arbitraria, absurda, desorbitada y patentice un manifiesto error o ilógico, pueda ser revisada en casación (art. 477.1 de la LEC)[29].

## III. LA EFICACIA DEL TESTAMENTO POR APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 675 DEL CÓDIGO CIVIL

Los defensores de la eficacia del testamento coinciden en la idea que hay que mantener la voluntad testamentaria atendiendo a lo dispuesto en el artículo 675 del Código civil. Así LÓPEZ FRÍAS señala que «en estos casos hay muchos matices a tener en cuenta. Si se instituye a la persona con independencia de su cualidad de «esposa de», hay indicio para pensar que se quería tal designación «a pesar de los pesares», en todo caso, aun en los de separación, nulidad o divorcio. Pero si no contamos con ningún dato al respecto», se pregunta ¿cuál ha de ser la actitud del intérprete? Pues, al respecto indica que «en tales supuestos, el hermeneuta no tiene a su alcance más que conjeturas, voluntades hipotéticas o preguntas, pero sin apoyo alguno en la declaración y en el tenor del testamento. No puede acudir a la interpretación integradora porque no hay nada en lo que se pueda apoyar, ya que si el testador ni imaginó ni sospechó tal posibilidad, mal podrá haberla reflejado». De ahí que, entienda la citada autora que «la resolución del problema planteado solo tiene dos caminos posibles. Uno es entender que la disposición es válida ante el silencio del testador y su nula decisión revocatoria. Y el otro es acudir a una norma dispositiva y supletoria, si la hay, que integre la voluntad del testador para que produzca efectos. Ahora bien, hay que dejar claro que, esta última posibilidad debe descartarse actualmente en nuestro ordenamiento común porque no hay norma que complete o integre supletoriamente la voluntad cuando se han producido las aludidas crisis matrimoniales». Por otra parte, continúa la autora que «se podría pensar que nos movemos en un supuesto de ineficacia de la disposición testamentaria por presumirse un cambio de voluntad del disponente ante la alteración de la situación del matrimonio. Pero es claro que en Derecho común estas apreciaciones chocan con dos ideas bien arraigadas. La primera es la formalidad del testamento, que supone, en principio, a la hora de interpretar, que lo que hay que tener en cuenta es lo querido por el testador a tenor de la declaración testamentaria. La segunda, consecuencia de la anterior, es que el momento a considerar en orden a la interpretación, por ser el testamento un acto completo, es el momento en que se testó». Asimismo no cree que «para hacer ineficaz la atribución testamentaria se pueda recurrir al expediente de la indignidad del cónyuge supérstite, porque esta incapacidad para suceder solo resulta aplicable a supuestos muy tasados, entre los que no se encuentra el que nos ocupa. En cuanto a la posibilidad de entender que, estamos ante un supuesto de nulidad por error en los motivos (o falsedad de la causa como dice el artículo 767.1 CC), la cuestión no le parece clara al menos como solución de carácter general». Ello al margen, además que «tampoco es indubitada la relevancia jurídica del error testamentario que recae sobre hechos futuros o circunstancias sobrevenidas, sobre todo si, como ocurre en nuestro caso, esa circunstancia posterior al testamento tiene lugar antes de la muerte del causante y sin que este haya procedido a revocar sus disposiciones testamentarias»[30]. En esencia para esta autora, la mención de la condición de cónyuge —la conyugalidad— constituye un mero identificador del instituido, sin que represente el motivo determinante de la institución. Por lo que, a su juicio,

unos hechos posteriores no pueden influir en la voluntad testamentaria manifestada y otorgada con anterioridad.

En esta línea, ÁLVAREZ ÁLVAREZ dispone que «si se nombró heredero o legatario al cónyuge supérstite en un testamento anterior a la crisis, si no se revoca ese testamento o si no existe alguna causa de indignidad que no permita al supérstite suceder, deberá respetarse la voluntad del testador. Y ello porque en estos casos, la voluntad del testador ha de referirse al momento en el que hizo el testamento. Tras ese momento, pudo haber cambio de las circunstancias, pues el testador puede revocarlo y otorgar nuevo testamento. Si no lo hace, se entraría en el terreno de la hipótesis y constituiría un atentado a la seguridad jurídica. No se puede recoger una voluntad del testador posterior a su otorgamiento»[31]. Asimismo, TORRES GARCÍA señala que «la seguridad jurídica clama la permanencia de la voluntad testamentaria»[32].

En el seno de nuestra jurisprudencia, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de diciembre de 1997[33] se ha enfrentado a la cuestión de dilucidar si la institución testamentaria realizada por el testador, haciendo referencia a la condición de cónyuge designado este con nombre y apellidos, suponía que aquella debía quedar supeditada a ese estado. Así, precisamente respecto de la segunda cuestión en que se basa el recurso de casación relativa a la interpretación del testamento se indica que «en el presente caso, la interpretación que han hecho las sentencias de instancia es absurda, ilógica y contraria directamente al artículo 675 del Código civil y se debe a que pretenden averiguar la voluntad real del testador en la fecha del testamento y de su muerte, por hechos que habían sucedido antes del testamento (separación de hecho) que conoció el testador o después (divorcio) que son intrascendentes para formar aquella voluntad. Recordando lo dicho en el fundamento anterior, cuando se produce la apertura de la sucesión por la muerte del fideicomitente, los fideicomisarios —como la actual recurrente en casación— tienen la delación y se determinan todas las características y elementos de la sucesión, que aceptó y adquirió años después, tras hacer tránsito —por muerte del fiduciario fideicomisario anterior— de la herencia a ella como fideicomisaria. Es absurdo lo que dice la sentencia recurrida que «no hubiera "nombrado heredero" de haber conocido los hechos —posteriores a la muerte del testador— que propiciaron el divorcio, es ilógico que exprese que la condición de esposa determina el llamamiento a la herencia, cuando viene designada por nombre y apellidos y siendo así que, era tal esposa a la muerte del testador, es contrario al artículo 675 del Código civil que se interprete el testamento por hechos posteriores no solo al mismo, sino también a la muerte del testador».

Por lo que, la referencia en la disposición testamentaria a la condición de cónyuge no supone que, resulta necesario que en el momento del fallecimiento conserve tal situación matrimonial. Además la citada resolución entiende que, no existe un motivo erróneo en tal nombramiento tras el divorcio que, motive la ineficacia del testamento por causa falsa y, en consecuencia, la interpretación de cuál es la voluntad real del testador ha quedado referida al momento en que se otorgó testamento. Este ha sido también el planteamiento en el seno de la jurisprudencia mayoritaria de nuestras Audiencias Provinciales. Así la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 4.ª, de 8 de marzo de 2000[34] reconoce la eficacia y validez de la institución de heredero realizada por el causante don Julio a favor de su cónyuge Doña Inés a la que había instituido como heredera única y universal de todos sus bienes, obligaciones y acciones por testamento otorgado el 20 de diciembre de 1977, divorciándose posteriormente (sentencia de 27 de noviembre de 1989). En su *Fundamento de Derecho Segundo* tras recordar

lo dispuesto en el artículo 675 del Código civil señala que «de la lectura del testamento litigioso se evidencia sin género de duda que la voluntad del testador, literalmente expresada, fue nombrar heredera a la aquí demandada doña Inés, a la sazón su esposa designada por su nombre y apellidos, sin que su llamamiento se subordinase en ningún momento a la persistencia de dicha condición de esposa. (….) Por otra parte, la indagación de la voluntad real del testamento ha de referirse al momento en que emitió su declaración, es decir, cuando otorgó el testamento, pero no a otro anterior, que resultaría intrascendente ni posterior. (…) Pretender averiguar cuál fue esa voluntad en base a circunstancias posteriores, cuando no llegó a ser expresada y se mantuvo la vigencia del anterior testamento, entraría de lleno en el terreno de las hipótesis y constituiría un grave atentado a la seguridad jurídica más elemental. En este sentido la sentencia de 29 de diciembre de 1997 recuerda que el testamento no puede recoger una voluntad del testador que sea posterior a su otorgamiento y califica de absurdo, ilógico y contrario al artículo 675 del Código que se interprete el testamento en base a circunstancias posteriores a ese momento, que son intrascendentes para formar parte de aquella voluntad». Asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, sección 2.ª, de 11 de julio de 2000[35] atendiendo al análisis de la sentencia de instancia sobre el artículo 767.1 del Código civil para aplicarlo a los hechos, esta Audiencia Provincial llega a la conclusión que «no existió error determinante en la institución de heredero, o lo que es igual, que la separación matrimonial mutuamente consentida no es motivo de nulidad de la designación de heredero del cónyuge del fallecido. (…) Por causa en la institución de heredero debe entenderse la mera liberalidad del causante, puesto que es un acto de libre disposición de bienes o benéfico si se produce fuera de las normas de derecho necesario que amparan a los herederos forzosos; cuando esa liberalidad no está determinada por un falso conocimiento de la realidad procedente del propio testador y no de un tercero (estaríamos en este supuesto ante el dolo) la institución de heredero es válida. En el presente caso, los actores no pueden alegar el desconocimiento por parte del testador de la institución jurídica que impugna —nombramiento de heredero—, lo que significa y representa; luego solo la existencia de una circunstancia falsa y determinante de la expresión de voluntad que el testamento comporta y desconocida por el declarante al tiempo de hacer testamento podrían implicar la nulidad del acto. Esa circunstancia debe ser ignorada desde que se hace el testamento y en todo momento posterior hasta la muerte del testador, porque si bien el testamento abierto se configura bajo el principio de unidad de acto, su validez se renueva día a día hasta que produce efectos. En el presente caso, don Teodoro instituyó a su esposa doña Victoria como su única y universal heredera y careciendo de descendientes, podía hacerlo, durante trece años convivieron bajo la validez de la institución y cuando se separaron no se modificó su testamento pese a que, desde el momento de la separación legal, que fue posterior a la separación de hecho, tuvo tiempo y salud para hacerlo. (…) Es impensable que el testador desconociera su situación matrimonial y también que ignorara su disposición testamentaria. Expresiones como las de «tengo que cambiar el testamento» o «voy a cambiar el testamento» carecen de virtualidad jurídica para estimar afectada de falsedad la institución de heredero y no acreditan un propósito firme en una materia tan formal y tan íntima como la presente».

Ambas resoluciones han sostenido la subsistencia de la institución de heredera a favor de la esposa aún después del divorcio o la separación judicial. Asimismo, en ambas la heredera ha sido designada por su nombre y apellidos y por su condición de cónyuge del testador; también en ambas ha trascurrido un

tiempo importante entre la crisis matrimonial y la apertura de la sucesión y aun ello y conociendo el testador la situación de crisis matrimonial, no ha revocado el testamento. Ciertamente, hay que señalar que en ninguno de los dos supuestos se ha dado trascendencia a la separación judicial o el divorcio que como circunstancias posteriores al otorgamiento hayan influido en la determinación de la voluntad real del testador y por ende, determinen la ineficacia de la institución hereditaria a favor del cónyuge del testador[36].

Con posterioridad, la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, sección 9.ª, de 30 de marzo de 2007[37] destaca, precisamente, en relación con la eficacia de la disposición testamentaria en base a la interpretación literal del artículo 675 del Código civil que, la sentencia de instancia «evidencia que la voluntad de la testadora, en su tenor literal, fue nombrar legatario al demandado, su esposo, designado por su nombre y apellidos, sin que su llamamiento se subordinase en ningún momento a la persistencia de esa condición de esposo. No se puede afirmar que la verdadera voluntad de la causante se estableciera sobre el presupuesto de la persistencia de la relación matrimonial, de manera que una vez extinguida esta fuera ineficaz el legado, puesto que la indagación de la voluntad real de la testadora ha de referirse al momento en que emitió su declaración, es decir cuando otorgó testamento, pero no a otro anterior ni posterior (…)» (*Fundamento Jurídico Quinto*). Asimismo, dispone que la cuestión litigiosa «se centra en determinar la validez o no de la disposición testamentaria incluida en el testamento otorgado por doña Leticia instituyendo heredero a su esposo con anterioridad a la separación o divorcio de estos, debiendo esta Sala resolver sobre la incidencia que el divorcio tiene en la disposición testamentaria otorgado con anterioridad y sin que haya existido revocación por la parte de la testadora. (…) Nuestro Código civil no determina legalmente la ineficacia del testamento otorgado instituyendo heredero al esposo por el divorcio posterior, ni siquiera existe en este cuerpo legal una presunción de revocación a diferencia, por ejemplo del Código de Sucesiones de Cataluña (art. 132)» (*Fundamento Jurídico Séptimo*). Trasladada la anterior doctrina al caso que resuelve la Sala considera que «no concurre en el presente supuesto la causa falsa o error denunciado, puesto que la testadora tuvo más de seis años para revocar el testamento en su totalidad o en particular sobre el legado y ello pese a que estaba afectada por una grave enfermedad que finalmente le causó la muerte, lo que permite entender que si durante esos años no dispuso la revocación fue porque esa era su voluntad, sin que acudiendo a la prueba extrínseca podamos afirmar que la voluntad de la testadora sería distinta a la literalidad de la disposición testamentaria, por ello procede desestimar este motivo del recurso» (*Fundamento Jurídico Octavo*).

Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 19.ª, de 15 de abril de 2013[38] desestima, igualmente, el recurso de apelación en base a que «(…) no existe elemento indiciario alguno que a ese momento permita extraer fuera aquella circunstancia, esto es, que la instituida se mantuviera en estado de casada con el testador hasta su muerte, la determinante de su institución, pues aun cuando en la designación hace expresa remisión a "su esposa" doña Pura, no cabe entender otra cosa que la expresión de esposa se hace a efectos identificativos, como también se hace cuando se antepone la palabra "hijos" para designar a los otros herederos, sin que ello implique redundancia, ni como estimamos que con ello se quiera expresar que lo sea también a la muerte del testador, es de indicar que el divorcio antes referido se produce por mutuo consentimiento y acompañamiento propuesto de convenio regulador, ratificado por ambos cónyuges y en sentencia de divorcio aprobado». En todo caso «(…)

estamos en el caso de entender que si el testamento no se revocó fue porque no se quiso hacer» (*Fundamento Jurídico Segundo*). Asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 6.ª, de 13 de diciembre de 2013[39] en relación con la eficacia de la institución de heredero supeditada a la existencia de la condición de cónyuge a la muerte del testador, la no revocación del testamento aun siendo consciente la testadora de la separación de hecho durante los ocho años que mediaron entre tal separación de D. Luis Antonio y su fallecimiento y la eficacia de la disposición testamentaria en atención a lo dispuesto en el artículo 675 del Código civil dispone que «En conclusión, el tenor literal de la cláusula segunda del testamento fue "nombrar por su único y universal heredero a su citado esposo, en todos sus bienes, derechos y acciones". No existe margen de interpretación de esta disposición —*in claris non fit interpretatio*— ni prueba ni indicio alguno que permita considerar que fuese otra su voluntad cuando así lo dispuso, razón por la que no es admisible aceptar otra voluntad de la testadora». En fin «(….) las condiciones para ser tenidas por tales han de ser expresas, sin que quepa presumir su existencia, no pudiendo aceptarse que la institución de heredero estuviese sometida en nuestro caso a la condición de que se mantuviese el matrimonio o de que existiese mutua reciprocidad testamentaria entre los cónyuges porque nada se hizo constar al respecto, sin que el empleo de la expresión "esposo" permita en modo alguno configurar la presencia en el testamento de alguna de tales condiciones».

También en esta línea, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 7.ª, de 20 de enero de 2016[40] indica que, no hay prueba de que la voluntad de la testadora fuera distinta a la manifestada, no es admisible deducir del hecho del divorcio una revocación tácita, al no existir norma legal que permita establecer esa presunción como sí estaba recogida en el derogado artículo 132 del Código de Sucesiones de Cataluña y porque el largo lapso de tiempo entre el divorcio y el fallecimiento de la causante sin que revocara el testamento, refuerza la eficacia de la cláusula.

Asumiendo esta posición, también se pronuncia la Dirección General de los Registros y del Notariado. Así en la resolución de 26 de noviembre de 1998[41] relativa a la eficacia de la institución hereditaria universal efectuada por el causante a favor de su «excónyuge» en un testamento dictado cinco años antes de decretarse el divorcio. El registrador de la propiedad había denegado la inscripción de la escritura de aceptación y adjudicación de herencia, presentada por la excónyuge en calidad de heredera, alegando que esta había perdido su condición de esposa, base de la institución. Comenzando por la revocación de los testamentos en Derecho común señala la citada resolución que «no puede tener lugar, sino a través del otorgamiento de un nuevo testamento válido y que no se produce la revocación de los testamentos mediante actos o negocios jurídicos que no adoptan las formas testamentarias ni en virtud de causas no previstas legalmente». Por otra parte, debe resaltarse a este respecto que «no está previsto como efecto de la separación o divorcio de los cónyuges la revocación por ministerio de la ley de las disposiciones testamentarias efectuadas por uno de ellos a favor del otro (a diferencia de lo establecido respecto de los poderes y consentimientos en los artículos 102 y 106 del Código civil; o de lo dispuesto, respecto de las disposiciones testamentarias en el mencionado artículo 132 del Código de Sucesiones de Cataluña, o de la ineficacia de las disposiciones prevenidas en códigos de otros países como, por ejemplo, el parágrafo 2077 del BGB alemán o el artículo 2317 del Código civil portugués)». Por ello «cuando sea el vínculo matrimonial existente lo que lleve al testador a disponer a favor de su consorte, como ocurriría

de ordinario y después se extinga el matrimonio, únicamente por voluntad de aquel, expresada con las solemnidades necesarias para testar, podrá quedar revocada la disposición». Ahora bien, puesto que, en el caso no hubo revocación, la Dirección General entiende que se debe dilucidar si como argumenta el registrador para negar la inscripción de la escritura calificada «puede apreciarse en la institución hereditaria la concurrencia de una causa falsa —en el sentido de erróneo motivo de la disposición— que determine su ineficacia conforme el artículo 767 del Código civil. A este respecto señala que, en el presente caso ha de tenerse en cuenta: "a) Que del hecho que la disposición testamentaria se refiera a la 'esposa' y añada 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 y en la posibilidad de otorgamiento de una nueva disposición testamentaria; 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 —la relación matrimonial entre la favorecida y el testador hasta el fallecimiento de este— que después queda interrumpida, y esa voluntad debe prevalecer de conformidad con el criterio interpretativo en sede testamentaria recogido en los artículos 675 y 767 del Código civil, sin que constituya óbice alguno la referencia que tales preceptos hacen al propio testamento como base de la interpretación, pues, según la reiterada doctrina del Tribunal Supremo, dicha interpretación ha de hacerse con un criterio subjetivista porque aunque tenga un punto de partida basado en las declaraciones contenidas en el documento testamentario, su finalidad primordial es la de investigar la voluntad real del testador, tratando de armonizar en lo posible las distintas cláusulas de aquel, empleando unitariamente las reglas de hermenéutica e incluso haciendo uso, con las debidas precauciones de los llamados medios de prueba extrínsecos o circunstancias exteriores o finalistas a la disposición de última voluntad que se interpreta. (…) Al apreciar la eficacia o ineficacia de la disposición no debe valorarse la voluntad ulterior de mantener la institución por parte del causante, pero nada impide que de la interpretación de la real '*voluntas testatoris*' del momento en que otorgó el testamento pueda concluirse, con los medios hermenéuticos mencionados, que el 'de cuius' no habría echo la institución de haber salido que el vínculo conyugal con la instituida no subsistiría y que eso quería expresar al mencionar en la disposición la condición de esposa de la beneficiaria, si bien tal hipótesis solo puede ser apreciada judicialmente, en procedimiento contradictorio, con una fase probatoria que no cabe en el ámbito del recurso gubernativo, debiendo prevalecer mientras tanto la interpretación favorable a la eficacia de la institución, en congruencia con el principio de conservación de las disposiciones de última voluntad que late en diversas normas del Código civil (por ejemplo, el propio artículo 767 y los artículos 715, 743, 773, 786, 792, 793 y 'ex analogía' 1284)"». Por cuanto antecede y habida cuenta que el registrador se halla limitado en su calificación por lo que resulta del documento presentado y de los libros a su cargo, se concluye que «el título hereditario objeto del recurso es susceptible de inscripción, sin perjuicio del derecho que asiste a los que se consideren perjudicados para instar un procedimiento declarativo en que se

ventile la posible ineficacia de la institución hereditaria, con la correspondiente anotación de demanda que enerve los efectos de la fe pública registral».

La resolución de 26 de febrero de 2003[42] reitera esa misma doctrina en un caso en el que el registrador había denegado la inscripción en una escritura de partición en la que el contador partidor de la herencia de doña Ana María L.E. había adjudicado bienes hereditarios a los hijos del causante, y considerado ineficaz y nulo el legado que la misma había hecho a favor de quien era su esposo al tiempo de testar. La causante había fallecido el 21 de julio de 1994 bajo testamento otorgado el 4 de enero de 1979 en el que tras manifestar que, estaba casada con don Carlos M.P., de cuyo matrimonio tenía cuatro hijos «lega a su cónyuge el tercio de libre disposición, sin perjuicio de la cuota vidual y en pago de ambos conceptos, como acta parcial de la partición al amparo del artículo 1056 de Código civil, le adjudica el usufructo universal vitalicio de su herencia». En el remanente instituyó herederos por partes iguales a sus cuatro hijos y finalmente nombra albacea comisario contador partidor con toda amplitud de facultades a don Manuel B. R.M. El matrimonio queda disuelto por sentencia de divorcio el 31 de enero de 1990, previa separación de hecho. Adjudica los bienes hereditarios a los hijos de la causante, prescindiendo del contenido de aquel legado. Por auto de 16 de noviembre de 2000 el presidente del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía desestima el recurso confirmando la calificación objeto del mismo fundándose, esencialmente, en no haberse atendido el contador partidor al criterio interpretativo impuesto por el artículo 675 del Código civil al haberse extralimitado en sus facultades por cuanto, si bien podía interpretar y efectuar la voluntad del testador, no podía suplirla y que el pronunciamiento sobre la eficacia de la disposición testamentaria excede de sus facultades sin que se esté ante un supuesto de legado innominado. Sobre tales bases, el registrador entiende que el contador partidor se había extralimitado de sus funciones al considerar ineficaz el legado dispuesto por la heredera, habida cuenta del divorcio sobrevenido al otorgamiento del testamento. Respecto a esta actuación del contador partidor, la Dirección General dispone, en cuanto a las funciones necesarias para transformar el derecho hereditario abstracto en titularidades sobre los bienes y derechos concretos, que estas habrán de ajustarse a la voluntad del testador, aunque «es cierto que a la hora de determinar cuáles sean esas facultades es pacífica la admisión de una serie de actuaciones que no es que excedan de lo que sea la simple facultad de hacer la partición sino que ha de entenderse comprendida en un ámbito de esta en cuanto necesarias para el desempeño de la misma, entre la que se incluye y es lo especialmente relevante en este supuesto, la de interpretar el testamento. Pero tal función bien delimitada tanto por los medios, especialmente por lo dispuesto en el artículo 675 del Código civil, como en cuanto a su fin, lograr que la partición de los bienes se ajuste a la voluntad del testador. Y si bien es cierto que en esa tarea puede subsanar y corregir ciertos defectos del testamento, lo que no puede es atribuirse funciones decisorias que son privativas del testador como la de desheredar o revocar disposiciones testamentarias ni, en general, declarar por sí mismo su ineficacia total o parcial, cuestión que corresponde a los tribunales de justicia a solicitar de los herederos que procedan a su impugnación». Por eso continúa manifestando que «a diferencia de la apreciación del alcance del divorcio de los cónyuges en cuanto a la pérdida o conservación de los derechos legitimarios en que el contador partidor estará actuando con sujeción a lo establecido por la Ley, lo que no puede es entender revocada por tal causa una disposición testamentaria voluntariamente hecha a su favor, pues, como señalaba la resolución de 26 de noviembre de 1998, la revocación de los

testamentos abiertos en derecho común solo puede tener lugar por otro testamento válido y no por otro tipo de negocios o causas distintas de las previstas en la Ley, sin que la separación o divorcio esté previsto que produzca tal efecto —a diferencia, por ejemplo, de lo que ocurre con los poderes o consentimientos (arts. 102.2 y 106)— o las soluciones que se adoptan en la legislación comparada o en determinados cuerpos normativos de la legislación especial o foral». Y añade que «tampoco el argumento de la falta de designación "nominatin" del cónyuge beneficiario del legado es aceptable pues una interpretación lógica, sistemática conduciría más bien a la contraria, la necesidad de que para llegar a tal conclusión el llamamiento apareciera hecho de forma expresa a favor de quien fuera el cónyuge al tiempo del fallecimiento, cual es frecuente en los que se hace a favor de potenciales beneficiarios inexistentes de presente, sean descendientes o del cónyuge. Porque si después de haber identificado a su cónyuge dispuso la testadora un legado a su favor de quien ostenta esa condición, sin condicionamiento alguno a que la siguiese conservando al tiempo de su fallecimiento, condición cuyo cumplimiento sí correspondería apreciar al contador partidor, no puede entenderse como hecho a favor de persona a determinar por circunstancias futuras, sino en atención a una circunstancia identificadora de presente pero no puesta como condicionante del llamamiento». En fin, concluye que «(…) a la hora de interpretar la verdadera voluntad del testador y en congruencia con la naturaleza del testamento como acto formal y completo una vez otorgado, se debe atender a la voluntad pretérita, a la existente al tiempo del otorgamiento, por lo que una alteración sobrevenida de las circunstancias tiene su adecuado tratamiento en la esencial revocabilidad del testamento. Y si bien es cierto que, a la hora de interpretar la voluntad del testador no puede descartarse que esta presupusiera para la eficacia de una disposición que permaneciese una situación —el vínculo matrimonial con el favorecido— que después ha desaparecido y esa voluntad habría de prevalecer conforme a los criterios interpretativos contenido en los artículos 675 y 767 del Código civil que, si bien han de partir de contenido del propio testamento ha de seguir, según reiterada doctrina del Tribunal Supremo, un criterio subjetivista, tratando de buscar la real voluntad del testador, criterio interpretativo que podía conducir, tal como postula el recurrente a entender que la disposición no se habría hecho de haber sabido que el vínculo matrimonial con el favorecido no subsistiría y que ello era lo que se quería expresar al hacer la disposición a favor del cónyuge, tal hipótesis solo puede ser apreciada judicialmente en procedimiento contradictorio y con una fase probatoria que no cabe en el procedimiento registral en el que ha de estarse al contenido literal del testamento, lo que impide admitir la inscripción de una partición en que el contador partidor se aparta de su contenido al estimar como eficaz una disposición que judicialmente no se ha declarado como tal».

Recientemente, la resolución de 27 de febrero de 2019 en la que se interpone recurso contra la calificación del registrador de la propiedad que suspendió la inscripción de una escritura de adjudicación de herencia por considerar que el acta de notoriedad en el que se declaraba a los hermanos del causante como herederos abistentato carecía de efecto al existir un testamento válido por el que el causante instituía heredera universal a su esposa y aunque después se divorció de ella, el testamento produce todos sus efectos, mientras no se declara judicialmente su ineficacia. El registrador de la propiedad fundamenta la negativa a la inscripción en los siguientes términos: «no está previsto en nuestro ordenamiento jurídico, como efecto de la separación o el divorcio de los cónyuges, a diferencia de lo que ocurre con la representación voluntaria, la revocación por ministerio de la ley

de las disposiciones testamentarias efectuadas por uno de ellos a favor del otro. Dicha revocación exige una declaración expresa de voluntad del causante hecha con las solemnidades necesarias para testar. No existiendo dicha declaración, el testamento otorgado produce todos sus efectos, mientras que por una sentencia firme no se declare que la voluntad del testador fue la de vincular la disposición testamentaria a la condición de cónyuge de la heredera instituida. El solo reflejo en el testamento de la palabra "esposa" no es razón suficiente para que pueda concluirse que ese sea el motivo —causa— de la disposición a los efectos del artículo 767 del Código civil. Por tanto, no puede inscribirse la partición hereditaria otorgada en virtud de un título sucesorio —acta de notoriedad— que, dada las circunstancias, carece de efecto alguno, al existir un título sucesorio testamentario que, en los términos expresados, produce todos sus efectos mientras no se declare judicialmente su ineficacia». La notaria recurrente, por su parte, alega que: «la interpretación del testamento atendiendo a los criterios literal, lógico, sistemático, finalista y adecuados a las circunstancias del caso resulta evidente que la institución de heredera se encontraba condicionada a que la instituida fuera la esposa del causante al abrirse la sucesión; que la doctrina de esta Dirección General según la cual no cabe presumir la voluntad de revocar la disposición testamentaria efectuada a favor del cónyuge que se divorcia del testador, debe ser revisada, a la vista de determinados pronunciamientos judiciales (que aprecian la existencia de causa falsa de la institución, conforme al artículo 767 CC), de la regulación en los ordenamientos civiles especiales que, a excepción de Baleares, recoge expresamente la ineficacia sobrevenida de la disposición testamentaria a favor del cónyuge en caso de crisis matrimonial y de las circunstancias concretas del caso. Y finalmente, que debe aplicarse la doctrina establecida para una supuesto idéntico por la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 2018, según la cual la expresión en el testamento que la disposición testamentaria se hace a favor del esposo de la testadora permite concluir que su voluntad era que la disposición fuera ineficaz en caso de divorcio posterior». La Dirección General acuerda desestimar el recurso y confirma la calificación impugnada. Señala la citada resolución que, 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. 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 a favor del otro (a diferencia de lo establecido respecto de los poderes y consentimientos en los arts. 102 y 106 CC). Por otra parte, tampoco se considera que en el presente caso pueda 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 que la disposición testamentaria se refiera a la «esposa» y añada 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. Pero, aun entendiendo que esa forma de la disposición comporta la expresión de motivo de la institución de heredera y ese motivo deviene posteriormente erróneo, debería considerarse dicha expresión como no escrita y, por ende, probarse que del propio testamento resulta que el testador no la habría ordenado si hubiera conocido dicho error. Por tanto, a falta de una norma que establezca la

presunción de ineficacia de la disposición a favor del ex cónyuge, debe probarse que el testador no habría otorgado la disposición de haber podido conocer la disolución del matrimonio por divorcio. Lo determinante es 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 (art. 739 CC) y en la posibilidad de otorgamiento de una nueva disposición testamentaria. La posibilidad que el testador no habría hecho la institución de haber sabido que el vínculo conyugal con la instituida no subsistiría y que eso quería expresar al mencionar en la disposición la condición de esposa de la beneficiaria, tal hipótesis solo puede ser apreciada judicialmente en procedimiento contradictorio con una fase probatoria que no cabe en el ámbito del recurso contra la calificación registral —ni en las actuaciones notarial y registral—, debiendo prevalecer mientras tanto la interpretación favorable a la eficacia de la institución, en congruencia con el principio de conservación de las disposiciones de última voluntad que late en diversas normas del Código civil (art. 767 y los arts. 715, 743, 773, 786, 792, 793 y «ex analogía» 1284). En fin, la resolución aunque destaca el criterio establecido por el Tribunal Supremo en las sentencias de 26 y 28 de septiembre de 2018 citada esta última por la recurrente, recuerda de nuevo que respecto al ámbito notarial y registral 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 provoque su pérdida de eficacia (total o parcial) y ello porque el principio constitucional de salvaguarda judicial de los derechos en conjunción con el valor de ley de la sucesión que tiene el testamento formalmente válido (art. 658 CC), conduce inexorablemente a la necesidad de una declaración judicial para privar de efectos a un testamento que no incurra en caducidad ni en vicios sustanciales de forma[43].

## IV. LA INEFICACIA DEL TESTAMENTO

Quienes optan por considerar que en estos supuestos de crisis matrimonial o de pareja que sobrevienen después de otorgado testamento y persisten a la muerte del causante, lo procedente es la ineficacia de la disposición testamentaria de heredero o legatario del cónyuge supérstite o pareja de hecho, sin embargo discrepan en los instrumentos jurídicos para llegar a tal resultado, bien lo hacen a través de una interpretación integradora del testamento; bien mediante la aplicación del artículo 767 del Código civil.

### 1. Interpretación integradora del testamento

VAQUER ALOY manifiesta que, hay una aceptación mayoritaria a la interpretación integradora como instrumento aplicable a algunos cambios sobrevenidos y no previstos por el testador en el momento de otorgar testamento, pero también destaca los peligros de los que advierte la doctrina[44]. Asimismo, señala que «la integración del testamento deviene necesaria cuando existe una laguna en la declaración de voluntad testamentaria. Una laguna en la declaración de voluntad testamentaria se produce como consecuencia de la imprevisión del cambio de circunstancias fácticas o por un desarrollo de dichas circunstancias distinto de lo previsto que provoca un resultado contrario a la planificación testamentaria, de modo que de su testamento hubiera sido distinto, pues habría

sido consciente que las cláusulas testamentarias no conseguirían la finalidad que con ellas se habría propuesto alcanzar. Por esto es necesario que pueda conocerse el fin testamentario, ya sea porque expresamente el testador lo ha manifestado, ya sea porque puede colegirse del contenido de su declaración de última voluntad. Nuevamente, pues, se manifiesta la extraordinaria importancia del elemento teleológico en el proceso de interpretación del testamento». Añade que «la integración del testamento supone que se adecuan los medios ordenados por el testador para alcanzar el fin propuesto de acuerdo con la que se estima que sería la voluntad de aquel. No estamos, pues, frente a una voluntad declarada expresamente en el testamento, sino ante una voluntad que se deduce de este de acuerdo con la finalidad que se había propuesto el causante». Si bien «esta voluntad del testador, no por hipotética, es menos testamentaria». Por otra parte, manifiesta que «el intérprete, cuando integra, tiene que hacerlo sobre la base de la declaración de voluntad testamentaria, y lo que cabe es que adecue los medios establecidos por el testador a la finalidad que este perseguía. Lo que precisamente hace el intérprete es respetar al máximo la voluntad declarada del testador, intentando que la finalidad que pretendía alcanzar, se lleve a término. No crea una voluntad ni incorpora una voluntad extratestamentaria, sino que procura realizar en la máxima medida los designios expresados por el testador, tal solo corrigiendo los medios para asegurarlos». Asimismo destaca que «la integración no supone en ningún caso dar entrada en el testamento a una voluntad posterior del causante, una voluntad, por definición que estaría contenida fuera de la forma testamentaria. La integración, por el contrario, solo toma en consideración la voluntad del causante en el momento de otorgar el testamento y lo que hace es adecuar los medios elegidos a las circunstancias cambiantes o imprevistas por el testador cuando testó. El intérprete busca la consecución del fin testamentario y este fin es el que el testador expresó al testar. En definitiva, se trata de proyectar una voluntad pretérita no actual —la que el testador insertó en la forma testamentaria y única que constituye la ley de la sucesión— a las circunstancias —futuras para el testador y presentes para el intérprete— que aquel no pudo contemplar o que contempló deficientemente. Es una voluntad hipotética, sí, pero la voluntad hipotética del causante en el momento de emitir su declaración de voluntad testamentaria»[45]. Por lo que, sobre tales bases concluye que no es imprescindible acudir al artículo 767 del Código civil y en consecuencia «no se observa impedimento alguno para que los interesados aleguen y acrediten mediante los medios de prueba necesarios y admisibles en derecho que el testador no hubiera realizado atribución alguna a su cónyuge de saber que perdería esa condición o que se rompería la convivencia conyugal, demuestren la existencia de una laguna en la regulación testamentaria y soliciten de la autoridad judicial la adecuación de los medios testamentarios a la finalidad del testador»[46].

### 2. La ineficacia de la disposición por causa falsa conforme a lo previsto en el artículo 767 del Código civil

Quienes entienden aplicable a estos supuestos por analogía el artículo 767.1 del Código civil, consideran que con ello se da una respuesta adecuada a la cuestión, además de justificar la ineficacia de la institución de heredero o de legatario al cónyuge o pareja de hecho al haber quedado desprovista de causa, en concreto, al haber desaparecido la condición de cónyuge o de pareja de hecho

—motivo determinante o causa de la institución— en el momento de la apertura de la sucesión[47]. Para este sector de la doctrina se parte que las disposiciones testamentarias a favor del cónyuge o pareja de hecho son realizadas antes de la crisis matrimonial o la ruptura de pareja y, asimismo que, el estatus de cónyuge o pareja de hecho representa la causa o motivo de las disposiciones testamentarias. ROCA SASTRE es uno de los primeros autores que considera aplicable a estos supuestos la teoría de la causa falsa ante la inexistencia en nuestro Código civil de un precepto similar al parágrafo 2077 del BGB, y, además que, los efectos de las disposiciones testamentarias hay que referirlas al momento de la muerte del causante[48].

Asimismo, en esta línea GÓMEZ CALLE dispone que «esta cuestión solo se plantea si el propio testador no ha contemplado tal hipótesis en su testamento, pues de haber hecho el llamamiento a favor del cónyuge bajo la condición de que lo siguiera siendo o que el matrimonio se mantuviera unido al momento de la muerte del disponente, es evidente que en los casos apuntados la disposición no surtirá efectos; y si hubiera especificado que la eficacia de la disposición debía subsistir al margen de cuál fuera la situación del matrimonio a la apertura de la sucesión, tampoco habría lugar a dudas, dada la clara expresión de la voluntad real del testador». Asimismo señala que a la hora de arbitrar soluciones para el problema «no le parece relevante cuál fuera la situación psicológica del testador en relación con el porvenir de su matrimonio: que al testar estuviera convencido que seguiría unido en matrimonio y junto a su esposo o esposa hasta la muerte de cualquiera de ellos, o que hubiera dado por supuesto que ello sería así aun sin pensarlo conscientemente, o que ni siquiera se le hubiera pasado por la cabeza que la situación podía variar con el tiempo, son hipótesis deslindables desde un punto de vista teórico, pero probablemente muy difíciles de distinguir en el caso concreto». Tampoco cree que «desempeñe un papel decisivo la forma en que el testador haya designado a su cónyuge y, en concreto, si a la referencia a aquella cualidad ha añadido o no su identificación nominal, pues en ambos casos parece claro que está pensando en favorecer a quien es su pareja al tiempo de testar». Sobre tales bases considera que esta tesis es la preferible, pues «de acuerdo con el artículo 767.1 del Código civil cuando la causa expresada en el testamento y determinante de la disposición resulta falsa, la disposición es ineficaz, no tendría sentido tratar de distinta manera aquellos supuestos en que esa misma causa desaparezca por el devenir de los acontecimientos después de otorgado el testamento»; en cualquier caso, entiende que «nos hallamos ante una disposición cuya razón de ser a los ojos del testador y de acuerdo con lo que el mismo quería al tiempo de testar (o hubiera querido de haberse planteado la posibilidad que la situación variase), no existe en el instante en que debe ser eficaz, sea porque no ha existido nunca (error actual sobre la validez del matrimonio, por ejemplo), o sea porque ha desaparecido sobrevenidamente (error sobre hechos futuros —el testador estaba convencido al testar que nunca se iba a divorciar o separar de su cónyuge— e imprevisión —el testador ni se había planteado la posibilidad de una crisis matrimonial—)». Se parte, por tanto, por la citada autora que «el matrimonio y el mantenimiento de la convivencia conyugal son, por regla general, causa o motivo de las disposiciones testamentarias que se hacen a favor del esposo o esposa cuando reina la paz conyugal». En fin a estos efectos añade que «hay que recordar que la causa de la disposición y el carácter determinante de la cualidad de cónyuge y del mantenimiento de la convivencia pueden deducirse de pruebas extrínsecas; entre ellas, cuál fuera la situación del matrimonio al tiempo de otorgarse el testamento, ciertos hechos posteriores e incluso máximas

generales de experiencia, siempre que en el caso concreto falten datos sobre la voluntad real del testador que las desmientan». Además cree que estaríamos ante una expresión implícita de la causa «con la alusión en el testamento a la cualidad de cónyuge o con la designación de una persona que, al momento de otorgarse el testamento, era el cónyuge del testador y convivía con él». Finalmente, manifiesta que «si la disposición testamentaria es ineficaz con base al artículo 767.1 del Código civil, el hecho que el testador no la revoque después de producirse la ruptura matrimonial es jurídicamente irrelevante»[49].

Por su parte, MIQUEL GONZÁLEZ dispone que «lo más razonable es estimar que son ineficaces, si es que la voluntad del testador es algo más que una pura entelequia. Si algún divorciado quiere que se mantengan las disposiciones testamentarias que hizo en su testamento a favor de su cónyuge antes del divorcio, le incumbe ratificarlas. El problema es si para ello se requiere forma testamentaria o puede valer una voluntad deducida de pruebas extrínsecas». Asimismo, tras abordar el paralelismo entre el nacimiento de un hijo después de otorgado testamento con el divorcio, nulidad o separación y de tomar en consideración lo previsto en el artículo 945 del Código civil referido a la legítima del cónyuge viudo y los artículos 102 y 106 del citado cuerpo legal que disponen la revocación de los poderes y consentimientos que se hubieran otorgado los cónyuges desde la presentación de las demandas de nulidad, separación o divorcio, concluye el autor manifestando que «lo decisivo es que el imprevisto cambio de circunstancias determinantes de la institución o legado debe considerarse que les priva de causa y produce su ineficacia (art. 767). Esta debe ser la regla general y quien pretenda mantener las disposiciones en los citados casos, debe otorgar nuevo testamento, pues tales disposiciones deben considerase ineficaces»[50].

También CAÑIZARES LASO considera que «la cuestión no radica en la valoración que el testador realiza de una circunstancia actual sino de un problema de previsión de futuro. El testador positivamente cree que siempre será cónyuge el instituido heredero y, por tanto, existe una efectiva creencia en tal motivo para realizar la institución. Así existe error en la formación de la voluntad, error en los motivos para realizar la institución, esto es, causa falsa del artículo 767 del Código civil». Por lo que entiende que «la causa falsa puede referirse a circunstancias tanto presentes, pasadas como futuras»[51]. En estos términos señala, además que «nos hallamos en presencia de la causa contemplada por el artículo 767 del Código civil como la razón o motivo que lleva al testador a realizar la institución de heredero, causa falsa que como motivo erróneo hace ineficaz la disposición testamentaria». Ciertamente «en el sentir del testador pudo existir error de imprevisión, en el sentido que no pudo imaginar el transcurso de los hechos posteriores y que, en todo caso, sería un error de imprevisión equiparable al error motivo o causa falsa del artículo 767 del Código civil». En fin, concluye que existe base suficiente en nuestro Código civil para poder sostener en base al citado precepto y con una correcta interpretación dirigida a la valoración de la voluntad real del testador, la ineficacia de este tipo de disposiciones.

En fin, GONZÁLEZ ACEBES destaca que «la nulidad, divorcio o la separación en el Derecho común no tienen por sí mismas eficacia revocatoria de un testamento anterior a las situaciones de crisis conyugal» y, asimismo que «la revocación tácita requiere de un testamento posterior perfecto y válido». En cuanto a la causa del artículo 767 indica que «es la causa subjetiva, el motivo o razón expresada en el testamento que llevó al testador a disponer a favor de una determinada persona» y, además «para que produzca efecto invalidante ha de ser falsa y determinante». Y dicho precepto comprende «tanto la causa positivamente

errónea o falsa como la imprevista o desconocida» y aunque lo dispuesto en el mismo está referido a la falsedad de la causa, también «aquel supuesto en el que se deja de contemplar la posibilidad de su inexistencia o se proyecta sobre presupuestos que posteriormente dejarán de producirse. Por tanto, el error incorporado a la causa del negocio puede referirse tanto a circunstancias presentes, pasadas o futuras. Los hechos futuros son también susceptibles de errónea representación y por ello nada impide referir al error sobre hechos futuros la falsedad de la causa, objeto del artículo 767 del Código civil. La eficacia de la voluntad concreta está tan supeditada a la verdad como a la existencia de la causa real. El defecto de esta se produce igualmente tanto cuando positivamente se yerra sobre la causa como cuando, sin juicio completo sobre ella, se deja de prever su inexistencia o se proyecta sobre presupuestos que posteriormente dejarán de producirse». De este modo indica la citada autora que «la institución hereditaria a favor de cónyuge cuando en el momento del fallecimiento dicho sujeto ya no ostenta este carácter, es una institución con causa falsa, que por virtud de la aplicación del artículo 767.1 del Código civil se tendrá por no puesta. Por tanto, el excónyuge no será llamado a la sucesión». Finalmente coincide con GORDILLO cuando afirma que «la relevancia de la falsedad de la causa ha de resultar del testamento sin que ello impida el recurso a la prueba extrínseca y menos en nuestro caso en que nos encontramos interpretando una cláusula testamentaria» y, asimismo, piensa con CAÑIZARES LASO que «existe base suficiente en nuestro sistema para, a través del artículo 767 del Código civil y una correcta búsqueda de la voluntad del testador, lograr la ineficacia de este tipo de disposiciones»[52].

Sobre la base de esta doctrina, la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, sección 6.ª, de 13 de diciembre de 1999[53] representa la primera resolución en la jurisprudencia menor que sostiene la ineficacia de la institución de heredero a favor de la esposa por la existencia de una causa falsa en aplicación del artículo 767.1 del Código civil en base a los siguientes argumentos: así se indica por la Sala que, la causa o motivo de la institución es la cualidad de cónyuge, por lo que no se trataría de aquí de una institución condicional, esto es, no se estaría en presencia de una condición que posteriormente pueda resultar incumplida, sino muy al contrario de una disposición testamentaria que puede ser errónea o tener causa falsa, cuestión por otra parte que debe interpretarse, siguiendo la doctrina, por medio de la llamada interpretación integradora no contradictoria con el acto testamentario y, producido el hecho sobrevenido del divorcio, lo reconduce al citado artículo 767 del Código civil que regula el error del testador en nuestro Código civil. La referida sentencia dispone al respecto que «en el normal de los casos el testador no ha previsto tal disposición tomando en consideración una eventual nulidad, divorcio o separación y, por consiguiente, lo que debería plantearse en lo que probablemente hubiera querido el testador de haber conocido el posterior divorcio. Por tanto, en esta materia caben dos opciones: en primer lugar, que el testador no plantee bajo ningún concepto el posible problema posterior; y, en segundo lugar, que el testador favorezca a su cónyuge creyendo positivamente que seguirían casados y conviviendo hasta su muerte. Solo en el primer caso podría hablarse de error de imprevisión, mientras que en el segundo se está en presencia de un posible error o causa falsa, aunque no obstante, puedan reconducirse en ambos supuestos a la regulación del error en nuestro Código civil. En esta materia, únicamente cabe, en nuestro ordenamiento, la posibilidad de acudir al artículo 767 del Código civil». Por lo que el error o causa contemplada en este precepto «es la razón o el motivo que lleva al testador a disponer, causa en sentido subjetivo o móvil incorporado

al acto de disposición. De acuerdo con la doctrina mayoritaria es claro que al resultar del testamento no debe impedir el recurso a la prueba extrínseca y por consiguiente, la intención de dar primacía a la voluntad del testador exige la utilización de cuantos elementos puedan conducir a la valoración de esa voluntad real aunque no esté perfectamente expresada en el texto del testamento». La Audiencia da por probado que el motivo determinante de la institución de heredero a la esposa era la condición de cónyuge y, de haber previsto que en un momento posterior dejaría de serlo, no hubiera otorgado dicha disposición, por lo que el testador ha operado sobre una causa falsa. Se pone de manifiesto por la Audiencia en la citada resolución que, aunque efectivamente el testador pudo revocar el testamento, y no lo hizo; no obstante lo expuesto, la cuestión no radica tanto en la posibilidad de revocación, como en la eficacia, en sí de la disposición testamentaria en cuanto instituyó heredera a su esposa, que dejo de serlo tras el divorcio y, en consecuencia, la voluntad errada sobre la que se basó dicha disposición implica que se esté en presencia de un posible error o causa falsa que sobre la base legal indicada, y, por ende, determina la declaración de ineficacia de la disposición testamentaria. Además ha quedado probado que en el momento de la separación de hecho los cónyuges otorgaron capitulaciones matrimoniales, de acuerdo con las cuales se adjudica el testador en pago de sus gananciales la finca adquirida de su padres, mediante compraventa, finca objeto de la presente herencia. En fin, en el presente caso, se da la circunstancia que en el momento en que se otorga testamento, en concreto en 1978, no era posible el divorcio en España, aunque sí la separación, por lo que entiende la Sala que «mediante una interpretación integradora y tomando en consideración el artículo 3 del Código civil en cuanto a la realidad social, el común de los testadores entendería que se instituye heredera a la esposa en tanto en cuanto es esposa y esta disposición debe entenderse motivada por la consideración a que precisamente era su esposa; si el testador hubiera previsto que no sería, no hubiera determinado dicha disposición, padeciendo, en consecuencia, una causa falsa de la institución de heredero regulada en el Código civil en su artículo 767». En esencia, para esta Sala el motivo perseguido por el testador era la de instituir heredero a su cónyuge, y como en el momento de su muerte, ya no ostenta tal condición consecuencia de la crisis matrimonial, no puede cumplirse la voluntad del testador por error o causa falsa, deviniendo la institución de heredero ineficaz.

Recientemente, como hemos señalado al inicio de nuestra exposición, se ha pronunciado adoptando esta línea doctrinal y la jurisprudencial iniciada por la citada resolución de la Audiencia Provincial de Málaga de 1999, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26 y 28 de septiembre de 2018. En la primera se plantea la eficacia del legado a favor de la pareja de hecho del testador, cuando a la apertura de la sucesión se ha producido el cese de la convivencia; y, la segunda versa sobre la eficacia de la institución de heredero del cónyuge del testador cuando en el momento de la apertura de la sucesión se había producido el divorcio.

Centrándonos en la sentencia de 26 de septiembre de 2018, el Tribunal Supremo desestima el recurso de casación en base a los siguientes fundamentos jurídicos: 1. Considera que «debe aplicarse el artículo 767 del Código civil dada la identidad de razón existente entre los denominados casos de imprevisión y el supuesto a que se refiere este precepto. Por ello, cuando en el momento de fallecimiento del testador se haya producido un cambio de circunstancias que dé lugar a la desaparición del motivo determinante por el que el testador hizo una disposición testamentaria, la misma será ineficaz»; 2. Argumenta que «conforme

al artículo 675 del Código civil la regla esencial en materia de interpretación testamentaria es la averiguación de la voluntad real del testador. Por ello, la literalidad del artículo 767.1 del Código civil, que se refiere a la "expresión" del motivo de la institución o del nombramiento del legatario, no impide que sea posible deducir el motivo de la disposición y su carácter determinante con apoyo en el tenor del testamento, en particular por la identificación del favorecido por cierta cualidad, como la de esposo o pareja»; 3. Entiende la Sala que «el empleo de la expresión "su pareja" para referirse a la demandante no puede ser entendido como una mera descripción de la relación afectiva existente en el momento de otorgar el testamento, ni como mera identificación de la favorecida, a quien ya se identificaba con su nombre y apellidos. La mención "a su pareja" revela el motivo por el que el testador ordenaba un legado a favor de D.ª Cecilia, sin que haya razón para pensar que, de no ser su pareja, el testador la hubiera favorecido con un legado»; y, 4. La extinción de la relación de pareja después del otorgamiento del testamento que la sentencia recurrida declara como hecho probado, entiende que «la disposición testamentaria a favor de Cecilia quedó privada de la razón por la que se otorgó y, en consecuencia, no puede ser eficaz en el momento en el que se produce la apertura de la sucesión». Además considera que no se infringe el artículo 675 del Código civil «pues precisamente parte de la interpretación de la voluntad real del causante con apoyo en el tenor literal del testamento que ordena el legado a favor de "su pareja" D.ª Cecilia».

Finalmente, la Sala declara ineficaz el legado realizado a favor de la pareja de hecho, cuando a la hora de la muerte del testador se ha producido el cese de la convivencia. Si bien, precisa al respecto que «la declaración de ineficacia del legado no infringe el artículo 738 del Código civil porque la ineficacia del legado no deriva de una supuesta revocación tácita, ni de una presunción de revocación: la revocación por definición, es posterior al otorgamiento del testamento y debe hacerse con las solemnidades necesarias para testar. En este sentido, la afirmación de la sentencia recurrida acerca de la voluntad revocatoria del testador no resulta correcta, pero no es la razón por la que la sentencia declara la ineficacia del legado a favor de Cecilia. Tampoco se infringe el artículo 873 del Código civil, pues la desestimación de la demanda de Cecilia y la estimación de la reconvención de Elsa y Vicente no es porque se impute la liberalidad ordenada en el testamento al pago del crédito nacido a favor de Cecilia en el "convenio regulador de cese de la convivencia", sino que se declara la ineficacia del legado, partiendo de la interpretación de la voluntad del testador. Y contra lo que sostiene Cecilia tampoco se infringen los artículos 790 y 791 del Código civil, puesto que no se aplican por la sentencia recurrida, que no se basa su decisión en el incumplimiento de una condición prevista por el testador, sino en la aplicación analógica del artículo 767.1 del Código civil en relación con el artículo 675 del Código civil».

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de septiembre de 2018 versa sobre la ineficacia de la institución de heredero del cónyuge de la testadora por expresión de causa falsa cuando en el momento de la apertura de la sucesión, se había producido el divorcio. El fallecimiento de la testadora había tenido lugar siete años después del divorcio sin que otorgara nueva disposición testamentaria que revocara la anterior. El empleo del término «esposo» en el testamento revela el motivo por el que la testadora le nombraba como su heredero, sin que hubiera razón para pensar que, de no ser su esposo, la testadora lo hubiera instituido heredero, pues, la institución de heredero estaba condicionada a que el instituido fuera el esposo de la causante al abrirse

la sucesión. Al respecto, de nuevo, nuestro Alto Tribunal estima la aplicación del artículo 767 del Código civil que, regula, como bien sabemos, la existencia de una causa falsa en la institución de heredero. Para ello argumenta que, precisamente, ante la ausencia de una norma de integración en el Código civil que, presuma cuál sería la voluntad hipotética del testador medio en caso de producirse la disolución del matrimonio, a diferencia de lo que sucede en otros derechos, el Tribunal Supremo lleva a cabo una analogía entre el error en los motivos y causa falsa del artículo 767 y el error de imprevisión y señala que «(…) de acuerdo con la opinión dominante de la doctrina, esta Sala considera que, ante la ausencia de una norma de integración que contemple el caso concreto de imprevisión, debe aplicarse el artículo 767.1, dada la identidad de razón existente entre los denominados casos de imprevisión y el supuesto a que se refiere este precepto. Por ello, cuando en el momento del fallecimiento del testador se haya producido un cambio de circunstancias que dé lugar a la desaparición del motivo determinante por el que el testador hizo una disposición testamentaria, la misma será ineficaz». Por lo que, para este Alto Tribunal si la causa es el motivo o razón de la institución de heredero, esto es, el mantenimiento de la condición de cónyuge en el momento de apertura de la sucesión; esta causa deviene falsa al no existir tal condición en el momento de fallecimiento del testador. Por otra parte, la Sala apoya sus argumentos, amparándose en la interpretación de la voluntad del testador conforme al artículo 675 del Código civil, pues, atendiendo a lo dispuesto en el citado precepto «la regla esencial en materia de interpretación testamentaria es la averiguación de la voluntad real del testador. Por ello, la literalidad del artículo 767.1 del Código civil, que se refiere a la "expresión" del motivo de la institución o del nombramiento del legatario, no impide que sea posible deducir el motivo de la disposición y su carácter determinante con apoyo en el tenor del testamento, en particular por la identificación del favorecido por cierta cualidad, como la del esposo o pareja del testador». Ahora bien, para el Tribunal Supremo la condición o cualidad de esposo y su mención en la cláusula testamentaria no puede considerarse ni como una mera descripción de la relación matrimonial existente, ni tampoco como un mero identificador del instituido heredero, pues ya se encuentra identificado por su nombre y apellidos. Por lo que, la cualidad de esposo resulta ser en la apertura de la sucesión la causa de la disposición testamentaria esto es, el motivo subjetivo que lleva al testador a realizar la institución de heredero o, en su caso, de legatario —como en el supuesto anterior— a favor de su cónyuge o pareja de hecho. Así lo establece esta sentencia cuando dispone que «el empleo del término "esposo" para referirse al instituido no puede ser entendido como una mera descripción de la relación matrimonial existente en el momento de otorgar el testamento, ni como mera identificación del instituido, a quien ya se identificaba con su nombre y apellidos. La mención del término "esposo" revela el motivo por el que la testadora nombraba a Esteban como su heredero, sin que haya razón para pensar que, de no ser su esposo, la testadora lo hubiera instituido heredero». Por lo tanto, entiende el Alto Tribunal que, la causa de la institución de heredero a favor del esposo es, precisamente, el mantenimiento de la condición o cualidad de cónyuge en la apertura de la sucesión. Ciertamente, en el momento de otorgar testamento, la voluntad de la testadora era instituir heredero a su esposo, dado que en dicho momento lo era, por lo que su voluntad estaba clara al operar sobre una realidad existente y cierta, y, no incursa en error. Es, por lo que, considera el Tribunal Supremo que en este caso nos encontramos ante un error de imprevisión de la testadora, pues si cuando otorgó la disposición testamentaria, hubiera sabido que, *a posteriori* se divorcia-

ría de su cónyuge D. Esteban, posiblemente no le hubiera instituido heredero; de ahí que manifieste «(…) sin que haya razón para pensar que, de no ser su esposo, la testadora lo hubiera instituido heredero». Con ello, se logra demostrar que el motivo o la razón principal por la que el causante instituyó heredero a su cónyuge, era, precisamente, porque lo era en el momento del otorgamiento del testamento, y, al cesar tal condición de cónyuge con el divorcio, la disposición testamentaria deviene ineficaz atendiendo a lo dispuesto en el artículo 767.1 del Código civil. Precisamente, con el divorcio desaparece la causa o el motivo que propició la disposición testamentaria, esto es, la condición del cónyuge, haciendo que la disposición testamentaria sea ineficaz «(…) producido el divorcio después del otorgamiento del testamento, la institución de heredero quedó privada de la razón por la que se otorgó y, en consecuencia, no puede ser eficaz en el momento en el que se produce la apertura de la sucesión». A tenor de lo expuesto, el Tribunal Supremo estima el recurso de casación, anula la sentencia dictada por la Audiencia y estima la demanda, declarando la ineficacia de la institución hereditaria a favor del cónyuge cuando en el momento de la sucesión, se ha producido el divorcio y la apertura de la sucesión intestada. Falla a favor de la aplicación del artículo 767 del Código civil.

Esta sentencia constituye el primer fallo en el que el Alto Tribunal acredita que, la causa o el motivo principal que, lleva al testador a instituir heredero a su cónyuge es, justamente, esta condición de cónyuge, por lo que el divorcio posterior hace ineficaz la disposición; y, como hemos señalado, igualmente, la sentencia de 26 de septiembre se refiere por primera vez a la ineficacia de la institución de legado a favor de una pareja de hecho, atendiendo a la existencia de tal condición en el momento de otorgamiento del testamento y no a la apertura del mismo, al haberse extinguido ya en ese momento la relación de pareja.

Lo cierto es que, tanto esta resolución con la anterior, reinterpretan la cuestión operando sobre nuevas bases jurídicas y se apartan de la posición tradicional hasta ahora asumida por este Tribunal. Asimismo, ambas resoluciones consideran ineficaz de modo sobrevenido la institución de heredero a favor del cónyuge o del legado a favor de la pareja de hecho en caso de divorcio posterior o cese de la convivencia respectivamente acudiendo a encuadrar el supuesto en el ámbito del artículo 767 del Código civil, aplicándolo analógicamente a estas situaciones. Por tanto, el Tribunal Supremo, ante la falta de una regla en el Código civil que disponga directamente las consecuencias de un divorcio posterior entre la testadora y beneficiario por la disposición testamentaria o del cese de la convivencia entre el testador y el beneficiario de un legado, encuadra ambos supuestos en el ámbito del citado artículo 767, por lo que se concluye en ambas que, la disposición testamentaria por la que se instituye heredero al esposo de la testadora o, legataria a la pareja de hecho del testador, implica que, la voluntad real de estos sería la de considerar ineficaces las respectivas disposiciones testamentarias en el caso de tener lugar un divorcio posterior o cese de la convivencia, y todo ello pese a que no se llevó a cabo una revocación expresa del testamento.

Frente a la sentencia de este mismo Alto Tribunal de 29 de diciembre de 1997, ambas resoluciones se apartan de tal doctrina consolidada en la materia hasta la fecha, al resolver a favor de la ineficacia de las disposiciones testamentarias una vez producido el divorcio o cese de la convivencia. Ciertamente, recordemos que, la sentencia de 1997 opta por una interpretación literal de la voluntad del testador; además se indica que el testamento no puede recoger una voluntad de testar que sea posterior a su otorgamiento; asimismo, considera que, resulta contrario al artículo 675 del Código civil que, se interprete el testamento atendien-

do a circunstancias posteriores no solo al otorgamiento del mismo, sino también al fallecimiento del testador cuando tiene lugar la apertura de la sucesión, pues se debe atender a su voluntad real; y, en fin, se indica que no se ha procedido a la revocación del testamento, cuando resultaba procedente. Sin embargo, en las nuevas resoluciones del Tribunal Supremo se dispone que, los hechos posteriores e imprevisibles como son el divorcio o cese de la convivencia influyen en la formación de la voluntad en cuestión y estamos, en consecuencia, ante un error de imprevisión del testador. También, se señala que, hay una identidad de razón entre tal error de imprevisión y error en los motivos o la causa falsa. En cuanto a lo que representa la voluntad real del testador, en la sentencia de 1997 era instituir heredera a quien, además era su cónyuge en el momento de otorgar testamento con su nombre y apellidos, sin pensar ni prever que no tendría tal condición en la apertura de la sucesión; mientras que, en las otras dos resoluciones de 2018 se instituye a quien resulta ser su cónyuge o pareja de hecho en el momento de otorgamiento del testamento, no con posterioridad. Respecto al empleo o mención de la palabra «cónyuge» o, en su caso, «pareja de hecho o conviviente» en el testamento, la sentencia de 1997 manifiesta, por su parte, que no se puede demostrar que la cualidad o condición de cónyuge identificado con su nombre y apellidos sea determinante o decisivo para la institución de aquel como heredero; en cambio, en las otras dos resoluciones de 2018 se destaca que es, precisamente, la condición de cónyuge o de pareja de hecho la causa o el motivo por el que se instituye heredero o legatario al cónyuge o pareja de hecho. En fin, la sentencia de 1997 indica que, el divorcio no tiene ningún efecto sobre el testamento, y, este resulta eficaz, pese a la existencia de tal situación de crisis conyugal; en las otras dos resoluciones citadas el divorcio o cese de la convivencia, si tienen efectos sobre el testamento, al declararlo ineficaz en base a la aplicación del artículo 767 del Código civil.

## V. INCORPORACIÓN EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO DE UNA NORMA REGULADORA DE LA MATERIA

También un importante sector de nuestra doctrina, además de mostrarse partidario y defender cualquiera de las tesis anteriormente expuestas, reconoce la necesidad e importancia de introducir una norma de integración en el Código civil que pueda resolver y dar una solución razonable, precisamente a esta cuestión, dada la frecuencia con la que se producen hoy en día las situaciones de crisis matrimonial o de convivencia de la pareja. En todo caso, se trataría de una norma integrativa, dispositiva y presuntiva de la voluntad del testador que, para el caso de producirse el divorcio o la ruptura de pareja declarase ineficaz la disposición testamentaria a favor del cónyuge o pareja de hecho. Y, debería, además como precisa LÓPEZ FRIAS «abarcar tanto las atribuciones al cónyuge designado nominativamente como, obviamente, aquellas otras en que el beneficiario solo aparece determinado por su condición de esposo o esposa del testador en el momento del otorgamiento»[54]. A lo que añade la autora que «se trata ahora de suplir ese silencio de la ley, porque existe un hecho en la experiencia social no comprendido en los supuestos de hecho de las normas jurídicas; por tanto, si se ha roto la confianza conyugal y se está ante un supuesto de nulidad, separación o divorcio, parece que la intención del testador con carácter general y teniendo en cuenta lo que haría un hombre medio, sería dejar sin efecto la disposición testamentaria beneficiosa para su consorte»[55].

Asimismo, en esta línea ÁLVAREZ ÁLVAREZ señala que «para evitar problemas, sería conveniente que, al igual que sucede con algunos derechos civiles especiales, el legislador reformase el Código civil en el sentido de considerar la revocación automática de las disposiciones testamentarias otorgadas a favor del cónyuge en los casos en los que sobreviniera una crisis matrimonial que desembocase en nulidad, divorcio o separación ya sea judicial o de hecho»[56].

Igualmente, EGUSQUIZA BALMASEDA entiende que es el momento de replantearse la reforma legal en esta materia «no solo por las dificultades o limitaciones que se descubren para alcanzar soluciones de justicia material en temas sucesorios, planteados por los cónyuges cuando se divorcian. También los impedimentos del sistema que cabe advertir para modificar las declaraciones *"mortis causa"* contenidas en capitulaciones matrimoniales, la promesa de mejorar (art. 826 CC), han de tenerse en cuenta y acompañarse a una nueva realidad que deja sin fundamento los poderes que se confirieron. En todo caso, la comprensión de las dificultades anímicas que para quien mantuvo una relación conyugal supone la ruptura definitiva, debería llevar al legislador a facilitar que se ofrezca una solución más sencilla y acorde a los intereses de todas las partes implicadas»[57].

Por su parte, IMAZ ZUBIAUR prefiere apostar por «ofrecer a la ciudadanía una mayor —y mejor— formación sobre los recursos disponibles en este campo». Se entiende que esa labor de formación la asumen los operadores jurídicos —notarios, abogados—. Lo que, además continúa la autora dotaría a aquella «de más capacidad a la hora de tomar decisiones y asumir riesgos; de más información, conocimiento y madurez. Un menor espacio para la imprevisión, el despiste, el olvido y el abandono»[58].

Finalmente, nos parece oportuno señalar que, hubo un intento por parte de nuestro legislador estatal de establecer una normativa al respecto. Así en el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio de julio de 2013 se reformaron entre otros preceptos del Código civil, el artículo 102.4 disponiendo al efecto que, en caso de admisión de la demanda de separación, nulidad o divorcio «*quedarán sin efecto, salvo voluntad expresa por el testador, las disposiciones testamentarias que uno de los cónyuges hubiera establecido a favor del otro. La reconciliación de los cónyuges dejará sin efecto lo dispuesto en este apartado*». Se declaraba la ineficacia de las disposiciones testamentarias, o como se indicaba en el texto «estas quedarían sin efecto», en línea con lo previsto en los ordenamientos autonómicos y extranjeros más cercanos a nuestro entorno; y primando, asimismo, la voluntad del testador, pues, se posibilitaba que, este pudiera otorgar eficacia a las disposiciones testamentarias a favor del excónyuge, a pesar de la existencia de tales circunstancias sobrevenidas de crisis matrimonial.

En cuanto a la valoración de esta reforma, señala DE LA IGLESIA PRADOS que «se lleva a acabo de forma oculta y escondida, pues, se integra en el ámbito de los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio, una medida eminentemente sucesoria y, por ello el lugar deseable sería también en los preceptos del Código civil reguladores de la sucesión». Además añade que con esta norma «se ataca la libertad del testador, imponiéndosele por el legislador un efecto contrario a ella, pues no tiene por qué considerarse modificado y no querido, pues de sus propios actos contrarios a la revocación testamentaria pudiera incluso inferirse que su deseo es que se conservasen a pesar de la crisis conyugal, lo que tampoco es irracional»[59].

Coincidimos con el citado autor que, sistemáticamente el lugar más oportuno para la regulación de esta materia objeto de controversia es, precisamente, el ámbito del Derecho de sucesiones.

## VI. CONCLUSIÓN

Como hemos indicado, lo esencial es la fijación de la voluntad del testador en el momento de otorgar el testamento, siendo aquella la ley de sucesión. Se debe atender con preferencia a la interpretación gramatical o literal y solo cuando la literalidad de las expresiones empleadas en el testamento suscita dudas, se observará lo que sea más conforme con la intención del testador y, para ello se podrá acudir a otros medios o criterios de interpretación y al recurso a la prueba extrínseca, todo ello sin perjuicio del uso de la interpretación integradora como modalidad de interpretación. Ahora bien, cuando se ha otorgado testamento instituyendo heredero o legatario al cónyuge o la pareja de hecho y después tiene lugar el divorcio o la ruptura de la pareja sin revocar el testamento, precisamente, se puede plantear a la apertura de la sucesión la eficacia o ineficacia de las instituciones testamentarias de heredero o legatario ante la existencia de tales circunstancias sobrevenidas e imprevisibles. Tradicionalmente, en el seno de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de las Audiencias Provinciales se ha venido interpretando que, atendiendo a su tenor literal, estas cláusulas testamentarias que instituyen heredero o legatario al cónyuge o pareja de hecho designado, en ocasiones, con su nombre y apellidos, supone que la voluntad del testador es, precisamente, instituir a la persona sin tener en cuenta la relación conyugal o de pareja que se mantenga con él mismo y, en consecuencia que, tal relación no constituye el motivo o la causa determinante de la institución testamentaria. En esencia, se entiende que la voluntad real del testador con el empleo de la palabra cónyuge o pareja de hecho es la de constituir simplemente un mero identificador del instituido, sin que influyan para nada las circunstancias sobrevenidas como el divorcio o la ruptura de pareja. Sin embargo, en las sentencias del Tribunal Supremo de 26 y 29 de septiembre de 2018, ante la inexistencia de una norma como la existente en otros ordenamientos extranjeros o autonómicos, coinciden en aplicar el artículo 767 del Código civil, entendiendo que hay identidad de razón entre el error de imprevisión y el error o causa falsa al que se refiere el citado precepto y, por tanto, si en el momento de fallecimiento se ha producido un cambio de circunstancias, desaparece el motivo determinante por el que el testador en su momento otorgó tales disposiciones, como es la condición de cónyuge —la conyugalidad— o la permanencia de la situación de pareja de hecho; de ahí que, aquellas devengan ineficaces. Por tanto, constituye la voluntad real del testador que, en el momento de la apertura del testamento se mantenga la condición de cónyuge o pareja de hecho del testador y que, tal condición represente el motivo determinante de las disposiciones testamentarias de heredero y legatario del cónyuge o pareja de hecho. Ciertamente, se considera por tal doctrina jurisprudencial y parte de los autores citados en líneas precedentes que, la imprevisión del testador o error sobre unos hechos futuros como son la separación o el divorcio o la ruptura de la pareja de hecho posterior al otorgamiento del testamento, representa un error en el motivo determinante de la institución[60]. La palabra cónyuge o pareja de hecho expresada en el testamento se entiende como causa o motivo subjetivo determinante de la institución hereditaria. Por lo que, si tal causa o motivo de la institución han dejado de existir tras el divorcio o la ruptura de la pareja, esta puede ser considerada falsa y, por ende, devenir ineficaz la institución hereditaria. Además, se constata que, la mención del término cónyuge o pareja de hecho en la disposición testamentaria no opera como un mero identificador del instituido heredero o legatario, al ya aparecer identificado con su nombre

y apellidos, ni tampoco se corresponde con la descripción de una relación matrimonial o de afectividad existente. El testador quiere favorecer al designado como su cónyuge o pareja de hecho, precisamente, porque lo es, y cuenta con que lo seguirá siendo, cuando fallezca.

Consideramos adecuada tal forma de proceder de nuestro Alto Tribunal y, a falta de norma jurídica reguladora de la materia, aplicar analógicamente lo dispuesto en el artículo 767 del Código civil, al entender que el motivo o la causa de la institución de heredero o legatario del cónyuge o pareja de hecho —su voluntad real— es que tal condición se mantenga en el momento de la apertura del testamento; de ahí que, sea presumible que el testador o testadora de haber conocido en el momento de otorgar testamento que, las situaciones de crisis matrimonial o de pareja podrían tener lugar, no hubiera instituido heredero o legatario a su cónyuge o pareja de hecho, o, en todo caso, hubiera hecho un llamamiento condicional. Ahora bien, no es menos cierto que, sí existe, en cambio, en nuestro ordenamiento una normativa expresa sobre la revocación del testamento y en consecuencia, el testador poder actuar ante la existencia sobrevenida e imprevisible de circunstancias tales como el divorcio o la ruptura de pareja, procediendo a revocar el testamento antes de la apertura de la sucesión. Si bien, en todos los supuestos analizados por nuestra jurisprudencia, hemos de indicar que, en ningún caso se ha hecho —lo que ha venido a constituir una práctica habitual—; y, pudiendo ser, al respecto, muy diversas las razones por las que no actuó de tal manera, bien por dejadez, bien por desconocimiento de dicho recurso jurídico entre otras. De todas formas, nada impide al testador también llevar a cabo un llamamiento condicional, y, hacer depender la eficacia de la institución de heredero o legatario de la condición expresa que, en el momento de la apertura de la sucesión la persona del cónyuge o pareja de hecho siga manteniendo tal *status* (art. 790 CC).

No obstante lo expuesto, quizá lo procedente sea en nuestra opinión, precisamente, para dotar de seguridad a la cuestión, y en la línea, asimismo, de una parte de nuestra doctrina, regular la materia —esta suerte de error de imprevisión del testador ante la producción de circunstancias sobrevenidas como la nulidad, separación, el divorcio o la ruptura de la pareja— mediante una norma de integración dispositiva en nuestro Código civil que, determine la ineficacia de la institución hereditaria ante tales situaciones, como así también se sustancia mayoritariamente en otros ordenamientos jurídicos autonómicos o extranjeros cercanos a nuestro entorno. Nos inclinamos por una norma de integración dispositiva y presuntiva, pues, en el máximo respeto a la voluntad del testador, este puede optar por la eficacia de la institución de heredero o legatario del cónyuge o pareja de hecho, aun habiéndose producido la crisis matrimonial o de pareja.

Ciertamente, ello supondría colmar el vacío legal existente en la sucesión voluntaria o testamentaria cuando tras el otorgamiento de testamento en que se instituye heredero o legatario al cónyuge o pareja de hecho, tienen lugar una crisis matrimonial —nulidad, separación o divorcio— o, de ruptura de la pareja de hecho que, se mantiene en el momento de apertura de la sucesión y, donde, precisamente, tales supuestos sobrevenidos e imprevistos para el testador no tienen en nuestro Código civil ningún efecto invalidante sobre tales disposiciones testamentarias. Lo que contrasta con la previsión legal expresa existente en tal cuerpo legal para la sucesión forzosa o legal o la sucesión intestada en las que se priva al cónyuge separado legalmente o de hecho de su derecho a la legítima (arts. 834 y 945 CC).

## VII. BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H. (2006). Incidencia de las crisis matrimoniales en el Derecho de sucesiones, *Actualidad Civil,* número 13, primera quincena de julio, 1525 a 1554.

CAÑIZARES LASO, A. (2001). Disposición testamentaria en favor del cónyuge y divorcio posterior. En: A. Salinas de Frías (coord.), *Persona y Estado en el umbral del siglo XXI*, Málaga: XXV Aniversario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Málaga.

DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M. (1999). *Compendio de Derecho sucesorio*, 2.ª edición actualizada por Esperanza Martínez-Radio, Madrid: La Ley.

DE LA IGLESIA MONJE, I. (2019). Interpretación de la voluntad del testador cuando se ha producido un cambio de circunstancias, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* año XCV, número 772, marzo-abril, 881 a 893.

DE LA IGLESIA PRADOS, E. (2016). La ineficacia de las disposiciones testamentarias entre cónyuges por crisis matrimonial. En: J. Ramos Prieto y C. Hornedo Méndez (coords.), *Derecho y Fiscalidad de las sucesiones mortis causa en España: una perspectiva multudisciplinar,* Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor.

DÍAZ MARTÍNEZ, A. (2010). La ordenación de la sucesión testamentaria tras la ruptura matrimonial del causante. Contenido del testamento y contiendas judiciales. En: Á. L. Rebolledo Varela (coord.), *La familia en el Derecho de sucesiones: cuestiones actuales y perspectiva de futuro*, Madrid: Dykinson.

EGUSQUIZA BALMASEDA M.ª Á. (2003). *Sucesión legal y voluntaria del cónyuge en las crisis matrimoniales*, Navarra: Thomson Aranzadi, Cizur Menor.

GALICIA AIZPURÚA, G. (2013). Comentario al artículo 767 del Código civil. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código civil, T. IV*, Valencia: Tirant lo Blanch, 5675-5679.

GARCÍA AMIGO, M. (1969). Interpretación del testamento, *Revista de Derecho Privado*, diciembre, 931-971.

— (2004). La integración del testamento. En: J.M. González Porras, E.P. Méndez González (coords.), *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García, T. I*, Murcia: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia 2004, 1833-1849.

GÓMEZ CALLE, M.ª E. (2007). *El error del testador y el cambio sobrevenido de las circunstancias existentes al otorgamiento del testamento*, Navarra: Thomson Civitas, Cizur Menor.

— (2011). Comentario al artículo 767 del Código civil. En: A. Cañizares Laso, P. De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández (dirs.), *Código civil comentado, vol. II*, Navarra: Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 680-687.

GONZÁLEZ ACEBES, B., (2012). *La interpretación del testamento*, Valencia: Tirant lo Blanch.

HORNEDO MÉNDEZ, C. (2011). Comentario al artículo 739 del Código civil. En: A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández (coords.), *Código civil comentado, vol. II*, Navarra: Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor.

IMAZ ZUBIAUR, L. (2012). Algunas reflexiones en torno a la eficacia de las disposiciones testamentarias ante un cambio sobrevenido de las circunstancias. Incidencia de la crisis de pareja en la atribución sucesoria otorgada con anterioridad, *Revista de Derecho Privado, julio-agosto*, 47 a 79.

JORDANO BAREA, J.B. (1991). Comentario del artículo 675 del Código civil. En: C. Paz-Ares Rodríguez, R. Bercovitz, L. Díez-Picazo Ponce de León, y P. Salvador Coderch (dirs.), *Comentario del Código civil, T. I*, Madrid: Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, 1697-1699.

— (1999). *El testamento y su interpretación*, Granada: Comares.

LÓPEZ FRÍAS M.ª J. (2004). *Voluntad del causante y significado típico de algunas cláusulas testamentarias. Una reflexión sobre la interpretación del testamento*, Granada: Comares.

— (2012). La voluntad hipotética del testador en crisis matrimoniales sobrevenidas: estado legal y jurisprudencial, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil,* número 5, septiembre, 61-81.

MIQUEL GONZÁLEZ, J. M. (2002). Notas sobre «la voluntad del testador», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid,* número 6, 153-190.

MUNAR BERNAT, P. (2016). Interpretación del testamento. En: M.ª del C. Gete-Alonso y Calera (dir.), y J. Solé Resina (coord.), *Tratado de Derecho de Sucesiones*, T. I, Navarra: Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor.

PÉREZ ÁLVAREZ, M. Á. (2013). El testamento: En: M.Á., Pérez Álvarez (coord.), *Curso de Derecho Civil, T. V Derecho de sucesiones*, reimpresión de la 1.ª edición, Madrid: Edisofer.

ROCA SASTRE R. M.ª (1951). *Estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas del Tratado de Derecho Civil*, T. V. Derecho de sucesiones, vol. I de L. Ennecerus, T. Kipp y M. Wolf, Barcelona: Bosch.

RUBIO GARRIDO, T. (2013). Comentario al artículo 675 del Código civil. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código civil, T. IV*, Valencia: Tirant lo Blanch, 5208-5226.

TORRES GARCÍA, T. F. (2004). Disposiciones testamentarias y vicisitudes del matrimonio. En: T.F. Torres García (coord.), *Estudios de Derecho Civil homenaje al profesor Francisco Javier Serrano García*, Valladolid: Universidad de Valladolid.

VAQUER ALOY, A. (2003). Testamento, disposiciones a favor del cónyuge y crisis matrimonial, *Anuario de Derecho Civil, T. LVI, Fasc. I,* enero-marzo, 67-100.

— (2008). *La interpretación del testamento*, Madrid: Reus.

VERDERA IZQUIERDO, B. (2016). Interpretación del testamento. En: M.ª del C., Gete-Alonso y Calera (dir.), J. Solé Resina (coord.), *Tratado de Derecho de Sucesiones*, T. I, Navarra: Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor.

## VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS, Sala de lo Civil, 1 de junio de 1946.
- STS, Sala de lo Civil, 28 de junio de 1947.
- STS, Sala de lo Civil, 6 de febrero de 1958.
- STS, Sala de lo Civil, 4 de noviembre de 1961.
- STS, Sala de lo Civil, 25 de abril de 1963.
- STS, Sala de lo Civil, 3 de abril de 1965.
- STS, Sala de lo Civil, 22 de abril de 1978.
- STS, Sala de lo Civil, 5 de octubre de 1979.
- STS, Sala de lo Civil, 1 de febrero de 1988.
- STS, Sala de lo Civil, 18 de julio de 1991.
- STS, Sala de lo Civil, 31 de diciembre de 1992.
- STS, Sala de lo Civil, 6 de octubre de 1994.
- STS, Sala de lo Civil, 29 de diciembre de 1997.

- STS, Sala de lo Civil, 23 de junio de 1998.
- STS, Sala de lo Civil, 9 de octubre de 2003.
- STS, Sala de lo Civil, 19 de diciembre de 2006.
- STS, Sala de lo Civil, 29 de enero de 2008.
- STS, Sala de lo Civil, 3 de diciembre de 2009.
- STS, Sala de lo Civil, 10 de diciembre de 2009.
- STS, Sala de lo Civil, 22 de junio de 2010.
- STS, Sala de lo Civil, 26 de septiembre de 2018.
- STS, Sala de lo Civil, 29 de septiembre de 2018.
- SAP Málaga, secc. 6.ª, 13 de diciembre de 1999.
- SAP Asturias, secc. 4.ª, 8 de marzo de 2000.
- SAP Toledo, secc. 2.ª, 11 de julio de 2000.
- SAP Vizcaya, secc. 4.ª, 15 de noviembre de 2007.
- SAP Alicante, secc. 9.ª, 30 de marzo de 2007.
- SAP Guipúzcoa, secc. 1.ª, 29 de julio de 2008.
- SAP Valencia, secc. 8.ª. 24 de febrero de 2009.
- SAP Asturias, secc. 1.ª, 13 de mayo de 2009.
- SAP Granada, secc. 5.ª, 11 de julio de 2010.
- SAP Madrid, secc. 19.ª, 15 de abril de 2013.
- SAP Madrid, secc. 6.ª, 13 de diciembre de 2013.
- SAP Valencia, secc. 7.ª, 20 de enero de 2016.
- SAP Madrid, secc. 8.ª, 9 de marzo de 2017.
- RDGRN de 26 de noviembre de 1998.
- RDGRN de 26 de febrero de 2003.
- RDGRN de 27 de febrero de 2019.

## NOTAS

[1] PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á. (2013). El testamento: En: M.Á., Pérez Álvarez (coord.), *Curso de Derecho Civil, T. V Derecho de sucesiones*, reimpresión de la 1.ª edición, Madrid: Edisofer, 101.

[2] GARCÍA AMIGO, M. (1969). Interpretación del testamento, *Revista de Derecho Privado*, diciembre, pp. 934-936; VERDERA IZQUIERDO B. (2016). Interpretación del testamento. En: M.ª del C., Gete-Alonso y Calera (dir.), J. Solé Resina (coord.), *Tratado de Derecho de Sucesiones*, T. I, Navarra: Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 691; PÉREZ ÁLVAREZ M.Á. (2013). El testamento, *op. cit.,* 104.

[3] IMAZ ZUBIAUR, L. (2012). Algunas reflexiones en torno a la eficacia de las disposiciones testamentarias ante un cambio sobrevenido de las circunstancias. Incidencia de la crisis de pareja en la atribución sucesoria otorgada con anterioridad, *Revista de Derecho Privado,* julio-agosto, 58; GÓMEZ CALLE, M.ª E. (2007). *El error del testador y el cambio sobrevenido de las circunstancias existentes al otorgamiento del testamento*, Navarra: Thomson Civitas, Cizur Menor, 315-316; MIQUEL GONZÁLEZ, J.M. (2002). Notas sobre "la voluntad del testador", *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, número 6*, 189.

[4] Para GÓMEZ CALLE, M.ª E. (2007). *El error del testador y el cambio sobrevenido de las circunstancias existentes al otorgamiento del testamento*, *op. cit.,* 315 «si los llamamientos a la sucesión intestada descansa en una suposición sobre los posibles afectos del causante, interesa subrayar que el legislador parte, en el artículo 945 del Código civil, que en caso de separación, sea del tipo que sea, no es presumible que el causante quisiera que le sucediese su cónyuge; valoración que cabe hacer, con mayor razón si cabe, en las hipótesis de nulidad o divorcio que, determinan la inexistencia de todo vínculo matrimonial». Y añade que «contamos, por tanto, con una manifestación del significado que el legislador civil común atribuye a las crisis matrimoniales desde la perspectiva de la presumible voluntad

del causante, lo que parece que debería tenerse en cuenta en el ámbito de los disposiciones testamentarias hechas a favor del cónyuge antes de sobrevenir la crisis, como argumento favorable a su ineficacia aunque el testador permanezca inactivo».

Por su parte, señala, al respecto, CAÑIZARES LASO, A. (2001). Disposición testamentaria en favor del cónyuge y divorcio posterior. En: A. Salinas de Frías (coord.), *Persona y Estado en el umbral del siglo XXI*, Málaga: XXV Aniversario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Málaga, 113, que «empiezan a aparecer en la práctica judicial, en los últimos años del siglo XX casos en los que los cónyuges habiendo instituido herederos al otro cónyuge en su testamento, se divorcian con posterioridad y sin embargo no revocan el testamento otorgado, de manera que a la muerte del causante el que fue esposo o esposa ya no lo es y naturalmente existe un testamento en que se instituyen como tales, sin posterior revocación».

[5] HORNEDO MÉNDEZ, C. (2011). Comentario al artículo 739 del Código civil. En: A. Cañizares Laso, P. De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández (coords.), *Código civil comentado, vol. II*, Navarra: Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 580-581, la revocación tácita exige dos requisitos: «de un lado, que el testamento posterior sea perfecto; y de otro que el testador no establezca en el nuevo testamento que el anterior subsista en todo o en parte».

[6] GÓMEZ CALLE, M.ª E. (2007). *El error del testador y el cambio sobrevenido de las circunstancias existentes al otorgamiento del testamento, op. cit.,* 306; EGUSQUIZA BALMASEDA, M.ª Á. (2003). *Sucesión legal y voluntaria del cónyuge en las crisis matrimoniales*, Navarra: Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 110.

[7] *RJ* 2018, 4258; *RJ* 2018, 4071.

[8] LA LEY 18913/2019; BOE, número 73, de 26 de marzo de 2019, 30742-30752.

[9] El artículo 422-13 del Código civil catalán dispone que: «*1. La institución de heredero, los legados y las demás disposiciones que se hayan ordenado a favor del cónyuge del causante devienen ineficaces si, después de haber sido otorgados, los cónyuges se separan de hecho o legalmente, o se divorcian, o el matrimonio es declarado nulo, así como si en el momento de la muerte hay pendiente una demanda de separación, divorcio o nulidad matrimonial, salvo reconciliación*». En similares términos, en su párrafo 2 establece para las parejas de hecho que «*2. Las disposiciones a favor del conviviente en pareja estable devienen ineficaces si después de haber sido otorgadas, los convivientes se separan de hecho, salvo que reanuden su convivencia o se extingue la unión por una causa que no sea la defunción de uno de los miembros de la pareja o el matrimonio entre ambos*». Por su parte, en el párrafo 4 considera también ineficaces las atribuciones realizadas por el testador a parientes del cónyuge o conviviente, así señala que «*4. El presente artículo también se aplica a los parientes que solo lo sean del cónyuge o conviviente, en línea directa o en línea colateral dentro del cuarto grado, tanto de consanguinidad como de afinidad*». Y, en línea con lo previsto en el Derecho alemán, se admite la eficacia de la institución de heredero y legatario, si se prueba que el testador las hubiera ordenado, a pesar de la situación de crisis matrimonial o de pareja, primando y destacando de nuevo la importancia de interpretación de la voluntad del testador ante de proceder a declarar la ineficacia de la disposición testamentario. Al respecto se dispone en el párrafo 3 que «*3. Las disposiciones a favor del cónyuge o del conviviente en pareja estable mantienen la eficacia si del contexto del testamento, el codicilo o la memoria testamentaria resulta que el testador las habría ordenado incluso en los casos regulados en los apartados 1 y 2*». Para DE LA IGLESIA PRADOS, E. (2016). La ineficacia de las disposiciones testamentarias entre cónyuges por crisis matrimonial. En: J. Ramos Prieto y C. Hornedo Méndez (coords.), *Derecho y Fiscalidad de las sucesiones* mortis causa *en España: una perspectiva multidisciplinar,* Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, pp. 174-175 del contenido del citado precepto se pueden extraer tres importantes consecuencias: «1. La existencia de un hecho de carácter objetivo para su aplicación, al ceñirse la posibilidad de ineficacia, de forma exclusiva, a los casos de ruptura de la convivencia, separación de hecho o interposición de una demandad de nulidad, separación o divorcio; 2. Se ha de precisar que el legislador catalán no ha impuesto una consecuencia para la ruptura de la convivencia, pues, lo establecido es una presunción *iuris tantum*, toda vez que aun cuando se produzca los supuestos objetivos antes citados, ello no ha de conllevar la ineficacia de la disposición testamentaria efectuada a favor del cónyuge o conviviente, pues puede destruirse tal efecto,

si se acredita la voluntad del testador, a pesar de la ruptura fáctica o jurídica, conservarla; 3. La norma foral vigente determina que, en caso de cese de la convivencia y no destrucción de la presunción citada, el efecto será la ineficacia de las designaciones realizadas».

Por su parte, el artículo 438 del Código de Derecho Foral de Aragón establece al respecto que «*Salvo que del testamento resulte que la voluntad del testador o testadores fue otra, no surtirán efecto las disposiciones correspectivas entre los cónyuges, ni las liberalidades concedidas en testamento por uno de ellos al otro, si al fallecer aquel estuviera declarada judicialmente la nulidad del matrimonio, decretado el divorcio o la separación o se encontraran en trámite, a instancia de uno o ambos cónyuges, los procedimientos dirigidos a ese fin*». Se parte de la ineficacia de la disposición testamentaria a favor del cónyuge, aunque, de nuevo se admite prueba en contrario por el interesado, atendiendo a que, precisamente, la voluntad del testador expresada en el testamento es mantener tales disposiciones.

En similares términos a lo dispuesto en los anteriores ordenamientos —catalán y aragonés— citados, se expresa el artículo 208 de la Ley 2/2006, de 14 de junio de Derecho Civil de Galicia en el que, igualmente, se destaca la ineficacia de las disposiciones otorgadas por el testador con anterioridad a la crisis matrimonial y no previstas por él en el testamento, así dispone que «*Salvo que del testamento resulte otra cosa, las disposiciones a favor del cónyuge no producirán efecto si al fallecer el testador estuviera declarada judicialmente la nulidad del matrimonio, decretado el divorcio o separación, o se encontraran en trámite los procedimientos dirigidos a ese fin. Tampoco producirán efecto en los casos de separación de hecho entre los cónyuges*». Por lo que, atendiendo de nuevo a la voluntad del testador, pueden ser consideradas eficaces tales disposiciones, si así aquel lo ha dispuesto en el testamento.

En fin, la Ley 200 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra dentro del Capítulo V dedicado al testamento de hermandad bajo la rúbrica ineficacia establece que: «*El testamento de hermandad devendrá ineficaz en todas sus disposiciones en los supuestos siguientes: 1. Cuando hubiera sido otorgado por cónyuges, incluso con anterioridad a contraer matrimonio constituyendo o no pareja estable, la separación legal, divorcio o nulidad del mismo. La mera interposición de la demanda judicial producirá la ineficacia salvo posterior reconciliación. 2. Cuando hubiera sido otorgado por dos personas constituidas en pareja estable, incluso con anterioridad a su constitución, por la extinción de la misma en vida de sus miembros que conste de modo fehaciente y siempre que sea por causa distinta al posterior matrimonio entre ambos, supuesto en el que, en su caso, tendría lugar la aplicación de lo dispuesto en el apartado anterior*». Y, el artículo 28 relativo a la revocación o modificación a la muerte del cotestador de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho Civil Vasco dispone en su número 3 que: «*Las sentencias de nulidad, separación o divorcio de los cónyuges o la extinción de la pareja de hecho en vida de los miembros de la misma, salvo en el caso de contraer matrimonio entre estos, dejarán sin efectos todas sus disposiciones, excepto las correspectivas a favor de un hijo menor de edad o discapacitado*». Se trata de normas de integración que, asimismo, declaran la ineficacia de las disposiciones testamentarias a favor de los cónyuges o pareja de hecho tras las situaciones de crisis matrimonial o la extinción de la pareja de hecho. Si bien hay que precisar que, ambos ordenamientos limitan la ineficacia de tales disposiciones testamentarias al ámbito de los testamentos mancomunados.

[10] El parágrafo 2077.1 del BGB establece que: «*1. Una disposición de última voluntad por la cual el causante ha designado a su cónyuge es ineficaz, si el matrimonio es nulo o ha sido disuelto antes de la muerte del causante. A la disolución del matrimonio se equipara el que al tiempo de la muerte del cónyuge se hubiera producido el supuesto de separación del matrimonio y el cónyuge lo hubiese solicitado o se hubiese confirmado. Esto se aplica cuando el cónyuge, al tiempo del testador, hubiese autorizado la acción de supresión de la comunidad matrimonial y esta se hubiera interpuesto. 2. Una disposición de última voluntad por el cual el causante ha designado a su prometido es ineficaz, si los esponsales han sido disueltos antes de la muerte del causante. 3. La disposición no es ineficaz. Si ha de tenerse en cuenta que el causante la hubiera adoptado también en semejante caso*». Sobre tal base legal, el citado párrafo segundo se extiende también su aplicación a los esponsales disueltos antes del fallecimiento; y en el párrafo tercero se posibilita que el testador haya dispuesto el mantenimiento de la disposición testamentaria pese a la situación de crisis matrimonial, por lo que corresponde al interesado (excónyuge) probar dicha voluntad de permanencia

de la institución, pese a la posterior disolución del vínculo, siendo, en consecuencia, tal disposición eficaz. Por lo que, parece que la ineficacia de tales disposiciones no opera cuando se pruebe por el interesado/a que, a la apertura de la sucesión la voluntad del testador es, precisamente, que la atribución testamentaria conserve su vigencia, pese a la situación de crisis conyugal.

Por su parte, el artículo 2377 del Código civil portugués contempla como causa de caducidad de las disposiciones testamentaria: el caso que sea llamado a la sucesión el cónyuge del testador y a su muerte se encontrasen divorciados o separados judicialmente, o el matrimonio hubiera sido declarado nulo por sentencia o estuviese en trámites la declaración o hay sentencia posterior a la fecha de fallecimiento, de separación, divorcio o nulidad.

IMAZ ZUBIAUR, L. (2012). Algunas reflexiones en torno a la eficacia de las disposiciones testamentarias ante un cambio sobrevenido de las circunstancias. Incidencia de la *crisis de pareja* en la atribución sucesoria otorgada con anterioridad, *op. cit.*, 50, destaca que, a diferencia del derecho alemán, en el derecho portugués no se hace referencia al supuesto que, exista una voluntad diversa del testador orientada al mantenimiento de la disposición, pese a la separación, nulidad o el divorcio; y, asimismo, señala en relación con el párrafo tercero del parágrafo 2077.1 del BGB que «se presume la voluntad del testador —favorable, por lo que parece, a la ineficacia de tales disposiciones— y acepta, como salvedad que, los interesados prueben, a la apertura de la sucesión, la voluntad adversa del *concreto testador*, al objeto que la atribución testamentaria conserve su vigencia», 52.

[11] GARCÍA AMIGO, M. (1969). Interpretación del testamento, *op. cit.,* 939.

[12] VERDERA IZQUIERDO, B. (2016). Interpretación del testamento, *op. cit.,* 692.

[13] PÉREZ ÁLVAREZ, M. Á. (2013). El testamento, *op. cit*., 110. Asimismo, vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 1 de febrero de 1988 (LA LEY 10214-R/1988).

[14] *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 6 de abril de 1944 *(RJ* 1944, 303); 22 de abril de 1978 *(RJ* 1978 1364); y, 9 de octubre de 2003 (LA LEY 2892/2003). Si bien, como indica GARCÍA AMIGO, M. (1969). Interpretación del testamento, *op. cit.*, 937, esta ley de sucesión en que el testamento consiste, debe respetar los límites establecidos por la ley y tales límites vienen constituidos por el Derecho imperativo —respecto a las legítimas, reservas—.

[15] CAÑIZARES LASO, A. (2001). Disposición testamentaria en favor del cónyuge y divorcio posterior, *op. cit.,* 308-309; RUBIO GARRIDO, T. (2013). Comentario al artículo 675 del Código civil. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código civil, T. IV*, Valencia: Tirant lo Blanch, 5221-5222. *Vid.,* asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 29 de diciembre de 1997 *(RJ* 1997, 9490).

[16] RUBIO GARRIDO, T. (2013). Comentario al artículo 675 del Código civil, *op. cit.,* 5211. Asimismo, *vid.,* sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 3 de abril de 1965 *(RJ* 1965, 1965); 4 de mayo de 1966 *(RJ* 1966, 2290); 29 de abril de 2008 *(RJ* 2008, 1993); y, 22 de junio de 2010 *(RJ* 2010, 4900).

[17] JORDANO BAREA, J.B. (1991). Comentario del artículo 675 del Código civil. En: C. Paz-Ares Rodríguez, R. Bercovitz, L. Díez-Picazo Ponce de León, y P. Salvador Coderch (dirs.), *Comentario del Código civil, T. I*, Madrid: Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, 1697; del mismo autor (1999). *El testamento y su interpretación*, Granada: Comares, 54, 119-120; RUBIO GARRIDO, T. (2013). Comentario al artículo 675 del Código civil, *op. cit.,* 5209; VERDERA IZQUIERDO, B. (2016). Interpretación del testamento, *op. cit.,* 699; VAQUER ALOY, A. (2008). *La interpretación del testamento*, Madrid: Reus, 32-33; LÓPEZ FRÍAS, M.ª J. (2004). *Voluntad del causante y significado típico de algunas cláusulas testamentarias. Una reflexión sobre la interpretación del testamento*, Granada: Comares, 161. Asimismo, *vid.,* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 28 de junio de 1947 *(RJ* 1947, 920); 3 de abril de 1965 *(RJ* 1965, 1965); 31 de diciembre de 1992 *(RJ* 1992, 10426); 23 de junio de 1998 *(RJ* 1998, 4746); 9 de octubre de 2003 *(RJ* 2003, 7232) dispone que «(…) la interpretación subjetiva en materia de disposiciones de última voluntad, además de ser preferente en general es la que también debe juzgarse consagrada en el Derecho positivo español, a no ser que parezca claramente que fue otra la voluntad del testador y solo para el caso que surgiere duda, se observará lo que sea más conforme con la intención, pero siempre según el tenor del mismo testamento»; 29 de abril de 2008 *(RJ* 2008, 1993); y, 14

de octubre de 2009 *(RJ* 2009, 208); y, también, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 8.ª, 24 de febrero de 2009 (*JUR* 2009, 250920); y, de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 1.ª, 13 de mayo de 2009 *(AC* 2009, 1076).

[18] VAQUER ALOY, A. (2008). *La interpretación del testamento*, *op. cit.,* 59 y 63; LÓPEZ FRÍAS, M.ª J., (2004). *Voluntad del causante y significado típico de algunas cláusulas testamentarias. Una reflexión sobre la interpretación del testamento, op. cit.,* 166-167; JORDANO BAREA, J.B. (1999). *El testamento y su interpretación*, *op. cit.,* 119-120.

[19] VAQUER ALOY, A. (2008). *La interpretación del testamento*, *op. cit.,* 76-77; LÓPEZ FRÍAS M.ª J. (2004). *Voluntad del causante y significado típico de algunas cláusulas testamentarias. Una reflexión sobre la interpretación del testamento, op. cit.,* 169-170; JORDANO BAREA, J.B. (1991). Comentario del artículo 675 del Código civil, *op. cit.,* 1698; VERDERA IZQUIERDO, B. (2016). Interpretación del testamento, *op. cit.,* 708; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M. (1999). *Compendio de Derecho sucesorio*, 2.ª edición actualizada por Esperanza Martínez-Radio, Madrid: La Ley, 154-155, entiende que, aunque existe una primacía del elemento literal, esto no impide que se puedan utilizar otros medios y a través de ellos, es cuando se establece el verdadero significado de las cláusulas testamentarias, siempre que se trate de supuestos dudosos y de los términos de la declaración no se pueda concretar la voluntad real del testador. Incluso indica que «la voluntad testamentaria se fija en atención a la llamada prueba extrínseca». *Vid.,* asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 6 de febrero de 1958 *(RJ* 1958, 1016); 5 de junio de 1979 *(RJ* 1979, 2888); 1 de febrero de 1988 *(RJ* 1988, 581); 9 de junio de 1987 *(RJ* 1987, 4049); 28 de abril de 1989 *(RJ* 1989, 3280); 30 de noviembre de 1990 *(RJ* 1990, 9290); 18 de julio de 1991 *(RJ* 1991, 5400); 6 de abril de 1992 *(RJ* 1992, 3025); 31 de diciembre de 1992 *(RJ* 1992, 10426); y, 6 de octubre de 1994 *(RJ* 1994, 7461).

[20] LÓPEZ FRÍAS, M.ª J. (2004). *Voluntad del causante y significado típico de algunas cláusulas testamentarias. Una reflexión sobre la interpretación del testamento, op. cit.,* 177-178; VAQUER ALOY, A. (2008). *La interpretación del testamento*, *op. cit.,* 93; RUBIO GARRIDO, T. (2013). Comentario al artículo 675 del Código civil, *op. cit.,* 5217; CAÑIZARES LASO, A. (2001). Disposición testamentaria en favor del cónyuge y divorcio posterior, *op. cit.,* 309; MUNAR BERNAT, P. (2016). Interpretación del testamento. En: M.ª. del C. Gete-Alonso y Calera (dir.), y J. Solé Resina (coord.), *Tratado de Derecho de Sucesiones*, T. I, Navarra: Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 709-710; DE LA IGLESIA MONJE, I. (2019). Interpretación de la voluntad del testador cuando se ha producido un cambio de circunstancias, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* año XCV, número 772, marzo-abril, 886. Asimismo, *vid.,* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 1 de junio de 1946 *(RJ* 1946, 698); 6 de diciembre de 1952 *(RJ* 1952, 2430); 6 de febrero de 1958 *(RJ* 1958, 1016); 11 de abril de 1958 *(RJ* 1958, 1475); 5 de octubre de 1979 *(RJ* 1970, 4044); 30 de noviembre de 1990 *(RJ* 1990, 9290); 18 de julio de 1991 *(RJ* 1991, 5400); 6 de octubre de 1994 *(RJ* 1994, 7461); 30 de enero de 1997 *(RJ* 1997, 159); 24 de mayo de 2002 *(RJ* 2002, 4459); 19 de diciembre de 2006 *(RJ* 2006, 9243); 31 de mayo de 2010 *(RJ* 2010, 2653); y, 22 de junio de 2010 *(RJ* 2010, 4900). Igualmente, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 8.ª, 23 de noviembre de 2015 *(JUR* 2016, 130465).

[21] GÓMEZ CALLE, M.ª E. (2007). *El error del testador y el cambio sobrevenido de las circunstancias existentes al otorgamiento del testamento, op. cit.,* 298.

[22] JORDANO BAREA, J.B. (1999). *El testamento y su interpretación*, *op. cit.,* 113.

[23] GONZÁLEZ ACEBES, B., (2012). *La interpretación del testamento*, Valencia: Tirant lo Blanch, 50-51.

[24] VARQUER ALOY, A. (2008). *La interpretación del testamento*, *op. cit.,* 105.

[25] CAÑIZARES LASO, A. (2001). Disposición testamentaria en favor del cónyuge y divorcio posterior, *op. cit.,* 310. *Vid.,* también la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 26 de noviembre de 1974 *(RJ* 1974, 4490).

[26] VARQUER ALOY, A. (2008). *La interpretación del testamento*, *op. cit.,* 108.

[27] GARCÍA AMIGO, M. (2004). La integración del testamento. En: J.M. González Porras, E.P. Méndez González (coords.), *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García, T. I*, Murcia: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia 2004, 1835-1836, además señala que, la interpretación integrativa en función de la integración de la voluntad testa-

mentaria con la ley imperativa, exige en este caso determinar donde la voluntad del testador real o presunta choca con la voluntad imperativa del legislador, precisamente, para eliminar la primera, prevaleciendo la segunda.

[28] LÓPEZ FRÍAS, M.ª J. (2004). *Voluntad del causante y significado típico de algunas cláusulas testamentarias. Una reflexión sobre la interpretación del testamento, op. cit.,* 172-174; VERDERA IZQUIERDO, B. (2016). Interpretación del testamento, *op. cit.,* 700; GARCÍA AMIGO, M. (1969). Interpretación del testamento, *op. cit.,* 952. Asimismo, *vid.,* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 30 de octubre de 1944 *(RJ* 1944, 1180); 18 de junio de 1994 *(RJ* 1994, 6022); 23 de junio de 1998 *(RJ* 1998, 4746) establece, precisamente, que «la jurisprudencia ha mantenido solo la aplicación de algunos de estos —artículos 1281, 1282, 1283, 1284 y 1285— como complementario o auxiliares de la recién reseñada regla singular, y, asimismo, tiene declarado el rechazo de los artículos 1286 a 1289 a los principios de autoresponsabilidad del declarante y confianza del declaratorio»; 29 de abril de 2008 *(RJ* 2008, 1993); y, 27 de mayo de 2010 *(RJ* 2010, 5158). En cambio, entiende aplicable el artículo 1289 del Código civil JORDANO BAREA, J.B. (1999). *El testamento y su interpretación*, *op. cit.,* 79.

[29] CAÑIZARES LASO, A. (2001). Disposición testamentaria en favor del cónyuge y divorcio posterior, *op. cit.,* 311; MUNAR BERNAT, P. (2016). Interpretación del testamento, *op. cit.,* 723. Igualmente, *vid.,* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 4 de noviembre de 1961 *(RJ* 1961, 4436); 25 de abril de 1963 *(RJ* 1963, 1996); 11 de junio de 1964 *(RJ* 1964, 3532); 31 de marzo y 18 de diciembre de 1965 *(RJ* 1965, 1961; *RJ* 1965, 5898); 30 de abril de 1981 *(RJ* 1981, 1786); 17 de mayo de 1988 *(RJ* 1988, 4313); 31 de diciembre de 1992 *(RJ* 1992, 10426); 26 de julio de 1994 *(RJ* 1994, 6783); 31 de diciembre de 1996 *(RJ* 1996, 9380); 29 de enero de 2008 *(RJ* 2008, 229); 10 de diciembre de 2009 *(RJ* 2010, 279); y 17 de junio de 2010 *(RJ* 2010, 5404).

[30] LÓPEZ FRÍAS, M.ª J. (2004). *Voluntad del causante y significado típico de algunas cláusulas testamentarias. Una reflexión sobre la interpretación del testamento, op. cit.,* 188, 189 y *nota* 78.

[31] ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H. (2006). Incidencia de las crisis matrimoniales en el Derecho de sucesiones, *Actualidad Civil,* número 13, primera quincena de julio, 1547-1548.

[32] TORRES GARCÍA, T.F. (2004). «Disposiciones testamentarias y vicisitudes del matrimonio». En: T.F. Torres García (coord.), *Estudios de Derecho Civil homenaje al profesor Francisco Javier Serrano García*, Valladolid: Universidad de Valladolid, 34.

[33] *RJ* 1997, 9490. Para GÓMEZ CALLE, E. (2007). *El error del testador y el cambio sobrevenido de las circunstancias existentes al otorgamiento del testamento*, *op. cit.*, 325-326 en el caso resuelto por esta sentencia concurren algunas notas peculiares: «de un lado, la disposición testamentaria sobre cuya eficacia se discutía no era a favor del cónyuge del testador, sino del cónyuge de otra persona a quien el causante había criado como a un hijo; esto hizo posible que el cambio sobrevenido —el divorcio— tuviera lugar después de abrirse la sucesión; de otro lado, el testador hizo la disposición conociendo que la nombrada tercera fideicomisaria ya estaba separada de hecho de su marido, aunque es cierto que entonces no podía contar con que la legislación fuera a permitir el divorcio años más tarde, posibilitando así la disolución del vínculo matrimonial entre los llamados en segundo y tercer lugar a su herencia. El hecho que el causante testara sabiendo ya la separación de hecho entre D. Luis y María Asunción, que se había iniciado cinco años atrás, apunta a que el llamamiento a su favor de la mujer no se justificase o al menos no solo por razón del matrimonio con don Luis. La clave en nuestro derecho está en la interpretación de la voluntad del testador al momento de testar». Por lo que entiende que «los cambios sobrevenidos al otorgamiento del testamento y excepcionalmente a la apertura de la sucesión obligan a averiguar si el testador dispuso como lo hizo en su momento determinado por la situación entonces existente y presuponiendo que se mantendría, de manera que, al no ser así, la disposición deba considerarse carente de causa justificativa (art. 767.1 CC) si no es posible determinar, mediante una interpretación integradora, qué es lo que presumiblemente había dispuesto de haber tenido en cuenta la posibilidad que el cambio se produjera». Por ello concluye que «los hechos posteriores al otorgamiento del testamento e incluso, excepcionalmente, a la apertura de la sucesión pueden ser relevantes, en el sentido indicado, desde el punto de vista de la interpretación del testamento».

Por su parte, EGUSQUIZA BALMASEDA, M.ª Á. (2003). *Sucesión legal y voluntaria del cónyuge en las crisis matrimoniales*, *op. cit.,* 111, respecto, asimismo, a la doctrina de esta sentencia indica que «el mero hecho de plasmar en la disposición el término "cónyuge" no supone por sí que la institución prevista haya quedado condicionada a la concurrencia de ese estado, ni cabe aceptar que exista un motivo erróneo en la disposición "mortis causa" que dé lugar a una causa falsa en la institución por devenir la extinción del matrimonio mediante divorcio. Habrá que indagar en cada caso si esa fue la voluntad del disponente y ello se valora así».

[34] *AC* 2000, 1033.

[35] *AC* 2000, 1593.

[36] Para GÓMEZ CALLE, E. (2007). *El error del testador y el cambio sobrevenido de las circunstancias existentes al otorgamiento del testamento*, *op. cit.*, 329, se puede resumir ambas sentencias en dos de los argumentos que ambas coinciden: «concretamente en que el testador no revocó ni modificó su testamento después de la crisis aun pudiendo haberlo hecho, y en que dicha institución no se habría subordinado a la persistencia de la condición de esposa. La AP Asturias considera importante, además que, a la esposa se la hubiera designado nominalmente y niega que las circunstancias posteriores al otorgamiento del testamento puedan utilizarse para averiguar cuál fue la voluntad del causante al momento de testar. Y la AP Toledo descarta que la institución de heredera pudiera considerarse nula con base en el artículo 767 del Código civil, dando a entender que para ello habría sido preciso que el testador hubiera ignorado la circunstancia falsa y determinante de su voluntad desde que testó y hasta su fallecimiento».

Por su parte, MIQUEL GONZÁLEZ, J.M. (2002). Notas sobre "la voluntad del testador", *op. cit.*, 185-186, dispone en consideración a ambas sentencias que en la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo «se argumenta con los preceptos sobre el error en los contratos y la causa de la institución de heredero de manera inaceptable. No se aplica correctamente el artículo 767, porque se considera que la voluntad del testador se renueva día a día después del otorgamiento del testamento y que la circunstancia desconocida por el testador que, permitiría impugnar, debe permanecer ignorada por él hasta su muerte. Se da relevancia a la posibilidad de revocar el testamento por parte del testador». Y, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias «se da especial importancia a la designación de la esposa por su nombre y apellido, sin que su llamamiento se subordinase en ningún momento a la persistencia de esa condición de esposa, a la posibilidad de revocación y la indiferencia de las circunstancias posteriores al otorgamiento del testamento para determinar la voluntad del testador que, siempre ha de fijarse en relación al tiempo del otorgamiento del testamento».

[37] *JUR* 2008, 229514.

[38] *JUR* 2013, 213081.

[39] *JUR* 2014, 63656. Con anterioridad, la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 4.ª, 15 de noviembre de 2007 (*JUR* 2008, 30507) en un caso en el que el testador había designado legatario a su esposa del usufructo universal, mientras se mantuviera viuda. Una vez separados y sin revocar el testamento, teniendo tiempo para ello, fallece. El hijo del causante insta la nulidad de la cláusula testamentaria al considerar que la madre no es viuda, ya que estaban judicialmente separados. La Audiencia declara al respecto que «una cosa es el deber de respeto absoluto a la voluntad del testador y otra son los derechos legitimarios que deben respetar. Toda voluntad que respete la legalidad es irrefutable en el cómo se reparte la herencia y quien son los llamados a la misma. El testamento es la norma fundamental de la sucesión conforme al artículo 675 del Código civil las disposiciones deben entenderse en el sentido literal de las palabras, cuando sea clara la voluntad del testador. En la presente, partiendo de la base que no se discute ni la literalidad de la cláusula ni su sometimiento a la legalidad, simplemente se señala que no es viuda en el momento del óbito del causante ya que, existe previa separación judicial, debe afirmarse: 1. Que sigue siendo esposa, con precedencia al fatal desenlace ya que el matrimonio no se ha disuelto de conformidad con el artículo 85 del Código civil; 2. La separación es un remedio para separar una crisis matrimonial específica, caracterizada por una imposibilidad transitoria de vida en común, con una incidencia en la suspensión de este y el cese de la posibilidad de vincular bienes del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica, obsérvese el

mantenimiento de la nominación; 3. Que la afectación del hecho de estar separado judicialmente no incide en la voluntad de testar sino en los derechos legítimos, quien teste lo hace libremente, quien poseía un derecho legal se ve privado de él, no puede aducir el no respeto del mismo, siendo posiciones paralelas, libertad y pérdida del derechos; y, 4. Gráficamente en teoría, a diferencia de la apreciación del alcance de la separación de los cónyuges en cuanto a la pérdida o conservación de los derechos legitimarios, artículos 834 y 835 del Código civil, en donde hay sujeción a lo establecido por la ley, no cabe hablar, por el hecho de separarse judicialmente, de entender revocada por tal causa la disposición testamentaria voluntariamente hecha a su favor, pues, la revocación de los testamentos abiertos solo puede tener lugar por otro testamento válido y no por otro tipo de negocio o causas distintas de las previstas en la ley, artículos 738, 739 y 743 del Código civil, sin que la separación esté prevista que produzca tal efecto» (*Fundamento Jurídico segundo*).

[40] *JUR* 2016, 145168. En esta línea, *vid.,* asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 7.ª, 20 de enero de 2016 *(JUR* 2016, 145168) que señala al respecto que, no es admisible deducir del hecho del divorcio una revocación tácita, al no existir norma legal que permita establecer esa presunción; y la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 8.ª, 9 de marzo de 2017 *(AC* 2017, 540) en el caso de un legado del usufructo vitalicio a favor de la esposa de quien se hallaba separado legalmente al tiempo de su fallecimiento. En el transcurso de catorce años desde la separación no revocó el testamento. Para la Audiencia no existen motivos para declarar la ineficacia del legado testamentario por las siguientes razones: 1. Las reglas interpretativas de la voluntad del causante y el momento en que la voluntad se debe averiguar, es el mismo del otorgamiento del testamento; 2. No se aplica el artículo 767 del Código civil, pues, la causa es falsa en el momento de la disposición y no por circunstancias sobrevenidas que afecten a la disposición testamentaria; 3. Además la necesidad de revocación de un testamento, se realiza solo mediante el otorgamiento de otro posterior (art. 738 CC); y, 4. Las causas de ineficacia de las disposiciones testamentarias son tasadas, constituyendo *numerus clausus* (art. 743 CC).

[41] *RJ* 1998, 8541. Para EGUSQUIZA BALMASEDA, M.ª Á. (2003). *Sucesión legal y voluntaria del cónyuge en las crisis matrimoniales*, *op. cit.,* 113, dos conclusiones se desprenden del pronunciamiento: «En primer lugar, la institución de heredero o legatario designando el testador al cónyuge, por su nombre y apellidos, y haciendo referencia a ese estado, no es por sí lo suficientemente explícita como para poder valorar indubitadamente que la última voluntad del causante supedita su vigencia a la condición de «cónyuge» del instituido. En consecuencia, solo si la cláusula expresamente dispone que ese estado será el determinante de la atribución, no se precisará recurrir a los Tribunales. En segundo lugar, las dudas respecto al efectivo querer del testador se resolverán a favor de la conservación de las disposiciones llevadas a cabo y que figuren en el acto de última voluntad».

[42] *RJ* 2003, 4135.

[43] *Vid.,* asimismo, las resoluciones de la DGRN, 13 de septiembre de 2001 *(RJ* 2001/2410); 21 de noviembre de 2014 *(RJ* 2014, 6418); 2 de agosto y 5 de octubre de 2018 *(RJ* 2018, 4098; *RJ* 2018,4485); 9 de agosto y 25 de septiembre de 2019 (BOE, número 261, 30 de octubre de 2019, pp. 12.0132 a 12.0139; y BOE, número 273, 13 de noviembre de 2019, pp. 12.4629 a 12.4636).

[44] VAQUER ALOY, A. (2003). Testamento, disposiciones a favor del cónyuge y crisis matrimonial, *Anuario de Derecho Civil, T. LVI, Fasc. I,* enero-marzo, 67 y 68, destaca, además que, «la doctrina alemana ha prestado bastante más atención a la integración del testamento, en buena medida por la aparición de diversos supuestos con origen en alguno de los acontecimientos de su historia reciente». Se refiere «a la reunificación alemana y al subsiguiente cambio de régimen político y económico en los territorios de la antigua República Democrática». Efectivamente, precisa que «bajo el régimen comunista, la propiedad carecía de valor económico y los testadores, en especial, los que habían huido de la entonces República Federal, omitían toda referencia a sus titularidades inmobiliarias por entender que no podían destinarlas eficazmente *mortis causa*». Por lo que «la reintegración de la propiedad a sus antiguos dueños tras la reunificación alteró las previsiones de muchos testadores».

[45] VARQUER ALOY, A. (2008). *La interpretación del testamento*, *op. cit.,* 107, 108 y 110-111.

[46] VARQUER ALOY, A. (2003). Testamento, disposiciones a favor del cónyuge y crisis matrimonial, *op. cit.,* 98.

Por su parte, critica tal interpretación GÓMEZ CALLE E. (2007). *El error del testador y el cambio sobrevenido de las circunstancias existentes al otorgamiento del testamento*, *op. cit.*, 343 dado que la finalidad de la interpretación integradora es, precisamente, el contrario, el de preservar la eficacia de la disposición testamentaria hecha, adecuándola a la nueva situación para alcanzar el fin pretendido por el causante. Por lo que operar de esta forma supone que, la interpretación integradora pierda su misión fundamental.

[47] GÓMEZ CALLE, E. (2007). *El error del testador y el cambio sobrevenido de las circunstancias existentes al otorgamiento del testamento*, *op. cit.*, 339 y 341.

[48] ROCA SASTRE, R. M.ª. (1951). *Estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas del Tratado de Derecho Civil*, T. V Derecho de sucesiones, vol. I de L. Ennecerus, T. Kipp y M. Wolf, Barcelona: Bosch, 150-151, dispone al respecto que si bien «la solución en nuestro Código civil a base del criterio que inspira a su artículo 767.1 y la sentencia de 10 de febrero de 1942 es más bien la contraria, o sea que la disposición de última voluntad otorgada por el causante a favor de su cónyuge o prometido en matrimonio, no queda ineficaz aunque el matrimonio se declare nulo, se decrete el divorcio o se rompan los esponsales, antes de la muerte de dicho causante, salvo empero cuando haya razón para entender que el motivo determinante de aquella disposición de última voluntad fue precisamente la consideración que el favorecido era cónyuge o prometido del finado. La solución, pues, hay que buscarla en la teoría de la causa, aplicada a las disposiciones testamentarias, las cuales en sus efectos deben ser referidas al momento de la muerte del causante. El Código civil español no ha querido adoptar en los casos indicados ninguna norma especial que implicara una desviación al juego de la causa». Y añade «(…) Cuando el motivo resultante o deducible del contenido de la disposición, haya sido la razón eficiente de esta, de suerte que el causante no la hubiera hecho de ningún modo, o en el sentido otorgado, de haber sabido la deficiencia o frustración de tal motivo, entonces esta deficiencia o frustración provoca la ineficacia de la disposición, pues, se trata de un motivo causalizado, es decir, erigido por voluntad del causante en factor determinante de la disposición de última voluntad».

[49] GÓMEZ CALLE, E. (2007). *El error del testador y el cambio sobrevenido de las circunstancias existentes al otorgamiento del testamento*, *op. cit.*, 306, 318-319, 341 y 342-343; de la misma autora (2011), Comentario al artículo 767 del Código civil. En: A. Cañizares Laso, P. De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández (dirs.), *Código civil comentado, vol. II*, Navarra: Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 683.

[50] MIQUEL GONZÁLEZ, J.M. (2002). Notas sobre "la voluntad del testador", *op. cit.,* 184, 189 y 190.

[51] CAÑIZARES LASO, A. (2001). Disposición testamentaria en favor del cónyuge y divorcio posterior, *op. cit.,* 117-118 y 121.

[52] GONZÁLEZ ACEBES, B. (2012). *La interpretación del testamento*, *op. cit.*, 60-63 y 69.

En esta línea, vid., igualmente, GALICIA AIZPURUA, G. (2013). Comentario al artículo 767 del Código civil. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código civil, T. IV*, Valencia: Tirant lo Blanch, p. 5677.

[53] *AC* 1999, 8478. En este caso se discutía la validez de la institución de heredera universal con nombre y apellidos realizada por un testador en 1978 a favor de su entonces cónyuge. El 11 de julio de 1978, don José P.G., esposo en aquel momento de la demandada, otorga testamento instituyendo heredera universal a su esposa doña Adoración P.R.; en 1984 se produce la separación de hecho de los cónyuges, el 26 de enero de 1994 se dicta sentencia de divorcio; y el 10 de abril de 1994 fallece don José P.G. Los demandantes doña Aurora, Dolores, Manuel y Carmen P.G. plantean la impugnación del testamento al no ostentar la instituida la condición de esposa en el momento de la sucesión. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia, número 2 de Vélez-Málaga de 6 de mayo de 1998 desestima la demanda formulada por doña Aurora, Dolores, Manuel y Carmen P.G. contra Adoración P.R. Con motivo de la sentencia desestimatoria en primera instancia, los demandantes solicitan en recurso de apelación la aplicación del artículo 767.1 del Código civil.

En esta línea, la sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, secc. 1.ª, 29 de julio de 2008 *(JUR* 2009, 9443) en un caso de institución de heredero a quien había creído su

marido y no lo había sido nunca. La actitud de doña Remedios ha sido siempre la de considerar a don Gregorio como su esposo, pues, siempre ha mantenido hacia el mismo dicha consideración, así como el afecto existente entre personas que han convivido y mantenido relación durante muchos años, a pesar de no haber consumado nunca el citado matrimonio, habiendo mantenido vigente el testamento hasta su fallecimiento. Resulta acreditado que el 2 de febrero de 1960 doña Remedios otorgó testamento en el que instituyó heredero de todos sus bienes a su marido, habiendo fallecido la misma en fecha de 10 de marzo de 1966, sin haber introducido en el referido testamento modificación alguna, sino que además ha quedado acreditado que el matrimonio canónico celebrado en fecha de 18 de mayo de 1956 fue declarado nulo. Para esta Sala todos estos hechos conducen sin duda alguna a la declaración de nulidad del testamento otorgado por doña Remedios en fecha de 2 de febrero de 1960 al resultar patente la expresión de una causa falsa en la institución de heredero por ella verificada, tal y como señala el Juzgado de Instancia en su resolución. En efecto, el juez llega a la conclusión que la única causa por la que D. Gregorio fue instituido heredero por parte de D.ª Remedios en su testamento, fue la existencia de un vínculo matrimonial que, en esa fecha de otorgamiento les unía, pero al haber desaparecido la condición de esposo del mismo, debido a la declaración de nulidad del matrimonio, estima que la testadora no hubiera verificado dicha institución de heredero en el supuesto de haber conocido que el vínculo que les unía, había desaparecido y, resulta evidente en el presente caso que la institución de heredero se verifica en una circunstancia errónea, pues se hallaba fundamentada en un error desconocido para la testadora en un momento en que el instituido heredero ostentaba la condición de marido suyo, a pesar que tal condición no la ostentó nunca por la posterior declaración de nulidad del matrimonio, no puede por menos concluirse que, esa causa falsa y determinante de la expresión de voluntad por ella prestada y reflejada en el testamento había de conllevar la nulidad del mismo, tal como había acordado la sentencia de instancia.

Asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 5.ª, 11 de julio de 2010 *(JUR* 2010, 356370) admite la ineficacia sobrevenida de la disposición testamentaria por la posterior separación judicial de los cónyuges, indica que, el supuesto debe resolverse por la vía de la interpretación de la voluntad hipotética. Así otorgado testamento cuando se encontraba unido a su esposa por el matrimonio, de haber previsto que al momento de su fallecimiento, pudiera estar separado de la misma, no la hubiera nombrado heredera. Por tanto, producido el hecho posteriormente, su voluntad en tal sentido ya no puede producir efectos. Por tanto, debe hablarse de ineficacia sobrevenida.

[54] LÓPEZ FRÍAS, M.ª J. (2004). *Voluntad del causante y significado típico de algunas cláusulas testamentarias*, *op. cit*., 193.

[55] LÓPEZ FRÍAS, M.ª J. (2012). La voluntad hipotética del testador en crisis matrimoniales sobrevenidas: estado legal y jurisprudencial, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil,* número 5, septiembre 2012, 76-77.

[56] ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H. (2006). Incidencia de las crisis matrimoniales en el Derecho de sucesiones, *op. cit*., 1548. En esta línea, DÍAZ MARTÍNEZ, A. (2010). La ordenación de la sucesión testamentaria tras la ruptura matrimonial del causante. Contenido del testamento y contiendas judiciales. En: Á. L. Rebolledo Varela (coord.), *La familia en el Derecho de sucesiones: cuestiones actuales y perspectiva de futuro*, Madrid: Dykinson, Madrid, 188-189, entiende que si se incluyese una previsión similar a las que las Comunidades Autónomas como Aragón, Galicia o Cataluña ha incorporado «sí devendrían ineficaces, sobrevenida una crisis matrimonial, salvo que del testamento se dedujera otra cosa, las disposiciones testamentarias a favor del cónyuge que no implicaran atribución patrimonial alguna, como el nombramiento como albacea, contador-partidor o tutor de hijos menores del causante no comunes, todas ellas basadas en una relación de confianza generalmente no persistente tras la nulidad, separación o divorcio». No obstante, aconseja que «en el Derecho común el letrado que asesore en el procedimiento de separación o divorcio se interese por el otorgamiento previo de un testamento con disposiciones a favor del entonces cónyuge y resalte a su cliente la importancia, salvo que otra fuera su voluntad, de revocar el mismo, tanto si únicamente desea dejar sin efecto tal disposición como si otorgara un nuevo testamento tras la sentencia judicial de separación o divorcio, pues en defecto de revocación expresa podrían

llegar a considerarse incompatibles ambos testamentos, posibilidad reconocida con carácter general por reiterada jurisprudencia, que así viene interpretando el artículo 739 del Código civil». Finalmente, DE LA IGLESIA MONJE, M.ª I. (2019). «Interpretación de la voluntad del testador cuando se ha producido un cambio de circunstancias», *op. cit.*, 889, igualmente, tomando en consideración la regulación existente en algunos ordenamientos (derechos civiles especiales) y la nueva línea jurisprudencial de nuestro Alto Tribunal, entiende que «a fin de evitar problemas, el legislador reformase el Código civil en el sentido de considerar la revocación automática de las disposiciones testamentarias otorgadas a favor del cónyuge en los casos en los que sobrevinieran una crisis matrimonial que desembocase en nulidad, divorcio o separación, ya sea judicial o de hecho o de cese de la relación convivencial».

[57] EGUSQUIZA BALMASEDA, M.ª Á. (2003). *Sucesión legal y voluntaria del cónyuge en las crisis matrimoniales*, *op. cit.*, 116-117.

[58] IMAZ ZUBIAUR, L. (2012). Algunas reflexiones en torno a la eficacia de las disposiciones testamentarias ante un cambio sobrevenido de las circunstancias. Incidencia de la *crisis de pareja* en la atribución sucesoria otorgada con anterioridad, *op. cit.*, 78.

[59] DE LA IGLESIA PRADOS, E. (2016). La ineficacia de las disposiciones testamentarias entre cónyuges por crisis matrimonial, *op. cit.*, 180-181.

[60] Si bien, recordemos que, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, sec. 1.ª, de 29 de julio de 2008 nos encontramos ante un supuesto de nulidad del matrimonio, por lo que este no ha existido nunca ni en el momento de otorgamiento de testamento ni a la apertura de la sucesión. No obstante, la testadora operaba en la creencia que, la institución de heredero a favor de su marido era eficaz en tanto entendía que, este poseía tal *status*. Se trata, en esencia, de un error sobre la propia validez del matrimonio.

1.3. Derechos Reales

# La comunidad de propietarios ante el fenómeno del alquiler vacacional

## *Owner's community to the phenomenon of vacation rental*

por

GERALDINE BETHENCOURT RODRÍGUEZ
*Profesora Doctora de Derecho mercantil*
*Universidad Nebrija*

*RESUMEN:* El posible impacto del alquiler vacacional sobre la convivencia vecinal, ha sido uno de los aspectos en los que se ha centrado el intenso debate que sobre la materia ha existido en España, y, debido a su importancia también ha sido uno de los aspectos que se ha tenido presente en el ámbito regulatorio. El objetivo de este trabajo es, por un lado, exponer la regulación y reformas que han tenido lugar con la finalidad de dar respuesta al fenómeno del alquiler vacacional y, por otro, analizar el alcance de la modificación operada por el Real Decreto Ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler, respecto de la mayoría cualificada necesaria para que la comunidad de propietarios puedan limitar o condicionar el ejercicio de la actividad de explotación turística, y cuya regulación en términos análogos ya se contemplaba en el Código civil de Cataluña.

*ABSTRACT: The possible impact of vacation rental for the coexistence with neighbours, it has been one of the aspects that has focused on the intense debate which has existed in Spain and due to its importance it has also been one of the aspects that it has been taken into account in the regulatory field. The objective of this work is, on the one hand, to expose the regulation and reforms that have taken place with the proposal to respond to the phenomenon of vacation rental and, on the other, to analyze the scope of the modification operated by Royal Decree-Law 7/2019, regarding the qualified majority necessary to allow that owner's community may restrict or condition the exercise of the tourism activity, and whose regulation with similar terms were already contemplated in the Civil Code of Catalonia.*

PALABRAS CLAVE: Comunidad de propietarios. Estatutos. Limitación. Prohibición. Alquiler vacacional. Actividad de explotación turística.

*KEY WORDS: Owner's community. Statutes. Restriction. Ban. Vacation rental. Tourism activities.*

*SUMARIO:* I. LAS VIVIENDAS DE USO TURÍSTICO: SITUACIÓN ACTUAL Y EFECTOS DE SU CRECIMIENTO: 1. Planteamiento. 2. Efectos del alquiler vacacional.—II. EL FENÓMENO DEL ALQUILER VACACIONAL: REGULACIÓN

Y REFORMAS: 1. Consideraciones generales. 2. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 13 de septiembre de 2018.—III. LA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS ANTE EL FENÓMENO DEL ALQUILER TURÍSTICO: 1. Los estatutos comunitarios: los acuerdos de limitación o condicionamiento de la actividad de arrendamiento de vivienda para uso turístico: *A) Normativa estatal:* a) La Ley de Propiedad Horizontal: consideraciones generales sobre la legitimidad de las cláusulas estatutarias que establezcan limitaciones o prohibiciones de uso. b) Cláusulas estatutarias que limitan o condicionan: ¿cabe la posibilidad de cláusulas de prohibición de la actividad de explotación turística? c) La modificación de los estatutos: de la unanimidad del total de los propietarios al voto favorable de las tres quintas partes del total de los propietarios. d) La irretroactividad de la norma. *B) Normativa autonómica: la regulación de Cataluña:* a) Consideraciones generales sobre las cláusulas estatutarias que establezcan limitaciones o prohibiciones de uso. b) La modificación de los estatutos. c) La irretroactividad de la norma. —IV. CONCLUSIONES.—V. RESOLUCIONES CITADAS.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

## I. LAS VIVIENDAS DE USO TURÍSTICO: SITUACIÓN ACTUAL Y EFECTOS DE SU CRECIMIENTO

### 1. Planteamiento

El desarrollo tecnológico ha impulsado la creación y extensión de las plataformas digitales[1]. Estas plataformas han permitido el destino de viviendas residenciales para uso turístico en tanto que ha facilitado la posibilidad de poner en contacto a personas interesadas en este tipo de transacciones, situación que ha dado lugar al aumento de la oferta del alojamiento turístico[2].

El impacto de las plataformas digitales ha sido tan elevado que actualmente la oferta de viviendas de uso turístico compite directamente con la oferta tradicional de alojamiento en hoteles y apartamentos turísticos. La entrada en el mercado de las viviendas de uso turístico y su consolidación como alternativa de alojamiento temporal a los establecimientos tradicionales ha dado lugar a un intenso debate acerca de los efectos de este fenómeno. A este respecto, es oportuno hacer referencia a los resultados publicados en el año 2018 por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en su estudio sobre la regulación de las viviendas de uso turístico en España. El mencionado estudio, además de hacer una exposición sobre la regulación normativa sobre esta materia, también expone los efectos del incremento de la oferta del alquiler vacacional, dato que resulta de notable importancia en tanto que estos deben ser tenidos en cuenta si se quiere lograr una acertada regulación sobre la materia[3]. Hay que tener en cuenta que la modificación operada por el Real Decreto Ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler (en adelante, Real Decreto Ley 7/2019) respecto de la mayoría cualificada necesaria para que las comunidades de propietarios tengan la posibilidad real de poder limitar o condicionar el ejercicio de la actividad de explotación turística responde a la necesidad de dar respuesta a los efectos negativos que las viviendas de uso turístico ocasionan en la comunidad.

### 2. Efectos del alquiler vacacional

Si bien es cierto que, los alojamientos turísticos situados en edificios sometidos al régimen de propiedad horizontal, por las características propias de una

comunidad de propietarios, pueden dar lugar a incomodidades o molestias, no es menos cierto que no cabe estigmatizar sin más tal actividad y afirmar que, siempre y en todo caso, la actividad de alquiler vacacional genera más incomodidades o molestias que otras actividades comerciales o profesionales que se desarrollan en elementos privativos en propiedad horizontal[4].

A continuación se exponen los efectos positivos y negativos que ocasionan las viviendas de uso turístico. Para ello se tendrá como referencia el mencionado estudio sobre la regulación de las viviendas de uso turístico en España elaborado por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en el que se exponen y explican los efectos del incremento de la oferta de la vivienda de uso turístico[5].

Por un lado, entre los efectos positivos destaca, en primer lugar, el aumento de la oferta. La posibilidad de destinar viviendas residenciales para uso turístico a través de plataformas digitales ha dado lugar a la entrada de nuevos agentes en el mercado que han visto una oportunidad en estos nuevos modelos de prestación de servicios. Esta situación ha supuesto el incremento de la oferta tanto en cantidad como en variedad. El aumento de la oferta ha tenido un doble efecto, por un lado, reducción en el precio medio del mercado y, por otro lado, mejora de la calidad oferta como resultado de una mayor competitividad.

En segundo lugar, y en línea con el punto anterior, se produce también un aumento de la variedad de las opciones de alojamiento turístico disponibles. El usuario tiene un amplio abanico de opciones que se adaptan mejor a sus necesidades particulares producto del incremento en la variedad. En este sentido, se afirma que para algunos usuarios las viviendas turísticas se adaptan mejor a sus necesidades que los alojamientos tradicionales.

En tercer lugar, el destino de viviendas residenciales para uso turístico, y por tanto, el aumento de la oferta de alojamiento disponible, ha propiciado una flexibilidad en la oferta que hasta entonces se ha caracterizado por ser de capacidad fija y carácter rígido a corto plazo. La rigidez de la oferta de alojamiento tradicional ha dado lugar a problemas de ajuste como consecuencia de la estacionalidad del turismo y el aumento de la demanda en determinadas épocas del año. En este sentido, en periodos de mayor demanda se ha incrementado el precio para ajustar la demanda a la oferta de alojamiento que es rígida a corto plazo, y en periodos de menor demanda el precio ha disminuido.

En cuarto lugar, se supera la asimetría de información. El usuario dispone de mayor información sobre el servicio a un coste reducido. El aumento de la información disponible facilita la posibilidad de comparar las opciones disponibles y, por tanto, el tomar una mejor decisión adaptada a las necesidades concretas de cada usuario. Los sistemas de valoración representan una fuente muy valiosa de información para el usuario que ahora dispone de un mayor poder de compra ante el aumento y variedad de la oferta.

En quinto lugar, el hecho de que las transacciones que se realizan en el marco de estos nuevos modelos de negocio se desarrollen a través de medios electrónicos permite una mayor trazabilidad y mayor transparencia de las transacciones económicas

Por último, las viviendas de uso turístico favorecen la generación de rentas a favor de particulares, de tal forma que pueden beneficiarse de los ingresos del incremento del turismo. La actividad de explotación turística representa en muchas ocasiones un ingreso importante para las familias.

Por otro lado, en cuanto a los efectos negativos, es preciso diferenciar entre: de un lado, aquellos efectos que se generan por el aumento del turismo como, por ejemplo, congestión, ruidos, o consumo de recursos medioambientales; pero

cuya existencia no puede atribuirse en exclusiva al alquiler vacacional. Y, de otro, aquellos efectos que impactan a la convivencia vecinal debido a la actividad de explotación turística en inmuebles de uso residencial, especialmente, en las viviendas que se encuentran en régimen de propiedad horizontal. A los efectos del presente trabajo son de interés, especialmente, los segundos. A este respecto, cabe destacar el informe de EXCELTUR que aborda los impactos sociales y económicos sobre los destinos españoles derivados del exponencial aumento del alquiler de viviendas turísticas de corta duración, impulsado por los nuevos modelos y canales de comercialización Peer to Peer (P2P)[6]. En dicho informe, se afirma que la elevada oferta de alquileres de viviendas turísticas ya genera impactos desfavorables, entre otros, sobre la convivencia ciudadana. En este sentido, se afirma que desde el punto de vista del edificio donde se sitúan las viviendas de uso turístico y los vecinos que comparten los elementos comunes, son considerables las incidencias que este fenómeno está generando en la convivencia[7]. Entre las más relevantes, cabe mencionar las siguientes:

— Se produce un aumento de los niveles de ruido que afectan y perturban el descanso de los vecinos tanto de la comunidad en la que se ubica la vivienda que es explotada turísticamente como de las propiedades colindantes. Se afirma que se trata del problema más denunciado por los vecinos de los barrios turísticos.
— Se requiere de mayor limpieza por el uso de los espacios comunes.
— Se genera sensación de inseguridad y pérdida de seguridad debido a la puesta a disposición de las llaves de la puerta de entrada de cada finca y de su parking a terceras personas desconocidas sin identificar.
— Se produce un mayor desgaste de las zonas comunes debido a la rotación que las cortas estancias introducen sobre las mismas.
— Las cortas estancias y la alta rotación conducen a la pérdida de la familiaridad y proximidad que se ha entendido siempre como parte de la convivencia vecinal.

La comunidad de propietarios ante estos efectos negativos y conforme a la regulación anterior a la reforma operada por el Real Decreto Ley 7/2019, prácticamente no podían adoptar acuerdos de limitación o condicionamiento de la actividad de alquiler turístico ya que el requisito de la unanimidad lo hacía imposible. Y, la realidad es que ante efectos como los expuestos, en muchas ocasiones, las comunidades de propietarios necesitan adoptar cláusulas que aseguren el interés general de la comunidad.

## II. EL FENÓMENO DEL ALQUILER VACACIONAL: REGULACIÓN Y REFORMAS

### 1. Consideraciones generales

La Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (en adelante, Ley de Arrendamientos Urbanos) distingue entre arrendamiento para uso de vivienda y arrendamiento para uso distinto de vivienda. Mientras el primero se identifica con aquel cuyo destino primordial es satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario (art. 2.1), el segundo se entiende como aquel que no persigue la satisfacción permanente de vivienda del arrendatario (art. 3.1). Respecto de este último, la norma establece que en especial, tendrán tal

consideración los arrendamientos de fincas urbanas celebrados por temporada, sea esta de verano o cualquier otra, y los celebrados para ejercerse en la finca una actividad industrial, comercial, artesanal, profesional, recreativa, asistencial, cultural o docente, cualesquiera que sean las personas que los celebren.

La Ley de Arrendamientos Urbanos es modificada en el año 2013 por la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado de alquiler de viviendas (en adelante, Ley 4/2013). La Ley 4/2013 en su Exposición de Motivos hace referencia al aumento cada vez más significativo del destino de los alojamientos privados para el turismo. A este respecto, se pone de manifiesto que esta situación «podría estar dando cobertura a situaciones de intrusismo y competencia desleal, que van en contra de la calidad de los destinos turístico». Para dar respuesta a esta preocupación, entre los cambios operados por esta norma, se encuentra la inclusión de la letra e) al artículo 5 de la Ley de Arrendamientos Urbanos. El mencionado apartado 5.e) establece la exclusión del contrato de arrendamiento de uso turístico del ámbito de aplicación de la Ley de Arrendamiento Urbanos. Ahora bien, su redacción vigente es fruto de la modificación operada por el Real Decreto Ley 7/2019. Dicha redacción es la siguiente: «[l]a cesión temporal de uso de la totalidad de una vivienda amueblada y equipada en condiciones de uso inmediato, comercializada o promocionada en canales de oferta turística o por cualquier otro modo de comercialización o promoción, y realizada con finalidad lucrativa, cuando esté sometida a un régimen específico, derivado de su normativa sectorial turística».

El objetivo es que el alquiler vacacional quede regulado por la normativa sectorial específica o, en su defecto, se le aplique el régimen de los arrendamientos de temporada, que no sufre modificación. Así, para que el contrato de arrendamiento de uso turístico pueda enmarcarse en la definición propuesta y quede excluido del ámbito de aplicación de la Ley de Arrendamientos Urbanos, es preciso que[8]:

— El arrendamiento consista en una cesión temporal de uso.

— La vivienda esté amueblada y equipada en condiciones de uso inmediato. Conforme a la literalidad de la norma, debe alquilarse la totalidad de la vivienda y, por tanto, no se enmarca dentro de este supuesto la cesión de estancias o de habitaciones. Se entiende que es la cesión de la totalidad de la vivienda la que en esencia compite con la oferta tradicional de alojamiento en hoteles y apartamentos turísticos en tanto que guarda mayores similitudes entre sí. Ahora bien, lo cierto es que las plataformas digitales también han favorecido la cesión de estancias o de habitaciones ya que han facilitado la puesta en contacto entre personas interesadas en este tipo de alojamiento y aquellos propietarios que quieren ceder el uso de una estancia o habitación pero no de la totalidad de la vivienda. Sin embargo, la norma se refiere de manera expresa al primer supuesto y excluye el segundo de su ámbito de aplicación.

— La comercialización o promoción puede tener lugar tanto en canales de oferta turística como en cualquier otro medio de comercialización o promoción. A este respecto, es conveniente recordar que antes de la modificación introducida por el Real Decreto Ley 7/2019, se limitaban los canales de comercialización o promoción en tanto que se exigía como requisito que se tratara de «canales de oferta turística». Sin embargo, conforme a la redacción vigente, el ámbito de aplicación de la norma incluye tanto aquellos contratos que se celebran con la intervención de una empresa intermediadora como aquellos contratos que se celebran sin intervención de la misma y se producen directamente entre

particulares, salvo que la normativa sectorial turística que resulte de aplicación los excluya.

— El alquiler debe tener finalidad lucrativa, esto es, obtener una contraprestación por la cesión temporal de uso de la vivienda.

— La existencia de una regulación normativa sectorial. En este sentido, en los últimos años el alquiler vacacional ha sido objeto de regulación autonómica sectorial[9].

De esta forma, en la Ley de Arrendamientos Urbanos se amplían los supuestos de alquileres excluidos del ámbito de aplicación de la misma, y, en el caso concreto de las viviendas de uso turístico, su alquiler queda regulado por la normativa sectorial turística, independientemente de la forma de comercialización o promoción.

En relación a los cambios operados por el Real Decreto Ley 7/2019, es importante hacer mención también al nuevo apartado 12 que se introduce en el artículo 17 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal (en adelante, Ley de Propiedad Horizontal) y que afecta al ejercicio de actividades de explotación turística por parte de propietarios de pisos en régimen de propiedad horizontal. El mencionado apartado alude al supuesto contemplado en la letra e) del artículo 5 de la Ley de Arrendamientos Urbanos antes expuesto, y, establece que el acuerdo por el que se limite o condicione el ejercicio de la actividad de explotación turística de una vivienda amueblada y equipada conforme a los términos que establezca la normativa sectorial, suponga o no modificación del título constitutivo o de los estatutos, requerirá el voto favorable de las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación. Además, se contempla la posibilidad de establecer cuotas especiales de gastos o un incremento en la participación de los gastos comunes de la vivienda donde se realice dicha actividad, siempre con un límite y cuya aprobación también exige una mayoría cualificada. Estas novedades introducidas por el Real Decreto Ley 7/2019 son las que representan el objeto de este análisis jurisprudencial y se abordarán en los siguientes apartados.

## 2. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 13 de septiembre de 2018

A efectos de conocer el alcance de la modificación normativa antes expuesta respecto de las limitaciones de la actividad de explotación turística a través de los estatutos de la comunidad, a continuación se hace una breve exposición del supuesto abordado en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 13 de septiembre de 2018 en la que se resuelve la validez de una prohibición adoptada por la junta de propietarios y en la que se aplica la ley autonómica cuya fecha es anterior al Real Decreto Ley 7/2019 y regula el tema de forma análoga. Esta sentencia servirá de referencia para el desarrollo del siguiente epígrafe.

En la mencionada sentencia, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña se pronuncia sobre la eventual retroactividad de las normas limitadoras de los usos que pueden llevar a cabo los copropietarios, por acuerdos de la junta de la comunidad.

Los hechos que dan lugar a la interposición de la demanda por parte de la actora son los siguientes: la propietaria de un piso en propiedad horizontal decide destinar su vivienda al alquiler turístico. La razón de optar por este tipo de alquiler

es su traslado laboral fuera de Barcelona y el hecho de querer visitar frecuentemente la ciudad y poder disfrutar de su vivienda cuando regrese a Barcelona.

La comunidad de propietarios celebra el 3 de marzo de 2014 la junta ordinaria de la comunidad, antes de que se celebrara la junta, la mencionada propietaria comunica a la administradora de la finca su decisión de destinar su piso al alquiler turístico. La junta se lleva a cabo con la asistencia de un 46,19 % de los propietarios. Cuando se inicia el turno de ruegos y preguntas, la administradora de la finca informa a los asistentes de la voluntad de la actora de destinar la vivienda al alquiler vacacional. Los propietarios presentes manifestaron que no estaban de acuerdo e instaron a la administradora a una convocatoria de junta extraordinaria para modificar los estatutos.

El día 4 de marzo del 2014, y antes de que se celebrara la junta extraordinaria, la propietaria del piso que decide alquilar el inmueble con finalidad turística obtiene el «assabentat» de la Administración pública para iniciar la actividad.

El día 26 de marzo de 2014 la comunidad de propietarios celebra la junta extraordinaria. En dicha junta se adopta por mayoría, con el voto en contra de la demandante, el siguiente acuerdo: «[e]stablecer como norma estatutaria la prohibición de que en todos los locales y pisos del inmueble se pueda ejercer la actividad de arrendamientos turísticos y figuras afines, extendiéndose también dicha prohibición a los arrendamientos de corta duración, que en conjunto puedan darse o regularse en un futuro y que por su naturaleza o actividad puedan causar graves problemas de convivencia, deterioro en el inmueble o puedan considerarse molestos y contrarios a la convivencia de los vecinos».

El acuerdo de prohibición alcanza el quórum establecido en el Código civil de Cataluña mediante el mecanismo de la formación sucesiva (art. 553-25.2 del CCCat).

La propietaria del piso interpone demanda en el Juzgado de Primera Instancia 31 de Barcelona que dicta sentencia el 20 de octubre de 2017 y solicita que se declare la nulidad del acuerdo adoptado por la comunidad en tanto que cuando el mismo se adoptó ella ya había comunicado su intención de llevar a cabo la actividad de explotación turística en su vivienda. El Juzgado desestima íntegramente la demanda formulada por la parte actora contra la comunidad de propietarios. Se interpone recurso de apelación y recae sentencia en segunda instancia el día 20 de octubre de 2017 en la que se decide la validez y afectación a la parte actora del acuerdo adoptado por la comunidad por el que se modifican los estatutos para prohibir el uso turístico y otros análogos en todos los elementos privativos del inmueble, en tanto que había sido adoptado con las mayorías precisas[10]. Contra esta sentencia se interpone recurso de casación, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña estima el recurso y casa parcialmente la sentencia.

De los pronunciamientos realizados por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña merecen especial atención los relativos al uso y destino de los elementos privativos en el régimen de propiedad horizontal, los estatutos de la comunidad de propietarios y sus modificaciones, y la afectación a terceros. A ello se dedicarán los siguientes apartados.

## III. LA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS ANTE EL FENÓMENO DEL ALQUILER TURÍSTICO

El destino de inmuebles en suelo de uso residencial a un uso turístico, como se ha expuesto, puede dar lugar a desavenencias, particularmente, cuando se trata

del alquiler de pisos en propiedad horizontal. La comunidad de propietarios, ante las eventuales alteraciones de la convivencia vecinal, cuenta con medios de defensa a los efectos de resolver los problemas que puedan presentarse.

La Ley de Propiedad Horizontal establece que al propietario y al ocupante del piso o local no les está permitido desarrollar en él o en el resto del inmueble las siguientes actividades: a) actividades prohibidas en los estatutos de la comunidad; b) actividades ilícitas; c) actividades que resulten dañosas para la finca o que contravengan las disposiciones generales sobre actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas (art. 7.2 LPH). De estos supuestos, el primero, esto es, actividades prohibidas en los estatutos de la comunidad es el que se aborda en este epígrafe.

Si las actividades mencionadas tienen lugar, el presidente de la comunidad, a iniciativa propia o de cualquiera de los propietarios u ocupantes, podrá requerir la inmediata cesación de las mismas a quien la realice. Si el infractor persistiere en su conducta se podrá entablar contra él acción de cesación (art. 7.2 LPH).

## 1. Los estatutos comunitarios: los acuerdos de limitación o condicionamiento de la actividad de arrendamiento de vivienda para uso turístico

El sistema de derechos y deberes en el seno de la propiedad horizontal aparece recogido en los estatutos comunitarios. El conjunto de reglas recogidas en los estatutos tienen fuerza de ley, y pueden ser establecidas bien por el promotor o bien por los copropietarios de un edificio sujeto al régimen de propiedad horizontal. Los estatutos sirven para completar y desarrollar la regulación normativa[11]. Una vez que los estatutos de la comunidad de propietarios son aprobados por los promotores y son incorporados inicialmente al título constitutivo o son aprobados posteriormente por la junta, cualquier modificación de los mismos solo será posible por acuerdo de los propietarios con las mayorías que la ley establece a tales efectos.

### *A) Normativa estatal*

#### a) La Ley de Propiedad Horizontal: consideraciones generales sobre la legitimidad de las cláusulas estatutarias que establezcan limitaciones o prohibiciones de uso

La Ley de Propiedad Horizontal admite que como parte del contenido de los estatutos que potestativamente pueden regir la comunidad, se pueden establecer disposiciones y limitaciones sobre el uso, destino y aprovechamiento de los pisos o locales (art. 5 párrafo 3.º LPH). Por tanto, en principio, cabe afirmar la legitimidad de las cláusulas contempladas en los estatutos comunitarios que limitan el uso de los elementos privativos a actividades de explotación turística en los edificios sometidos al régimen de propiedad horizontal.

En línea a la afirmación anterior, la Ley de Propiedad Horizontal también establece que a los propietarios no les está permitido desarrollar, ni en los elementos privativos ni en el resto del inmueble, actividades prohibidas en los estatutos comunitarios (art. 7.2 LPH). Por otra parte, cabe señalar también respecto del mencionado texto normativo, que en el mismo no se contemplan prohibiciones sobre las limitaciones de uso turístico en los estatutos.

En este orden de ideas, es necesario hacer referencia al nuevo apartado introducido en el artículo 17 de la Ley de Propiedad Horizontal por el Real Decreto Ley 7/2019. Dicho apartado hace referencia de manera expresa a la posibilidad de adoptar acuerdos que limiten o condicionen la actividad de explotación turística al establecer el nuevo quórum que es necesario a los efectos de aprobar los mencionados acuerdos (art. 17.12 LPH).

Tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo se han pronunciado sobre el derecho de propiedad y las posibles limitaciones de este derecho. Así, el Tribunal Constitucional, en sus sentencias de 21 de octubre de 1993 y de 8 de marzo de 1999, estimó que en el régimen de propiedad horizontal la adopción de medidas legales o estatutarias orientadas a establecer específicas restricciones o límites a los derechos de uso y disfrute de los inmuebles por parte de sus respectivos titulares, estaba justificada por la necesidad de compaginar los derechos e intereses concurrentes de una pluralidad de propietarios y ocupantes de los pisos. Ahora bien, esas medidas deben ser adoptadas sin que ello afecte el derecho reconocido en el artículo 33 de la Constitución Española[12]. Por su parte, el Tribunal Supremo también ha afirmado que el derecho a la propiedad privada constituye un derecho constitucionalmente reconocido (art. 33 CE) y su disfrute podrá realizarse sin más limitaciones que las establecidas legalmente o de forma convencional. Ahora bien, dichas limitaciones, en todo caso, deben ser interpretadas de un modo restrictivo. No obstante, en el ámbito de la propiedad horizontal, se considera posible y aceptable establecer limitaciones o prohibiciones a la propiedad, que atienden a la protección del interés general de la comunidad (STS de 15 de junio de 2018).

Así las cosas, si en los estatutos comunitarios se considera una cláusula que contemple una limitación o condicione la posibilidad de destinar los pisos o locales al alojamiento turístico, la comunidad podrá requerir la inmediata cesación de dicha actividad a quien contravenga la prohibición que expresamente se recoge en los estatutos sin que para ello sea necesario entrar a valorar si se trata de una actividad molesta o no. Para que estas reglas puedan ser oponibles a los terceros de buena fe, es preciso que se encuentren inscritas en el Registro de la Propiedad (art. 5 párrafo 3.º LPH)[13].

b) Cláusulas estatutarias que limitan o condicionan: ¿cabe la posibilidad de cláusulas de prohibición de la actividad de explotación turística?

El apartado 12 introducido en el artículo 17 de la Ley de Propiedad Horizontal por el Real Decreto Ley 7/2019 al regular la facultad de las comunidades de propietarios para adoptar medidas restrictivas respecto de la actividad de explotación turística utiliza los términos «limitar» y «condicionar» pero no el término «prohibir», por tanto, surge la duda razonable de determinar si debe entenderse que la posibilidad de prohibición del alquiler vacacional también está incluida dentro de la mayoría cualificada contemplada en dicho apartado.

En principio, ante una interpretación conforme al tenor literal del apartado en cuestión, no cabe hablar de que se pueda prohibir el destino de un piso a la actividad de alojamiento vacacional, ya que expresamente se hace referencia es a la facultad de limitar o condicionar el alquiler turístico, si bien se abre la posibilidad de que se establezcan en los estatutos de la comunidad restricciones muy variadas. A este respecto, GOMÁ LANZÓN señala que se trata de una ausencia significativa. Desde su perspectiva, «aunque en los comentarios a la norma

se haya dicho a veces que las comunidades podrían prohibir o vetar ese tipo de actividades, lo cierto es que no es así»[14]. Por el contrario, DÍAZ VALES entiende que si bien el precepto no se refiere expresamente a la prohibición, lo cierto es que, desde su perspectiva, conforme a la anterior doctrina, debe entenderse incluida la misma dentro de dicha mayoría cualificada[15].

En esta línea, cabe señalar que hay autores que han apuntado que sobre la posibilidad de que el acuerdo pueda ser de prohibición de la actividad y no de una simple limitación y condicionamiento, es necesario tener presente la doctrina jurisprudencial sobre las limitaciones o prohibiciones referidas a la atención del uso de un inmueble y su eficacia (FUENTES-LOJO RIUS y FUENTES-LOJO LASTRES, 2019, 374). En este sentido, la validez de dichas cláusulas queda condicionada a los siguientes requisitos (STS de 3 de diciembre de 2014 y de 15 de junio de 2018):

— Han de constar en los propios estatutos de la comunidad. Además, para que tenga eficacia frente a terceros, deben aparecer inscritas en el Registro de la Propiedad (STS de 15 de junio de 2018).

— La prohibición debe constar de forma expresa, debe ser clara y concisa. En este sentido, el Tribunal Supremo en la sentencia de 24 de octubre de 2011 octubre afirma que: «[s]e reitera como doctrina jurisprudencial que las limitaciones o prohibiciones referidas a la alteración del uso de un inmueble en el ámbito de la propiedad horizontal exigen, para que sean eficaces, que consten de manera expresa». En la misma línea, el Tribunal señala que «la mera descripción del inmueble no supone una limitación del uso o de las facultades dominicales, sino que la eficacia de una prohibición de esta naturaleza exige de una estipulación clara y precisa que la establezca» (STS de 30 de diciembre de 2010; de 23 de febrero de 2006 y 20 de octubre de 2008)[16].

— No pueden contravenir la moral, las buenas costumbres ni el orden público.

— Tiene que existir un interés legítimo o atendible. En esta línea, se pronunció el Tribunal Supremo en la sentencia de 1 de febrero de 2017 y afirmó que «[e]n el ámbito de la propiedad horizontal, resulta posible el establecimiento de limitaciones o prohibiciones que en general atiendan el interés general de la comunidad».

Ahora bien, conforme a la doctrina jurisprudencial, la interpretación de las limitaciones «debe ser siempre de carácter restrictivo, como cualquier menoscabo del derecho de propiedad». Así lo ha afirmado el Tribunal Supremo en la sentencia de 15 de junio de 2018 y, entre otras, se remite a las sentencias de 29 de febrero de 2000, de 21 de abril de 1997, de 24 de julio de 1992, de 24 de julio de 1992, de 7 de febrero de 1989 y de 6 de febrero de 1989.

Es oportuno adelantar, que si bien será objeto de análisis en el apartado específico de la regulación normativa de Cataluña, los tribunales admiten la legitimidad de acuerdos «prohibitivos» y no simplemente «limitativos» a pesar de que en el Código civil de Cataluña se emplea el término «limitación» y no «prohibición» [art. 553.11.2.e) CCCat].

Así las cosas, desde nuestra perspectiva, la adopción de acuerdos que prohíban la posibilidad a los propietarios de destinar viviendas al alquiler vacacional son posibles, pero deben estar fundados en una causa clara y atender a un interés legítimo de la comunidad, ya que en caso contrario, la Ley de Propiedad Horizontal establece que los acuerdos de la Junta de Propietarios podrán ser impugnados

ante los tribunales de conformidad con lo establecido en la legislación procesal general cuando, entre otros supuestos, los mismos supongan un grave perjuicio para algún propietario que no tenga obligación jurídica de soportarlo o se hayan adoptado con abuso de derecho [art. 18.1.c) LPH].

c) La modificación de los estatutos: de la unanimidad del total de los propietarios al voto favorable de las tres quintas partes del total de los propietarios

Antes de la reforma operada por el Real Decreto Ley 7/2019, para modificar los estatutos y establecer una limitación o condicionamiento del ejercicio de la actividad de explotación turística se requería para su validez la unanimidad del total de los propietarios que, a su vez, representaran el total de las cuotas de participación.

La regla de la unanimidad que operaba hasta hace muy poco para los acuerdos de limitación o condicionamiento de la actividad de alquiler turístico o vacacional era muy severa y hacía prácticamente imposible la adopción de estos acuerdos. Esta situación daba lugar, como bien ha puesto de manifiesto algún autor, a que la comunidad no tuviera la posibilidad de adoptar las reglas que «mejor se ajustase a sus particularidades e intereses concretos»[17].

Esta situación cambia tras la promulgación del Real Decreto Ley 7/2019, ya que en materia de viviendas de uso turístico recoge en el título II una reforma del régimen de propiedad horizontal que explicita la mayoría cualificada necesaria para que las comunidades de propietarios puedan limitar o condicionar el ejercicio de la actividad, o establecer cuotas especiales o incremento en la participación de los gastos comunes de la vivienda, en el marco de la normativa sectorial que regule el ejercicio de esta actividad y del régimen de usos establecido por los instrumentos de ordenación urbanística y territorial[18].

El mencionado Real Decreto Ley 7/2019 introduce el apartado 12 en el artículo 17 de la Ley de Propiedad Horizontal, apartado al que ya se ha aludido anteriormente con motivo de la referencia expresa que se hace en el mismo a la actividad turística[19]. Dicho apartado establece que el acuerdo por el que se limite o condicione el ejercicio de la actividad a que se refiere la letra e) del artículo 5 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, en los términos establecidos en la normativa sectorial turística, suponga o no modificación del título constitutivo o de los estatutos, requerirá el voto favorable de las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación. Por tanto, a través de un acuerdo de una mayoría de tres quintas partes, una comunidad de propietarios pueda limitar o condicionar el ejercicio de la actividad de alquiler turístico o fijar unas determinadas condiciones para su ejercicio.

El apartado 12 se remite de manera expresa a los acuerdos mediante los cuales se limite o condicione el ejercicio de la actividad a la que se refiere la letra e) del artículo 5 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, esto es, la cesión temporal de uso de la totalidad de una vivienda, por tanto, se entiende que la mayoría cualificada de tres quintas partes solo opera respecto del destino de viviendas a uso turístico, pero no respecto de otra tipología de alojamiento turístico u otras actividades como, por ejemplo, los locales cuya actividad sea ofrecer servicios turísticos, bares…[20].

A estos efectos, es importante tener en cuenta que conforme establece la Ley de Propiedad Horizontal, para la adopción de acuerdos en primera convo-

catoria será suficiente con que concurran la mayoría de los propietarios que, a su vez, representan la mayoría de las cuotas de participación. Si tal quórum no se presenta en primera convocatoria, procederá una segunda convocatoria sin sujeción a quórum (art. 16.2 LPH). Se computarán como votos favorables los de aquellos propietarios ausentes de la junta, debidamente citados, quienes una vez informados del acuerdo adoptado por los presentes no manifiesten su discrepancia mediante comunicación a quien ejerza las funciones de secretario de la comunidad en el plazo de 30 días naturales, por cualquier medio que permita tener constancia de la recepción.

En este orden de ideas, cabe mencionar que la comunidad de propietarios puede haber intentado sin éxito, antes de la reforma operada por el Real Decreto Ley 7/2019, la adopción del acuerdo de prohibición del alquiler para uso turístico debido al quórum exigido para logarlo (art. 17.6 LPH). Es por ello que puede darse el caso de que la comunidad de propietarios vuelva a tratar el asunto a efectos de lograr su aprobación conforme al quórum menos estricto exigido por la regulación vigente. Esta situación es posible en tanto que la comunidad de propietarios tiene la facultad para tratar y revisar cuantas veces sean necesario los temas que considere de interés (FUENTES-LOJO RIUS y FUENTES-LOJO LASTRES, 2019, 384).

Por otra parte, y, respecto a las novedades introducidas con el apartado 12, cabe señalar que también se recoge la posibilidad de establecer incrementos de hasta un 20% en la participación en los gastos comunes por parte de las viviendas de uso turístico. Para la adopción de estas medidas se requerirá la misma mayoría de tres quintas partes.

En definitiva, la reforma operada por el Real Decreto Ley 7/2019 proporciona mayor seguridad jurídica a las comunidades autónomas y sirve para avanzar en soluciones a los problemas que se plantean en relación a la regulación del alquiler turístico. A este respecto, se ha afirmado que la mayoría de tres quintas partes es una mayoría cualificada más razonable y coherente con el interés de conciliar, por un lado, el derecho de los propietarios de los pisos en propiedad horizontal de ejercer la actividad de alojamiento turístico y, por otro, el derecho de la comunidad a prevenir actividades de alteración de la convivencia[21].

d) La irretroactividad de la norma

El apartado 12 del artículo 17 de la Ley de Propiedad Horizontal introducido por el Real Decreto Ley 7/2019 establece de manera expresa que los acuerdos adoptados no tendrán efectos retroactivos. De esta forma, se establece una limitación temporal del acuerdo adoptado por la comunidad de propietarios. A efectos de valorar el alcance de la irretroactividad de la norma, es preciso tener en cuenta los posibles y diferentes escenarios que pueden presentarse, así:

— Los propietarios que ya hubiesen comenzado con la actividad de alojamiento turístico en el momento en el que es adoptado el acuerdo.

— Los propietarios que ya hubiesen recibido la autorización administrativa o hubiesen iniciado el proceso de tramitación del expediente.

— Los propietarios que en el momento de la adopción del acuerdo no hubiesen iniciado la actividad de explotación turística ni hubiesen realizado ninguna acción del proceso de tramitación, pero que dicha actividad si estaba en sus planes de futuro.

Conforme al principio general de irretroactividad de las normas restrictivas de derecho y la doctrina jurisprudencial, el acuerdo de prohibición de la actividad de uso turístico no debe afectar a los propietarios actuales que no presten su consentimiento y que se encuentren en alguno de los escenarios señalados, ya que lo determinante a estos efectos es que en el momento en el que dichos propietarios adquirieron la vivienda no existían tales limitaciones. Así las cosas, el acuerdo de prohibición si afectará y vinculará, por un lado, a los propietarios que no se opongan y, por otro, a los futuros adquirentes siempre que en el momento de la adquisición existiera alguna manera de conocer la existencia de dicho acuerdo adoptado por la comunidad de propietarios (v.gr., los estatutos están inscritos en el Registro de la Propiedad, o los estatutos se incorporan en la escritura de compraventa). A este respecto, se ha afirmado que un alcance de la irretroactividad contrario a los términos expuesto supondría legitimar «que la comunidad pudiera menoscabar el contenido esencial del derecho de propiedad del comunero sobre su finca en contra de su voluntad»[22]. En cualquier caso, lo cierto es que teniendo en cuenta la relevancia de este aspecto, hubiera sido deseable mayor precisión sobre el alcance del efecto temporal y, por tanto, se afirma que habrá que estar a la interpretación que realicen los tribunales al respecto[23]. Ahora bien, como veremos en el siguiente apartado, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña se ha pronunciado en esta línea.

### *B) Normativa autonómica: la regulación de Cataluña*

#### a) Consideraciones generales sobre las cláusulas estatutarias que establezcan limitaciones o prohibiciones de uso

La regulación de la propiedad horizontal viene recogida en Cataluña en el artículo 553 del Código civil de Cataluña, aunque el artículo 551-2.2 ya señala que la comunidad en régimen de propiedad horizontal se rige por el título de constitución, que debe adecuarse a lo establecido en el Capítulo III de la Ley (STSJ Cataluña de 20 de julio de 2015).

Conforme a la normativa catalana los estatutos regulan los aspectos referentes al régimen jurídico real de la comunidad, pudiendo contener reglas sobre el destino, uso y aprovechamiento de los bienes privativos y de los bienes comunes; limitaciones de uso y demás cargas de los elementos privativos; ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones o, entre otros, la aplicación de gastos e ingresos y la distribución de cargas y beneficios (art. 553-11.1 CCCat). En esta línea, se añade que son válidas las cláusulas estatutarias que limiten las actividades que pueden realizarse en los elementos privativos [art. 553.11.2.e) CCCat].

La normativa catalana al establecer cuáles son las cláusulas estatutarias validas emplea el término «limitar» y no «prohibir» para referirse a las actividades que pueden realizarse en los elementos privativos. En este sentido, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña ha confirmado la legitimidad de las cláusulas dirigidas a prohibir la explotación como vivienda o piso turístico. A este respecto, entre otras, las sentencias de 13 de septiembre de 2018 y de 19 de mayo de 2016.

Por su parte, el artículo 553-40.1 del Código civil de Cataluña establece que «[l]os propietarios y los ocupantes no pueden hacer en los elementos privativos, ni en el resto del inmueble, actividades contrarias a la convivencia normal en la comunidad o que dañen o hagan peligrar el inmueble. Tampoco pueden llevar a

cabo las actividades que los estatutos, la normativa urbanística o la ley excluyen o prohíben de forma expresa». En este sentido, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña ha afirmado que los derechos de disfrute tienden a atribuir al titular de los elementos privativos las máximas posibilidades de utilización, con el límite representado tanto por la concurrencia de los derechos de igual clase de los demás cuanto por el interés general, que tiende a la conservación del edificio y a la subsistencia del régimen de propiedad horizontal, que requiere de una base material y objetiva (STSJ Cataluña de 13 de septiembre de 2018).

La adopción de acuerdos que prohíban la actividad de explotación turística de las viviendas en régimen de propiedad horizontal se ha visto motivada por las molestias y efectos negativos que dicha negativa ha ocasionado en la convivencia vecinal. A este respecto, es preciso tener en cuenta que, como bien señala el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en la sentencia de 20 de febrero de 2012, «la calificación de una concreta actividad como molesta y contraria a la normal convivencia de la comunidad puede dar lugar por su carácter de concepto jurídico indeterminado a un amplio abanico de posibilidades lo que deviene en una cuestión casuística que deberá ser resuelta conforme a las circunstancias de cada caso concreto debiendo entenderse como «normal convivencia» aquella que se produce en circunstancias estándares o que se ajusta a las normas o reglas de conducta predeterminadas o fijadas de antemano» (a esta sentencia alude la STSJ Cataluña de 19 de mayo de 2016).

Así las cosas, los propietarios de los elementos privativos pueden ejercitar todas las facultades propias del derecho de propiedad, entre ellas, destinarlos a los usos que prefieran sin más restricciones que las que deriven de la ley y del régimen de propiedad horizontal.

b) La modificación de los estatutos

EL Código civil de Cataluña establece que la modificación del título de constitución y los estatutos requiere del voto favorable de las cuatro quintas partes de los propietarios con derecho a voto, que deben representar a la vez las cuatro quintas partes de las cuotas de participación [art. 553-26.2.a) CCCat]. A este respecto, es preciso tener presente el mencionado artículo 553-11.2.e) que admite la validez de las cláusulas adoptadas que tengan por finalidad las actividades que pueden realizarse en los elementos privativos.

Antes de la reforma operada por la Ley 5/2015, de 13 de mayo, de modificación del libro quinto del Código civil de Cataluña, relativo a los derechos reales (en adelante, Ley 5/2015), el artículo 553-25.4 establecía que «los acuerdos que disminuyan las facultades de uso y goce de cualquier propietario o propietaria requieren que este los consienta expresamente». La redacción de este precepto generaba dudas en tanto que, si el requisito del consentimiento expreso se entendía de forma general, esto es, respecto de cualquier modificación de los estatutos, la posibilidad de modificar los estatutos por el régimen del voto favorable de las cuatro quintas partes de los propietarios, que deben representar las cuatro quintas partes de las cuotas de participación, quedaría vacía de contenido. Es por ello que la jurisprudencia entendió que la exigencia del requisito del consentimiento expreso operaba solo en aquellos casos en los que la prohibición o limitación estatutaria se refería específicamente al uso de un piso o local concreto y no a la generalidad de los departamentos de la comunidad (STSJ Cataluña de 24 de enero de 2019, de 13 de septiembre de 2018 y 19 de mayo de 2016)[24]. De esta

forma, la voluntad contraria de uno o varios miembros de la comunidad no alteraba el sistema de mayorías previsto por la norma para modificar los estatutos.

Tras la reforma por la Ley 5/2015, la nueva redacción del artículo 553-25.4 es más clara y permite confirmar que la interpretación anterior era correcta en tanto que en dicho precepto se especifica que solo requieren el consentimiento expreso de los propietarios afectados «[l]os acuerdos que modifiquen la cuota de participación, los que priven a cualquier propietario de las facultades de uso y disfrute de elementos comunes y los que determinen la extinción del régimen de la propiedad horizontal simple o compleja». Por tanto, los acuerdos que limiten o prohíban las actividades que los propietarios pueden realizar en los elementos privativos pueden ser adoptados por el régimen del voto favorable de las cuatro quintas partes de los propietarios.

En el acta de la reunión deben constar, entre otros datos, los acuerdos susceptibles de formación sucesiva [art. 553-27.2.f) CCCat]. A este respecto, es preciso señalar que el Código civil de Cataluña establece que se entienden adoptados los acuerdos que requieran del voto favorable de las cuatro quintas partes, cuando han votado favorablemente la mayoría simple de los propietarios y de las cuotas participantes en la votación y, en el plazo de un mes desde la notificación del acuerdo, se alcanza la mayoría cualificada contando como voto favorable la posición de los propietarios ausentes que, en el mencionado, no se han opuesto al acuerdo mediante un escrito enviado a la secretaría por cualquier medio fehaciente [art. 553-26.3.b) CCCat].

Una vez transcurrido el plazo de un mes, la norma establece que debe enviarse a todos los propietarios un anexo al acta en el que se indique si los acuerdos susceptibles de formación sucesiva han devenido efectivos o no. Además, debe hacerse constar el resultado final de la votación (art. 553-27.5 CCCat).

En la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 13 de septiembre de 2018, el acuerdo adoptado por la comunidad tenía por objetivo prohibir que en todos los locales y pisos del inmueble se pueda ejercer la actividad de arrendamientos turísticos y figuras a fines. Por tanto, al tratarse de un acuerdo que no afectaba exclusivamente a un local o piso en concreto sino a la generalidad de los locales y pisos de la comunidad no era preciso el consentimiento expreso de la demandante. Ahora bien, cuestión distinta es que dicho acuerdo pudiera afectarle a la demandante debido al principio de irretroactividad de las normas restrictivas de derechos, aspecto que se abordará en el siguiente apartado.

c) La irretroactividad de la norma

El Código civil de Cataluña establece que las normas de los estatutos que no estén inscritas en el Registro de la Propiedad no perjudican a terceros de buena fe (art. 553-11.4 CCCat). A este respecto, es oportuno señalar que el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en la sentencia de 19 de mayo de 2016 afirmó que los acuerdos restrictivos de un uso antes no prohibido no pueden ser opuestos a quienes adquirieron sus elementos privativos sin esa limitación, por vulnerar tanto el artículo 553-11.3 del Código civil de Cataluña y el principio de seguridad jurídica establecido en el artículo 9.3 de la Constitución Española.

Recientemente, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en la sentencia de 13 de septiembre de 2018, alude a la mencionada sentencia de 19 de mayo de 2016 y afirma que el acuerdo de modificación de los estatutos una vez inscrito, es eficaz y oponible a los propietarios actuales que no se opusieron al acuerdo

y, por tanto, no tiene efectos retroactivos y no afecta al propietario que lo era en el momento de la adaptación del acuerdo y se opuso al mismo. Ahora bien, una vez inscrito en el Registro de la Propiedad es oponible a los futuros terceros adquirentes. Es importante señalar que, en esta línea, el tribunal añade que incluso el acuerdo pudiera ser oponible en el momento en que se produjese el cese de la actividad posteriormente prohibida.

Más recientemente, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en la sentencia de 24 de enero de 2019 confirma la jurisprudencia citada y comentada anteriormente, y, señala que la autorización administrativa para el inicio o la continuación de la actividad no constituye ningún tipo de derecho real que siga la vivienda en su transmisión, sino que es la limitación específica de unos determinados usos debidamente inscrita en el Registro la que tiene alcance real, inherente a la propiedad que se adquiere y que excluye otros usos posibles.

Así las cosas, por un lado, la comunidad de propietarios no puede limitar el uso de los elementos privativos y pretender que dicha limitación afecte a los propietarios que se oponen al acuerdo y que en el momento de adquirir dicho bien, en el Registro de la Propiedad no figuraban en las normas de la comunidad cláusulas que limitaban el uso. Ahora bien, por otro lado, tampoco es admisible que la oposición y voto contrario de un propietario a la adopción de un acuerdo que limite el uso de los elementos privativos pueda extenderse a terceros futuros adquirentes, ya que una vez inscrita en el Registro de la Propiedad la modificación de los estatutos, las limitaciones podrán ser opuestas a terceros en tanto que los futuros adquirentes no podrán alegar desconocimiento y en consecuencia los elementos privativos se verán afectados por las cláusulas de los estatutos que limiten o prohíban un determinado uso[25].

## IV. CONCLUSIONES

I. El derecho de propiedad privada como derecho reconocido constitucionalmente garantiza a los propietarios poder usar, disfrutar o disponer de ellos. Ahora bien, los propietarios de locales y pisos en régimen de propiedad horizontal pueden verse afectados por cláusulas prohibitivas o limitadoras de determinadas actividades que se contemplen en los estatutos comunitarios. Estas cláusulas deben estar establecidas en atención al interés general de la misma comunidad.

II. La necesidad de que las comunidades de propietarios cuenten con mecanismos para limitar la actividad de explotación turística se explica por el considerable aumento del destino de viviendas en régimen de propiedad horizontal al alquiler vacacional, actividad que ha repercutido negativamente en la convivencia.

III. El régimen vigente antes de la modificación operada por el Real Decreto Ley 7/2019 hacía prácticamente imposible la adopción de acuerdos que limitaran o prohibieran el uso de los elementos privativos. El requisito de la unanimidad para la adopción de este tipo de acuerdos daba lugar a que los propietarios interesados en poder desarrollar este tipo de actividad al oponerse impidieran que prosperara cualquier tipo de acuerdo que se quisiera tomar en esa línea.

IV. La modificación operada por el Real Decreto Ley 7/2019 respecto de la mayoría cualificada necesaria para que las comunidades de propietarios puedan limitar o condicionar el ejercicio de la actividad, ya se contemplaba en el Código civil catalán. Sobre esta cuestión, el artículo 553-11.2.e) establece que son válidas, entre otras, las cláusulas estatutarias que limitan las actividades que pueden realizarse en los elementos privativos y se exige para la adopción de estas

cláusulas el voto favorable de las cuatro quintas partes de los propietarios, que deben representar las cuatro quintas partes de las cuotas de participación. La jurisprudencia del Tribunal Justicia de Cataluña ha entendido que son válidos los acuerdos adoptados por la comunidad que modifican los estatutos para prohibir el uso turístico y otros análogos en todos los elementos privativos del inmueble, cuando estos acuerdos son adoptados con las mayorías exigidas por la ley.

V. Conforme al nuevo apartado 12 del artículo 17 de la Ley de Propiedad Horizontal introducido por el Real Decreto Ley 7/2019 establece que podrán adoptarse con el voto favorable de las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación, acuerdos que limiten o condicionen el uso turístico de las viviendas en régimen de propiedad horizontal. Este régimen de mayorías hace que sea más viable la adopción de acuerdos de esta naturaleza.

VI. Si bien los cambios introducidos por el Real Decreto Ley 7/2019 conducen a una regulación de forma análoga como ya se regulaba en el Código civil de Cataluña, hubiera sido deseable una precisión en algunos aspectos, por ejemplo, indicar de forma expresa si los acuerdos además de limitar y condicionar también pueden prohibir la actividad de explotación turística.

VII. La comunidad de propietarios no puede limitar el uso de los elementos privativos y pretender que dicha limitación afecte a los propietarios que se oponen a la adopción del acuerdo y que en el momento de adquirir dicho bien en el Registro de la Propiedad no figuraban en las normas de la comunidad cláusulas que limitaban el uso. Ahora bien, los acuerdos que limiten el uso de los elementos privativos podrán ser opuestos a terceros futuros adquirentes una vez inscrita en el Registro de la Propiedad la modificación de los estatutos, ya que estos no podrán alegar desconocimiento.

## V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

### Sentencias del Tribunal Constitucional

- STC de 21 de octubre de 1993.
- STC de 8 de marzo de 1999.

### Sentencias del Tribunal Supremo

- STS de 6 de febrero de 1989.
- STS de 7 de febrero de 1989.
- STS de 24 de julio de 1992.
- STS de 21 de abril de 1997.
- STS de 29 de febrero de 2000.
- STS de 22 de octubre de 2002.
- STS de 23 de febrero de 2006.
- STS de 20 de octubre de 2008.
- STS de 30 de diciembre de 2010.
- STS de 24 de octubre de 2011.
- STS de 3 de diciembre de 2014.
- STS de 1 de febrero de 2017.
- STS de 15 de junio de 2018.

Sentencias del Tribunal Superior de Justicia

- STSJ Cataluña de 3 de junio de 2011.
- STSJ Cataluña de 20 de febrero de 2012.
- STSJ Cataluña de 22 de julio de 2013.
- STSJ Cataluña de 20 de julio de 2015.
- STSJ Cataluña de 19 de mayo de 2016.
- STSJ Cataluña de 29 de mayo de 2016.
- STSJ Cataluña de 13 de septiembre de 2018.
- STSJ Cataluña de 24 de enero de 2019.

Sentencias de la Audiencia Provincial

- AP Barcelona de 21 de septiembre de 2018.

## V. BIBLIOGRAFÍA

BRAVO CHEW, L. (2019). La economía colaborativa en alojamientos y su consideración como un modelo de negocio innovador: un estado de la cuestión. En: M. Figuerola Palomo y C. Martín-Duque (coords.), *Modelos de gestión e innovación en turismo.* Cizur Menor: Aranzadi.

COBOS, S., MALLO, M., y SILVESTRE, X. (2019). Capítulo 1. Aspectos administrativos de las viviendas de uso turístico. Régimen jurídico, ordenación urbanística y procedimientos de intervención. Referencia a su regulación en las diferentes comunidades autónomas. En: A. Fuentes-Lojo Rius y A. Fuentes-Lojo Lastres (dirs.), *Viviendas de uso turístico y nuevas medidas en materia de alquiler residencial. Especial consideración al RD-Ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler.* Madrid: Bosch.

DESDENTADO DAROCA, E. (2019). Aspectos jurídico-administrativos de las viviendas de uso turísticos. En: M. Lucas Durán (dir.), *Las viviendas de uso turístico y su regulación jurídica. Un enfoque multidisciplinar.* Cizur Menor: Aranzadi.

DÍAZ VALES, F. (2019). Aspectos jurídico-civiles de las viviendas de uso turísticos. En: M. Lucas Durán (dir.), *Las viviendas de uso turístico y su regulación jurídica. Un enfoque multidisciplinar.* Cizur Menor: Aranzadi.

FUENTES-LOJO RIUS, A., y FUENTES-LOJO LASTRES, A. (2019). Capítulo 3. Aspectos civiles. En: A. Fuentes-Lojo Rius y A. Fuentes-Lojo Lastres (dirs.), *Viviendas de uso turístico y nuevas medidas en materia de alquiler residencial. Especial consideración al RD-ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler.* Madrid: Bosch.

GARCÍA SAURA, P. J. (2019). *Viviendas de uso turístico y plataformas colaborativas en España. Aproximación al régimen jurídico.* Madrid: Dykinson.

GOMÁ LANZÓN, F. (2019). Limitación del uso turístico de las viviendas en el RDLey 21/2018 de 14 de diciembre, Blog *Hay Derecho* [En línea], disponible en https://hayderecho.expansion.com/2019/01/22/limitacion-del-uso-turistico-de-las-viviendas-en-el-rdley-21-2018-de-14-de-diciembre/

GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. (2018). El alquiler vacacional como actividad molesta en la Comunidad de propietarios. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 765.

## NOTAS

[1] BRAVO CHEW, L. (2019). La economía colaborativa en alojamientos y su consideración como un modelo de negocio innovador: un estado de la cuestión. En: M Figuerola Palomo y C Martín-Duque (coords.), *Modelos de gestión e innovación en turismo*. Cizur Menor: Aranzadi, 309-332; GARCÍA SAURA, P.J. (2019). Viviendas de uso turístico y plataformas colaborativas en España. Aproximación al régimen jurídico. Madrid: Dykinson, 29 y sigs.

[2] COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA (2018). Estudio sobre las viviendas de uso turístico en España, Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, 19 de julio de 2018. [En línea], disponible en https://www.cnmc.es/sites/default/files/2133063_2.pdf

[3] Sobre los aspectos positivos y negativos de las viviendas de uso turístico y el papel de la regulación administrativa, v. DESDENTADO DAROCA, E. (2019). Aspectos jurídico-administrativos de las viviendas de uso turísticos. En: M Lucas Durán (dir.), *Las viviendas de uso turístico y su regulación jurídica. Un enfoque multidisciplinar*. Cizur Menor: Aranzadi, 42-44.

[4] En esta línea DÍAZ VALES, F. (2019). Aspectos jurídico-civiles de las viviendas de uso turísticos. En: M Lucas Durán (dir.), *Las viviendas de uso turístico y su regulación jurídica. Un enfoque multidisciplinar*. Cizur Menor: Aranzadi, 156 y sigs.

[5] COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA (2019). Estudio sobre las viviendas de uso turístico en España, Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, 19 de julio de 2018. [En línea], disponible en https://www.cnmc.es/sites/default/files/2133063_2.pdf

[6] EXCELTUR (2015). Alojamiento turístico en viviendas de alquiler: impactos y retos asociados, 24 de junio de 2015. [En línea], disponible en https://www.exceltur.org/wp-content/uploads/2015/06/Alojamiento-tur%C3%ADstico-en-viviendas-de-alquiler-Impactos-y-retos-asociados.-Informe-completo.-Exceltur.pdf

[7] Sobre la valoración de las viviendas de uso turístico como actividad molesta, v. GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. (2018). El alquiler vacacional como actividad molesta en la Comunidad de propietarios. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 765, 496-512.

[8] Para un estudio a este respecto, v. GARCÍA SAURA, P. J. (2019). *Viviendas de uso turístico y plataformas colaborativas en España. Aproximación al régimen jurídico,* 53 y sigs.

[9] Para un estudio de las diferentes normas autonómicas, v. DÍAZ VALES, F. (2019). Aspectos jurídico-civiles de las viviendas de uso turísticos, *op. cit*., 108-131; COBOS, S., MALLO, M., y SILVESTRE, X. (2019). Capítulo 1. Aspectos administrativos de las viviendas de uso turístico. Régimen jurídico, ordenación urbanística y procedimientos de intervención. Referencia a su regulación en las diferentes comunidades autónomas. En: A Fuentes-Lojo Rius y A Fuentes-Lojo Lastres (dirs.), *Viviendas de uso turístico y nuevas medidas en materia de alquiler residencial. Especial consideración al RD-Ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler*. Madrid: Bosch, 98-172.

[10] Los argumentos que se exponen en la sentencia de segunda instancia y en la que se decide la validez del acuerdo por haber sido adoptado por las mayorías precisas y su afectación a la parte actora son los siguientes:

[a)] La parte actora cuando compra el piso en el año 2010 no lo hace con la intención de destinarlo al alquiler turístico o vacacional.

[b)] Cuando los asistentes a la Junta ordinaria del 3 de marzo de 2014 ya manifiestan su oposición al uso turístico del piso, la actora aún no disponía del permiso del Ayuntamiento ni tampoco había acreditado que haya cumplido ya con los requisitos de la Generalitat de Cataluña. Si bien la demandante obtiene la autorización al día siguiente, es decir, el 4 de marzo, y, por tanto, antes de que la comunidad de propietarios modifique en forma los Estatutos en la Junta extraordinaria del día 24 de marzo, lo cierto es que la actora antes de obtener la autorización ya sabe que la comunidad de propietarios está en contra, aunque el acuerdo de modificación de los estatutos prohibiendo la actividad no haya sido posible adoptarlo todavía en forma.

[c)] El artículo 553-11.3 del Código civil de Cataluña establece que las normas de los estatutos son oponibles a terceros desde que se inscriben en el Registro de la Propiedad, pero dicho precepto se considera no aplicable en este caso porque cuando la comunidad

de propietarios adopta el acuerdo en el año 2014, la actora hace más de tres años que ha dejado de ser una tercera respecto de la comunidad de propietarios y es miembro desde que compró el piso en el año 2010.

[d)] La interpretación que la parte actora efectúa del artículo 553-25.4 del Código civil de Cataluña supondría en la práctica dejarlo casi sin efecto.

[e)] La validez del acuerdo impugnado no implica que este tenga efectos retroactivos, sino que estos se extienden hacia delante en el tiempo.

[11] V., con carácter general sobre los estatutos y, concretamente, sobre las prohibiciones estatutarias de uso turístico en los edificios en propiedad horizontal FUENTES-LOJO RIUS, A., y FUENTES-LOJO LASTRES, A. (2019). Capítulo 3. Aspectos civiles. En: A Fuentes-Lojo Rius y A Fuentes-Lojo Lastres (dirs.), *Viviendas de uso turístico y nuevas medidas en materia de alquiler residencial. Especial consideración al RD-Ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler*. Madrid: Bosch, 373 y sigs.; GARCÍA SAURA, P.J. (2019). Viviendas de uso turístico y plataformas colaborativas en España. Aproximación al régimen jurídico, *op. cit.,* 70 y sigs.

[12] A estas sentencias se remite el Tribunal Supero de Justicia de Cataluña en su sentencia de 13 de septiembre de 2018.

[13] Respecto de la inscripción de los Estatutos en el Registro de la Propiedad, DÍEZ VALES pone de manifiesto la importancia de la inscripción respecto de la afectación a terceros. En este sentido, el mencionado autor señala que si bien la inscripción de los estatutos no es constitutiva, ni tiene carácter obligatorio, la falta de aquella no afecta a la validez de los Estatutos. Ahora bien, la prohibición no inscrita vinculará a terceros, señaladamente a los futuros adquirentes de pisos y locales, siempre y cuando, a pesar de la falta de inscripción, en el momento de la adquisición hubieran podido conocer la existencia de los mismos por otras vías, a modo de ejemplo, se señala el supuesto de inclusión de los Estatutos en la escritura de compraventa. Se entiende que en estos casos no cabría la posibilidad de consideración de terceros de buena fe. V. DÍAZ VALES, F. (2019). Aspectos jurídico-civiles de las viviendas de uso turísticos, *op. cit*., 158 y 159.

[14] GOMÁ LANZÓN señala que cuando el legislador ha querido introducir la posibilidad de prohibir algo, lo ha hecho expresamente, a modo de ejemplo, hace referencia al artículo 42.2.g) de la Ley de prevención del blanqueo de capitales, en cuyo precepto se prevé la posibilidad de «Prohibir, limitar o condicionar…». V. GOMÁ LANZÓN, F. (2019). Limitación del uso turístico de las viviendas en el RDLey 21/2018 de 14 de diciembre, Blog *Hay Derecho* [En línea], disponible en https://hayderecho.expansion.com/2019/01/22/limitacion-del-uso-turistico-de-las-viviendas-en-el-rdley-21-2018-de-14-de-diciembre/

[15] V. DÍAZ VALES, F. (2019). Aspectos jurídico-civiles de las viviendas de uso turísticos, *op. cit*., 161.

[16] Esta postura es reiterada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, entre otras, en las sentencias de 20 de febrero de 2012 y 3 de junio de 2011. A estas sentencias alude la sentencia de 13 de septiembre de 2018 afirmando que «la mera descripción inicial que los propietarios originales de toda la finca hiciesen de los diferentes departamentos en la escritura de división horizontal, no obliga al posterior propietario del elemento privativo, ya que al presumirse libre la propiedad, de conformidad con el artículo 541-1.1 CCCat, puede cambiarse después el destino de la finca, si no contraviene alguna disposición legal o contractual».

[17] En esta línea, FUENTES-LOJO RIUS y FUENTES-LOJO LASTRES afirman que el derecho de veto del propietario disidente representaba «una vulneración del principio jurídico de la primacía del interés comunitario sobre el individual del propietario». V. FUENTES-LOJO RIUS, A., y FUENTES-LOJO LASTRES, A. (2019). Capítulo 3. Aspectos civiles. En: A Fuentes-Lojo Rius y A Fuentes-Lojo Lastres (dirs.), *Viviendas de uso turístico y nuevas medidas en materia de alquiler residencial. Especial consideración al RD-Ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler*. Madrid: Bosch, 373 y sigs.

[18] FUENTES-LOJO RIUS, A., y FUENTES-LOJO LASTRES, A. (2019). Capítulo 3. Aspectos civiles, *op. cit*., 374.

[19] El Real Decreto Ley 21/2018, de 14 de diciembre, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler, en el artículo segundo sobre Medidas de reforma del régimen de

propiedad horizontal se contemplaba el nuevo apartado 12 del artículo 17 de la Ley de Propiedad Horizontal, y lo hacía en los mismos términos que lo ha hecho el Real Decreto Ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler. A saber: «El acuerdo por el que se limite o condicione el ejercicio de la actividad a que se refiere la letra e) del artículo 5 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, en los términos establecidos en la normativa sectorial turística, suponga o no modificación del título constitutivo o de los estatutos, requerirá el voto favorable de las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación. Asimismo, esta misma mayoría se requerirá para el acuerdo por el que se establezcan cuotas especiales de gastos o un incremento en la participación de los gastos comunes de la vivienda donde se realice dicha actividad, siempre que estas modificaciones no supongan un incremento superior al 20%. Estos acuerdos no tendrán efectos retroactivos».

[20] FUENTES-LOJO RIUS, A. y FUENTES-LOJO LASTRES, A. (2019). Capítulo 3. Aspectos civiles, *op. cit*., 377.

[21] DÍAZ VALES, F. (2019). Aspectos jurídico-civiles de las viviendas de uso turísticos. En: M Lucas Durán (dir.), *Las viviendas de uso turístico y su regulación jurídica. Un enfoque multidisciplinar*. Cizur Menor: Aranzadi, 161.

[22] FUENTES-LOJO RIUS, A. y FUENTES-LOJO LASTRES, A. (2019). Capítulo 3. Aspectos civiles, *op. cit*., 383.

[23] DÍAZ VALES, F. (2019). Aspectos jurídico-civiles de las viviendas de uso turísticos, *op. cit*., 161.

[24] En la misma línea, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 21 de septiembre de 2018 en la que se afirma que «si bien en el texto anterior se exigía el consentimiento expreso de los propietarios para autorizar un acuerdo que disminuyera sus facultades de uso y disfrute, sin distinguir entre elementos comunes o privativos, el actual texto limita esta exigencia a los casos de cambios que afecten únicamente al uso de elementos comunes. A pesar de ello, la jurisprudencia había venido entendiendo (por todas, la STSJC de 19 de mayo de 2016) que esta exigencia de consentimiento expreso no debía establecerse para los casos de acuerdos comunitarios de carácter general, sino solo en los dirigidos a un elemento concreto, puesto que interpretarlo de otro modo, es decir, imponiendo esta exigencia «dejaría vacía de contenido la posibilidad de modificar los Estatutos con el régimen de los 4/5».

[25] El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en la sentencia de 13 de septiembre de 2018 recuerda que, tras la sentencia de 19 de mayo de 2016 y la modificación legal operada por la Ley 5/2015, conforme a la cual el consentimiento expreso de los afectados solo es exigible cuando los acuerdos priven a cualquier propietario de las facultades de uso y disfrute de los elementos comunes, la DGDEJ ha modificado su criterio (R. de 6 de febrero de 2017, DOGC de 14 de febrero) en el sentido de que si bien la limitación del uso aprobada con el voto favorable de más del 80% es inscribible, sobre la base del principio general de irretroactividad de las normas restrictivas de derechos, el acuerdo no afectará al propietario actual que no haya prestado su consentimiento aunque sí a los futuros adquirentes de su elemento privativo, pues cuando lo adquieran la norma ya constará inscrita.

# El nuevo derecho civil foral sucesorio: la codificación navarra, aragonesa y gallega y la ineficacia *ope legis* de disposiciones testamentarias hechas en favor de la *ex* pareja, sea matrimonial o de hecho y se haya producido disolución del vínculo o la separación sea fáctica*

## *Lack of competence of the property registrar and notary for the declaration of inefficiency of legacy: the false cause as motive and the analogical application of the 767 in the ordinary law*

por

M.ª FERNANDA MORETÓN SANZ

*Profesora titular de Derecho civil. Coordinadora Programa de Doctorado en Derecho y Ciencias Sociales. UNED*

*RESUMEN*: La nueva codificación foral, ha renovado buena parte de sus instituciones y, en particular, ha actualizado a la vigente realidad social alguna de las previsiones normativas en materia testamentaria. En estas líneas, contrastaremos tres de los posibles nuevos Código forales, específicamente, el navarro del año 2019, el gallego de 2016 y el aragonés de 2011, omitiendo dado el espacio, otras que como la catalana resultan de especial interés. Como decimos, contrastaremos las expresas previsiones normativas en materia de ineficacia de disposiciones testamentarias por razón de quiebra o ruptura de la pareja, frente a la necesaria apelación que hace el Derecho común a la causa falsa y al artículo 767 del Código civil común.

*ABSTRACT: The new Foral Codification has renewed part of institutions and, has of the normative provisions in will to the social reality. In this research, we contrast three of the possible new Foral Code, specifically, Navarra of 2019, Gallego of 2016 and the Aragon of 2011, omitting for reasons of space, others that such*

* 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.

*as the Catalan are of special interest. The disappearance of the decisive reason of a probate disposition its inefficacy. It is appreciated this way given the normative improvidence on the consequences of the modifications happened to the moment of the death of the testator. The will of the testator would have been of having been produced the separation or later divorce. The article 767 of the civil Code, has for object the treatment of the error in the will, with expressed allegation to the heir's false cause or of the legatees*.

PALABRAS CLAVE: Ineficacia de legado. Testamento. Derecho foral navarro, gallego y aragonés.

*KEY WORDS: Inefficiency of legacy. Will of the testator. Civil law of Navarra, Galicia and Aragón.*

*SUMARIO:* I. EL ARTÍCULO 201 DE LA COMPILACIÓN DE DERECHO CIVIL FORAL DE NAVARRA: LEY FORAL 21/2019, DE 4 DE ABRIL, DE MODIFICACIÓN Y ACTUALIZACIÓN DE LA COMPILACIÓN DEL DERECHO CIVIL FORAL DE NAVARRA O FUERO NUEVO: 1. La renovación en el testamento de hermandad: el reconocimiento de la disolución del vínculo matrimonial como causa de ineficia. 2. El texto de la Ley 201, según la Compilación de 1973 y la jurisprudencia: la diferencia entre un testamento de hermandad y un pacto sucesorio incluido en unas capitulaciones matrimoniales, a través de las cuales dieron respuesta, en el ejercicio de su libertad, a una situación conyugal que no tenía en la España de la época una solución legal adecuada. Alcance probatorio de la intervención notarial en el acuerdo.—II. EL ARTÍCULO 208 DE LA LEY 2/2006, DE 14 DE JUNIO, DE DERECHO CIVIL DE GALICIA SOBRE DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS ESPECIALES: 1. Casación foral gallega y la sentencia del Tribunal Superior de Justicia, Sala de lo Civil y Penal, de 23 de mayo de 2019: sobre la ineficacia de las disposiciones testamentarias y la interpretación *ope legis* en los supuestos de ruptura de convivencia de la pareja posterior a la deposición sucesoria. 2. La sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 4.ª) 266/2016, de 15 de julio: ausencia de legitimación activa de la esposa que había interpuesto demanda de divorcio un día antes del fallecimiento del causante. 3. Los requisitos judiciales para la aplicación del artículo 208 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia: ruptura del *corpus* y del *animus*. 4. La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 9 de marzo de 2017: Recapitulación legislativa foral y común.—III. EL ARTÍCULO 438 DEL DECRETO LEGISLATIVO 1/2011, DE 22 DE MARZO, DEL GOBIERNO DE ARAGÓN: INEFICACIA DE LAS DISPOSICIONES CORRESPECTIVAS EN LOS SUPUESTOS DE DISOLUCIÓN DEL VÍNCULO MATRIMONIAL O SEPARACIÓN.—IV. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO Y EL INTERÉS CASACIONAL: 1. La STS, de 26 de febrero de 2003 y el criterio subjetivista. 2. La STS, de 28 septiembre de 2018: ineficacia de una disposición testamentaria si en el momento del fallecimiento del testador se ha producido un cambio de circunstancias que da lugar a la desaparición del motivo determinante del legado testamentario. 3. La STS de 26 de septiembre de 2018: ineficacia del legado en favor de quien era pareja de hecho del testador cuando otorgó dichas disposiciones, si bien ya no lo eran al fallecimiento del causante. —V. CONCLUSIONES.—VI. BIBLIOGRAFÍA.—VII. RESOLUCIONES CITADAS.

## I. EL ARTÍCULO 201 DE LA COMPILACIÓN DE DERECHO CIVIL FORAL DE NAVARRA: LEY FORAL 21/2019, DE 4 DE ABRIL, DE MODIFICACIÓN Y ACTUALIZACIÓN DE LA COMPILACIÓN DEL DERECHO CIVIL FORAL DE NAVARRA O FUERO NUEVO

### 1. La renovación en el testamento de hermandad: el reconocimiento de la disolución del vínculo matrimonial como causa de ineficacia

En este trabajo y por razones de extensión, hemos acotado la normativa objeto de análisis, sin que esta elección territorial, empañe la validez y acierto de las que ahora no podemos estudiar.

De modo que de forma inmediata hemos de adentrarnos en la normativa elegida. En este extremo, advierte el Preámbulo de la Nueva Compilación sobre el testamento de hermandad que «ha sido objeto de una profunda reflexión en relación con su ineficacia y a su revocación. En cuanto a la primera, se han recogido causas específicas basadas en la ruptura para supuestos de otorgamiento por cónyuges o por miembros de la pareja estable y extendiendo la ineficacia a todas sus disposiciones para mayor seguridad jurídica en sintonía con lo ya propugnado por la doctrina. A su vez, se han distinguido las causas entre matrimonio y parejas, exigiendo en cualquier caso la constancia fehaciente para mayor seguridad y contemplándose los supuestos hasta ahora dudosos de personas que lo otorgan antes de casarse y de convivientes estables que posteriormente contraen matrimonio. Se ha contemplado también específicamente el supuesto de que alguno de los cotestadores devenga incapaz para testar declarando, por un lado, su irrevocabilidad, sin perjuicio de que el propio testamento establezca otra previsión, e induciendo, con ello, a que los testadores en hermandad contemplen expresamente tal situación de forma tan habitual a como tiene lugar para el caso de fallecimiento; y posibilitando, por otro lado, la revocación de aquellas disposiciones no correspectivas o realizadas en favor de personas que no puedan suceder».

La actual Ley 200, declara:

*Ineficacia*. El testamento de hermandad devendrá ineficaz en todas sus disposiciones en los supuestos siguientes:

1. Cuando hubiera sido otorgado por cónyuges, incluso con anterioridad a contraer matrimonio constituyendo o no pareja estable, por la separación legal, divorcio o nulidad de este. La mera interposición de la demanda judicial producirá la ineficacia salvo posterior reconciliación.

2. Cuando hubiera sido otorgado por dos personas constituidas en pareja estable, incluso con anterioridad a su constitución, por la extinción de esta en vida de sus miembros que conste de modo fehaciente y siempre que sea por causa distinta al posterior matrimonio entre ambos, supuesto en el que, en su caso, tendría lugar la aplicación de lo dispuesto en el apartado anterior[1].

### 2. El texto de la Ley 201, según la Compilación de 1973 y la jurisprudencia: la diferencia entre un testamento de hermandad y un pacto sucesorio incluido en unas capitulaciones matrimoniales, a través de las cuales dieron respuesta, en el ejercicio de su libertad, a una situación conyugal que no tenía en la España de la época una solución legal adecuada. Alcance probatorio de la intervención notarial en el acuerdo

Apréciese que, en este punto, la precedente Ley 1/1973 de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, dictaba:

Ley 201 Ineficacia.

a) En vida de todos los otorgantes. —En vida de todos los otorgantes, el testamento de hermandad podrá revocarse:

Uno. Por todos ellos conjuntamente.

Dos. Por cualquiera de ellos separadamente; en este caso, la revocación no surtirá efecto hasta que constare el conocimiento de todos los demás en forma fehaciente. Cuando fuere ignorado el paradero de la persona a quien haya de comunicarse la revocación, podrá hacerse la notificación por edictos, justificándose previamente esa situación mediante acta notarial de notoriedad o información «*ad perpetuam memoriam*»; los edictos deberán publicarse en el «Boletín Oficial del Estado», en el de la provincia y en un periódico de mayor circulación del último domicilio conocido.

En cualquier caso, la revocación dejará sin efecto la totalidad de las disposiciones contenidas en el testamento, salvo que en este se hubiere previsto otra cosa.

Lo dispuesto en esta ley se aplicará, aunque cualquiera de los otorgantes, o todos ellos, hubieren perdido la condición foral[2].

De modo que, pese a la sustancial alteración del texto, lo cierto es que ya era más que consolidada jurisprudencia en casación foral en lo que a nosotros en este punto afecta. De ahí que resulte de plena vigencia la sentencia del Tribunal Superior de Justicia, Sala de lo Civil y Penal, de 19 de mayo de 2011, como precedente explicativo de la posterior modificación del contenido material de la ineficacia —en ese momento previsto como causa de dicha ineficacia la revocación— del testamento de hermandad.

Por sus cualidades expositivas en cuanto a la libertad de estipulación de pactos sucesorios y la diferencia con el testamento de hermandad, también vamos a transcribir la parte esencial de la resolución, resultando adicionalmente precursora del tenor literal del nuevo precepto, toda vez que este último resuelve situaciones no previstas por el legislador del año 1973.

«CUARTO. — Los pactos sucesorios y los testamentos de hermandad en el derecho navarro. A.— Exposición del problema. Alguna precisión sobre la prueba pericial: intervención de los notarios en el proceso. Como hemos reseñado la institución de herederos controvertida forma parte de un acuerdo entre los progenitores de ellos, firmado en el año 1972. En él los instituyentes declaran, expositivo III «que, habiendo surgido desavenencias en dicha sociedad conyugal, desde hace tiempo han suspendido la vida en común, viviendo separados en distintos domicilios», añadiendo en el siguiente que «deseando regularizar de un modo fehaciente la situación de separación de hecho en que actualmente se hallan, fijando el régimen económico sucesorio de su matrimonio, formalizan la presente conforme a las siguientes estipulaciones». Acorde con ello, los estipulantes pactaron como régimen económico de su matrimonio el de separación absoluta de bienes, renunciando el marido al ejercicio de licencia marital que entonces le correspondía, haciéndolo en los términos más amplios, pudiendo en consecuencia su esposa realizar todo tipo de actos de administración y disposición respecto de sus bienes. También renunciaron al derecho de usufructo universal que legalmente le correspondía al fallecimiento de uno de ellos, así como a su participación en los bienes gananciales que pudiera corresponderles al liquidar dicha sociedad conyugal, por el tiempo en que rigió entre ellos el régimen de conquistas. El Sr. Nicanor se comprometió a abonar una pensión alimenticia para el sostenimiento y educación de sus hijos. Y finalmente, como colofón a tales pactos se acordó instituir herederos por partes iguales a sus cinco hijos, cláusula sexta a la que venimos haciendo reiterada alusión. De lo expuesto sur-

ge de forma diáfana una primera conclusión, cual es la de que *los otorgantes desearon establecer unos pactos que tuvieran eficacia inmediata, lo cual resulta entendible en un contexto de ruptura conyugal. Téngase en cuenta además que dicho pacto se firmó en el año 1972*, cuando en España ni era posible el divorcio ni la posición de los esposos era igual ante la ley. En varios pasajes del recurso se alude a lo que es frecuente o usual al otorgar un testamento de hermandad, poniéndose también en cuestión que el acuerdo aludido líneas atrás constituya realmente un supuesto de capitulaciones matrimoniales. Antes de entrar en el análisis de tales argumentos, queremos hacer unas aclaraciones sobre un tema que ha surgido a lo largo de la litis, cual es el de la intervención del notario en el proceso, intervención calificada incluso en algún pasaje de la sentencia dictada en la primera instancia como pericial. El artículo 325 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece el concepto de prueba pericial en los siguientes términos «Cuando sean necesarios conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto o adquirir certeza sobre ellos, las partes podrán aportar al proceso el dictamen de peritos que posean los conocimientos correspondientes o solicitar, en los casos previstos en esta Ley, que se emita dictamen por perito designado por el tribunal». Su finalidad la constituye, por tanto, que el juzgador pueda tener los criterios necesarios para la apreciación de la prueba, al versar sobre aspectos que desconoce. Pero hay algo que el juez no puede desconocer, el Derecho y la ley; y por ello tales cuestiones no pueden ser objeto de prueba pericial, porque la consecuencia sería una vulneración del mandato constitucional que residencia en el poder judicial la labor jurisdiccional. La intervención del notario en el proceso solo puede ser en condición de testigo, y aún así con carácter excepcional, concretada a aspectos controvertidos que puedan plantearse en actuaciones de las que haya dado fe. En este sentido, las opiniones que den estos fedatarios públicos no tienen otro valor que el doctrinal, comentario que hacemos por cuanto obra en las actuaciones un informe emitido por un notario en el que expresa su parecer acerca del contenido habitual de los pactos sucesorios y de los testamentos de hermandad. A él se alude en el recurso, calificándolo como informe pericial. — *El contenido de los pactos sucesorios y de los testamentos de hermandad: el principio de libertad civil. Los pactos sucesorios son admitidos con gran amplitud en el derecho de Navarra, disponiendo la ley 172 que «por pacto sucesorio se puede establecer, modificar, extinguir o renunciar derechos de sucesión* mortis causa *de una herencia o de parte de ella, en vida del causante de esta. Cuando estos actos impliquen cesión de tales derechos a un tercero será necesario el consentimiento del causante*». Tal precepto ha de ponerse en relación con la ley 177 donde se recogen las distintas modalidades que pueden presentar. Dentro de ellas se encuentran los pactos de suceder, *pacta de succedendo*, donde se encuadran los simples llamamientos a la sucesión futura sin transmisión actual de bienes. Interesa reseñar, a los presentes efectos decisorios, que el Fuero Nuevo exige, ley 174, la documentación auténtica de tales pactos, ya que han de ser otorgados en capitulaciones matrimoniales o en otra escritura pública. El Fuero no da una definición del testamento de hermandad, limitándose a decir, ley 199, que es «el otorgado en un mismo instrumento por dos o más personas». Como se ha puesto de relieve doctrinalmente, mediante esta ley lo que se pretendió más que dar un concepto fue una proclamación de su validez como contraposición al derecho común, donde como es sabido, artículo 669 del Código civil, están prohibidos los testamentos mancomunados. Una de las formas más comunes de este testamento es la de la mutua institución de herederos entre cónyuges y con amplias facultades

en el sobreviviente para disponer de los bienes; pero ello no impide que su contenido pueda ser otro. A ello ha de añadirse que, según la mejor doctrina, el testamento de hermandad no es una clase de testamento sino un modo de ordenar conjuntamente la sucesión de dos o más personas, en un solo acto o instrumento, que puede revestir cualquiera de las formas admitidas en la Compilación, excepción hecha de la ológrafa. Como ha puesto de relieve la doctrina, *los pactos que contienen simples llamamientos a la sucesión futura se hallan muy próximos a los testamentos, especialmente a los de hermandad*. En este sentido alude la parte recurrente a la gran afinidad que existe entre los contratos de institución recíproca y los testamentos de hermandad, afirmación que, siendo inobjetable, ha de matizarse en su aplicación al caso presente, por cuanto que los intervinientes en el convenio controvertido no se instituyeron recíprocamente herederos. En cualquier caso, entre ambas figuras hay una diferencia esencial, cual es la de la irrevocabilidad de los pactos sucesorios y la revocabilidad, siquiera sea condicionada, de los testamentos de hermandad. Dado el principio de libertad civil que proclama la ley 8 de la Compilación navarra, aplicable desde luego al ámbito de las relaciones familiares y sucesorias, y los términos tan genéricos en que están concebidos legislativamente tanto los pactos sucesorios como los testamentos de hermandad, ambas instituciones pueden tener un muy amplio contenido. Por ello resulta muy difícil establecer su diferenciación en atención solamente a sus concretas disposiciones —máxime cuando, como ocurre en el caso de autos, se trata de una simple institución de heredero—, siendo, por supuesto, estériles las consideraciones que se hagan acerca de la mayor frecuencia o habitualidad de ciertas disposiciones. Además, para concluir este punto, cabe cuestionar que un testamento de hermandad otorgado por cónyuges en trance de separación sea más habitual que el llevado a cabo por quienes se instituyen recíprocamente herederos; así como que, y esto es más importante, sea frecuente insertar esta forma especial de testar dentro de unas capitulaciones matrimoniales. — *Los pactos sucesorios dentro de las capitulaciones matrimoniales. Abstracción hecha del debate acerca del contenido usual de tales formas de institución hereditaria, debate estéril como hemos indicado, lo que resulta transcendente y decisorio a los efectos de dar solución a la controversia objeto del pleito, es que la ley 80 FN dice, en su apartado quinto, que «las capitulaciones matrimoniales podrán establecer libremente cualquier régimen de bienes de la familia y ordenar: …los pactos sucesorios»*. Como ha puesto de relieve la doctrina, las capitulaciones matrimoniales han constituido, en el derecho navarro, un instrumento apto para regular no solo las relaciones patrimoniales de los cónyuges sino también para otras muy variadas cuestiones, entre ellas las sucesorias. Por ello no cabe definirlas en atención a un contenido específico, antes bien, lo contrario.

QUINTO. — Examen de los motivos sustantivos del recurso. A.— La cuestión nuclear de la litis. La cuestión nuclear del pleito estriba en determinar la naturaleza jurídica de lo pactado, el 5 de enero de 1972, por D. Nicanor y quien era entonces su esposa D.ª Carmen, progenitores ambos de los actores, hoy recurridos. En la cláusula sexta de la escritura que recogió las capitulaciones matrimoniales de aquellos, se acordó, como ya hemos visto en el previo de los fundamentos de esta resolución, la institución como herederos, por partes iguales, de sus cinco hijos. Para la parte actora lo acordado responde a la conceptuación jurídica de un pacto sucesorio, regulado en la ley 172 y siguientes del Fuero Nuevo de Navarra, mientras que, para la parte demandada, hoy recurrida, se trata de un testamento de hermandad, contemplado en la ley 199 y siguientes del mismo texto legal. La sentencia recurrida, como ya ha quedado dicho en otro

apartado de esta resolución, no se pronuncia al respecto, al entender que cualquiera sea la calificación jurídica que se haga de tal acuerdo las consecuencias a las que se llega son las mismas. La Sala no comparte tal criterio. Expondremos a continuación porqué. B.— La revocabilidad de los testamentos de hermandad. Mediante el primero de los motivos de fondo, sexto según el orden del recurso, se alega la infracción de la ley 201 del Fuero Nuevo, que alude a la revocabilidad de los testamentos de hermandad. Antes de entrar en el estudio del motivo conviene hacer, siquiera sea sucintamente, una exposición de los hechos relevantes para su resolución. Años después del otorgamiento del pacto cuya naturaleza jurídica se discute, las partes de este se divorciaron; contrayendo el Sr. Nicanor nuevo matrimonio, procediendo en el año 1988, a otorgar con su esposa testamento de hermandad. En él acordó la revocación del otorgado con su primera esposa, revocación que fue notificada a la Sra. Carmen por el notario que autorizó la escritura; el testamento en cuestión fue revocado por otro, también de hermandad, de fecha 28 de mayo de 2003. Al analizar los motivos de infracción procesal, y líneas atrás, hemos aludido al criterio de la Audiencia Provincial conforme al cual las consecuencias prácticas de que el pacto litigioso tenga una naturaleza u otra —pacto sucesorio o testamento de hermandad— son las mismas. Procede ahora ahondar en lo erróneo de tal afirmación. El razonamiento de la Audiencia cabe resumirlo del modo siguiente: si se considerase que lo pactado en el año 1972 entre el Sr. Nicanor y su primera esposa fue un testamento de hermandad, es cierto que habría sido revocado por la voluntad unilateral de aquel, debidamente notificada a la otra otorgante, posibilidad admitida por la mentada disposición del Fuero. Tal voluntad revocatoria se plasmó en el mismo instrumento que recogió el testamento de hermandad, ya citado, otorgado por el Sr. Nicanor con su segunda esposa. Ahora bien, según el parecer de la Audiencia, como quiera que este testamento fue revocado años más tarde por sus otorgantes, quienes otorgaron otro de la misma naturaleza, dicha revocación tiene un carácter absoluto, afectando a la totalidad de las disposiciones del otorgado en 1988, inclusive, y esto es lo fundamental, a la voluntad del Sr. Nicanor de revocar el testamento de hermandad otorgado con su primera esposa. Hemos de dar la razón a la parte recurrente cuando afirma que el hecho de que se recogieran en un mismo instrumento el testamento de hermandad entre el Sr. Nicanor y la Sra. Yolanda, la demandada, hoy recurrente, y la decisión de aquel de revocar lo pactado en su día con la Sra. Carmen, no priva al acto revocatorio de su sustancialidad propia y, por supuesto, totalmente independiente del testamento de hermandad otorgado coetáneamente. Por ello, la revocación posterior de este afectó a lo pactado entre ellos, pero no al acto revocatorio unilateral del Sr. Nicanor. Así las cosas, si lo pactado por él y su primera esposa en el año 1972 hubiese sido un testamento de hermandad, le asistiría la razón a la parte recurrente, ya que habiéndosele notificado fehacientemente a aquella la voluntad revocatoria del otro otorgante, aquel habría devenido ineficaz. Pero la aceptación del razonamiento no implica que estimemos el motivo, y no podemos hacerlo porque no compartimos el criterio de la parte recurrente de que el pacto litigioso sea un testamento de hermandad, habiendo llegado el momento de afirmar que se trata de un pacto sucesorio, y, en consecuencia, irrevocable unilateralmente. C.— El criterio instrumental como elemento determinante. Lo acordado por el matrimonio Nicanor-Carmen en al año 1972 *fueron unas capitulaciones matrimoniales, a través de las cuales dieron respuesta, en el ejercicio de su libertad, a una situación conyugal que desgraciadamente no tenía en la España de la época una solución legal adecuada*. No podemos, en consecuencia, compartir el criterio

del recurrente, apoyado en alguna consideración doctrinal, con arreglo al cual la calificación adecuada sería la de unas «capitulaciones de divorcio» y no la de unas capitulaciones matrimoniales, que el recurrente califica como «típicas», entendiendo por tales las otorgadas por quienes van a contraer matrimonio y no a separarse. Con arreglo a este parecer se pretende obtener la conclusión de que las capitulaciones litigiosas no pudieron ser la sede adecuada para albergar un pacto sucesorio. A dicha exposición cabe objetar, en primer término, que no se aprecia obstáculo alguno a que los cónyuges pudieran establecer pactos capitulares acordes con su situación personal; es más, tal posibilidad cabe subsumirla en la ley 80, 7) FN «Cualesquiera otras disposiciones por razón de matrimonio». Y, en segundo lugar, hemos de reiterar cuanto hemos dicho con anterioridad acerca de la irrelevancia del argumento basado en la mayor o menor frecuencia de ciertos pactos. Para decidir si lo pactado es o no subsumible en la categoría precitada habrá de estarse a si ese contenido es posible con arreglo a las previsiones legales, sin distorsionar o infringir sus principios esenciales, y, en segundo lugar, a examinar si la voluntad de las partes es acorde con la finalidad de dicho instituto legal. Sentados tales parámetros, no ofrece duda la posibilidad ya indicada de incluir en unos capítulos matrimoniales un pacto sucesorio, posibilidad corroborada por las leyes 173, 174 y 175 FN, cuyo contenido se configura en la ley 177 en términos de extraordinaria amplitud, admitiéndose también, ley 179, varias modalidades de pactos de institución. Por ello, la inclusión de un pacto sucesorio en unas capitulaciones no solo no fuerza su aptitud instrumental, sino que forma parte de su esencia. Desde otro punto de vista, complementando lo anterior, debemos resaltar que la posibilidad de incluir un testamento de hermandad en unas capitulaciones matrimoniales no solo carece de toda previsión legal, a diferencia de lo que ocurre con los pactos sucesorios, como acabamos de ver, sino que tampoco se cohonesta bien con su tipicidad legal. El carácter que el testamento de hermandad tuvo en sus orígenes —equiparable, según algunos tratadistas, a los pactos sucesorios— ha dado paso a ser un modo de ordenar la sucesión por causa de muerte, siquiera sea con la particularidad de no hacerlo un solo testador sino varios; y ello exige un instrumento específico, distinto y autónomo de cualesquiera otros pactos. —La voluntad de los instituyentes. En cualquier ámbito del derecho es siempre una cuestión de enorme dificultad la de averiguar cuál fue la voluntad de la persona al pactar o realizar u omitir alguna conducta. En relación con el caso que nos ocupa, no repugna a la razón que dada la legislación vigente en el año 1972 los cónyuges buscarán la solución más adecuada para ordenar sus relaciones personales, patrimoniales y sucesorias, en atención a su libre voluntad, y así lo hicieron. Acorde con ello, pactaron, como hemos visto, disposiciones de tales clases, que siendo heterogéneas constituyen, sin embargo, un todo armónico. No insistiremos más en la idea ya expresada de la gran similitud existente entre ambas instituciones, pudiendo añadirse a lo hasta ahora dicho que dada la gran amplitud de contenidos que puede tener la testamentifacción en mancomún y que para su existencia la Compilación no parece exigir otra cosa que la mera concurrencia de disponentes en un solo acto cabe pensar en si es exigible algún elemento identificativo de carácter volitivo que permita su diferenciación de los pactos sucesorios. La doctrina ha indagado en esta cuestión, en la necesaria búsqueda de los elementos que diferencien la ordenación contractual de la sucesión del testamento colectivo. Como ya hemos reseñado líneas atrás, probablemente la forma más común y conocida de este sea el testamento entre cónyuges, buscando estos dotar a su patrimonio de un destino común. Por ello, se ha dicho, parece necesaria la exis-

tencia de una cierta vinculación e interdependencia entre las disposiciones de los contestadores en mancomún. En tal sentido sea argumentado que lo que le distingue del contrato es que no hay dos voluntades contrapuestas sino una suma de voluntades coincidentes. No nos consta la existencia de precedentes jurisprudenciales sobre esta diferenciación, excepción hecha de la sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza, de 30 de noviembre de 1967, en la que se abunda en la idea que acaba de reseñarse: la coincidente voluntad de dotar de unidad al acto de disposición. Dispone dicha sentencia que «Que, abordado el problema de la naturaleza jurídica del testamento mancomunado desde el plano doctrinal, pero con especial referencia al Derecho positivo, al que necesariamente ha de contraerse la sentencia, el sector científico más autorizado ve en él un negocio colectivo o acto jurídico complejo constituido por dos declaraciones de voluntad, unitariamente conjuntas en el vínculo del consentimiento, que persiguen iguales intereses, se dirigen a un mismo fin y allí se funden en el asentimiento conjunto o mancomunado; de tal suerte que ambas declaraciones de voluntad se encuentran, al producirse el consentimiento, una al lado de la otra, y no una frente a la otra, como en el contrato sucede al perseguir las partes intereses opuestos o cuando menos distintos; razonamientos que conducen a proclamar que toda cuestión que afecte a la mancomunidad testamentaria implica no una forma de testar, como erróneamente se atribuye por la sentencia recurrida, sino una modalidad del consentimiento de los testadores». De todo lo expuesto cabe colegir la imposibilidad o gran dificultad de establecer criterios diferenciadores apriorísticos, de modo que la determinación de la naturaleza contractual o testamentaria de una institución ha de verificarse en atención a las particulares circunstancias concurrentes. E.— Conclusión: se trata de un pacto sucesorio dentro de unas capitulaciones matrimoniales válidas. Como resumen de todo lo expuesto, afirmamos la validez de las capitulaciones matrimoniales, puesta en entredicho en el recurso, y, en consecuencia, su aptitud para albergar, junto a otro tipo de disposiciones, un pacto sucesorio. Comoquiera, además, que no ofrece duda que los otorgantes quisieron hacer una regulación inmediata de sus relaciones personales, patrimoniales y sucesorias, esta voluntad encuentra perfecto acomodo la categoría del pacto sucesorio. En consecuencia, procede la desestimación del quinto de los motivos del recurso, a través del cual se alegaba la infracción de la ley 199, párrafo primero, del Fuero Nuevo.

SEXTO. — *La revocación del testamento de hermandad como consecuencia del divorcio de los otorgantes*. Mediante el séptimo motivo se aduce que conforme a la ley 201, si el testamento de hermandad se hubiera otorgado por marido y mujer, la sentencia posterior de divorcio produce su ineficacia. Así las cosas y comoquiera que los otorgantes del pacto litigioso se divorciaron con posterioridad a su firma, se afirma que este devino ineficaz, por lo que se reprocha a la sentencia discutida la vulneración de tal ley al no haber declarado la citada consecuencia. El motivo ha de correr la misma suerte desestimatoria que los anteriores por cuanto que ello sería así si lo pactado fuese un testamento de hermandad, pero no lo es, ya que es un pacto sucesorio, al que no resulta de aplicación la citada ley.

En suma, la actualización del Derecho foral navarro contempla las situaciones de disolución del vínculo, así como la ruptura de la pareja, circunstancias ya previamente advertidas e incluidas, a falta de previsión legal que amparase el divorcio, en el ejercicio de la autonomía de la voluntad como capitulaciones matrimoniales en previsión de la nueva situación familiar. Téngase en cuenta, que lo cierto es que aún no había sido aprobada la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modificaba la regulación del matrimonio en el Código civil y se

determinaba el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio[3].

## II. EL ARTÍCULO 208 DE LA LEY 2/2006, DE 14 DE JUNIO, DE DERECHO CIVIL DE GALICIA SOBRE DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS ESPECIALES

### 1. Casación foral gallega y la sentencia del Tribunal Superior de Justicia, Sala de lo Civil y Penal, de 23 de mayo de 2019: sobre la ineficacia de las disposiciones testamentarias y la interpretación *ope legis* en los supuestos de ruptura de convivencia de la pareja posterior a la deposición sucesoria

En apretada síntesis, baste recordar que el legislador gallego (Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia) estima que las disposiciones testamentarias en favor del cónyuge serán eficaces «en su condición de tal y en tanto en cuanto lo sea» y quedarán sin efecto si al fallecer los cónyuges se encontraran, divorciados o separados, legalmente o de hecho[4].

Así, la sentencia casacional, trae causa de las pretensiones, planteadas por la que fuera mujer, separada de hecho en el momento de fallecer el causante. Tanto en primera instancia como en apelación, son desestimadas, al haberse evacuado las disposiciones testamentarias del que fuera su cónyuge, constante matrimonio y con carácter previo a su separación de hecho. En buena lógica, tal y como aprecia el Tribunal Superior de Justicia, ventilando en el supuesto un recurso de casación civil foral, todos los argumentos resultan defectuosamente alegados añadiéndose, a mayor abundamiento, cuestiones no alegadas en la sede judicial oportuna. Por tanto, se desestiman todas sus pretensiones, siendo la cónyuge separada de hecho condenada en costas[5].

Con carácter previo, son censuradas las alegaciones sobre la infracción de normas sustantivas, en particular, el artículo 208 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia, ubicado en sede de la Sección 4.ª De las disposiciones testamentarias especiales, *Título X. De la sucesión por causa de muerte*, *Capítulo II. De los testamentos*[6].

El tenor literal de este precepto dicta lo siguiente: «Artículo 208. Salvo que del testamento resulte otra cosa, las disposiciones a favor del cónyuge no producirán efecto si al fallecer el testador estuviera declarada judicialmente la nulidad del matrimonio, decretado el divorcio o separación, o se encontraran en trámite los procedimientos dirigidos a ese fin. Tampoco producirán efecto en los casos de separación de hecho entre los cónyuges»[7].

En su virtud, en casación foral ha de indicarse, de «añadidura, y en esto reside el argumento central de la suerte desfavorable del recurso, la única norma civil gallega denunciada como infringida, por ende determinante de nuestra competencia para conocer de la casación *ex* artículos 73.1.ª LOPJ y 478 LEC, es la del artículo 208 LDCG/2006, de cuya mención como infringido se sirve la parte recurrente para introducir una cuestión ajena a la debatida en el pleito según quedó delimitada en esencia por las contendientes en los escritos rectores del proceso, demanda y contestación.

En efecto, el desarrollo argumental del motivo de casación estricta al que se reduce el alegato de la recurrente, so pretexto de la infracción del precitado precepto (en relación con el art. 675 CC), gira en torno a la necesidad de que para poder apreciar la ineficacia sobrevenida de las disposiciones testamentarias

a favor del cónyuge *ex* artículo 208 LDCG/2006 no solo se ha de acreditar la situación fáctica de separación (por lo que importa al caso enjuiciado), sino que la misma «se ha de cohonestar con la voluntad inequívoca del testador a favor de tal ineficacia al tiempo de su óbito», pero esta cuestión, como avanzamos, y como a su vez no se le escapa a la parte recurrida en su escrito de oposición al recurso, ha de calificarse como nueva a poco que se repare en que la contestación a la demanda se fundó simplemente en la existencia de una «relación de matrimonio —entre doña Penélope y don Carlos Jesús— hasta la fecha del óbito» de este último, negando, en consecuencia, que hubiese acontecido ruptura alguna, sin que en absoluto se suscitase esa controvertida cuestión en orden a la necesidad de concurrencia de la referida voluntad inequívoca. Por lo demás, nada empece a lo expuesto que la parte aquí recurrente aludiese *ex novo* en su escrito de apelación a la insuficiencia de la separación de hecho en el momento de fallecer el causante don Carlos Jesús para declarar la ineficacia de la disposición testamentaria; y en nada empece por la muy sencilla explicación de que por cuestión nueva se entiende tanto la planteada por primera vez en el recurso de casación como en la segunda instancia (en este sentido, el Acuerdo de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2017, del que además se sigue que el planteamiento de cuestiones nuevas conlleva una carencia manifiesta de fundamento del recurso *ex* artículo 483.2.4.º LEC, y, por todas, STSJG 1/2019, de 4 de enero)».

Si del anterior párrafo se deduce cuál será la suerte de las pretensiones de la recurrente, a mayores lo ratifica su Fundamento segundo: «La ineficacia sobrevenida de las disposiciones testamentarias a favor del cónyuge opera *ope legis* o por ministerio de la ley, por sí misma y por sí sola, y no precisa completarse o ratificarse con la voluntad inequívoca del causante de querer tal ineficacia al tiempo de su fallecimiento».

A renglón seguido, el Tribunal da buena cuenta de los hechos declarados probados, así «1. Lo expuesto en el Fundamento de Derecho precedente, de por sí suficiente para explicar y comprender el signo desfavorable del recurso, no impide a la Sala dejar constancia del argumentario que a fin de cuentas conduciría a su falta de éxito si hubiésemos de responder a la cuestión jurídica novedosamente introducida en casación y consistente en decidir, como sabemos, si para apreciar la ineficacia de las disposiciones a favor del cónyuge *ex* artículo 208 LDCG/2006 no solo debe acreditarse la correspondiente situación de crisis matrimonial mencionada en el precepto —en el caso enjuiciado, la separación de hecho—, sino además la voluntad inequívoca del testador de querer tal ineficacia al tiempo de su fallecimiento.

Pues bien, la respuesta que damos a dicha cuestión es negativa por completo, y así la avanzamos antes de reflejar el perfil fáctico del caso enjuiciado, que por lo que importa se caracteriza por las siguientes circunstancias, acreditadas en la instancia y no discutidas casacionalmente:

1. Don Carlos Jesús contrajo matrimonio con doña Penélope el 3 de julio de 2004.

2. El 6 de agosto de 2010 don Carlos Jesús otorgó testamento abierto notarial, en cuyas dos primeras cláusulas se hace constar que "está casado en únicas nupcias con doña Penélope (…), y no tiene descendientes" (cláusula primera), así como que, para el caso de que a su fallecimiento no deje descendientes, "instituye y nombra universal heredera a su citada esposa y la sustituye vulgarmente por su madre, doña Rosa (…)" (cláusula segunda).

3. En el año 2012 los cónyuges se separaron de hecho y don Carlos Jesús se trasladó a vivir a casa de su madre, llevándose todas sus pertenencias.

4. En el año 2013 don Carlos Jesús comenzó una relación sentimental con doña Caridad, habiendo alquilado ambos un piso con la duración de un año prorrogable. Dicha relación era conocida por todos, incluso por la familia y por doña Penélope.

5. Fracasada la relación con doña Caridad, don Carlos Jesús regresó a casa de su madre.

6. En el mes de mayo de 2014, don Carlos Jesús ingresó en un centro de rehabilitación, y poco después de salir del mismo, tras haber permanecido aproximadamente mes y medio, comenzó una relación sentimental con doña Florinda, quien fue su pareja estable desde agosto de 2014 hasta su fallecimiento el 15 de junio de 2015. Toda la familia conocía a doña Florinda, quien asistió al velatorio de don Carlos Jesús en su condición de pareja.

7. Don Carlos Jesús falleció sin descendientes y bajo el antes mencionado testamento abierto notarial».

Sigue su Fundamento segundo: La disposición testamentaria de don Carlos Jesús a favor de su esposa doña Penélope, devino ineficaz por la posterior separación de hecho entre los cónyuges, persistente al fallecer el testador, sin que del testamento resulte que don Carlos Jesús la habría ordenado incluso tras dicha separación. Esto es así porque para el legislador gallego la ineficacia de la disposición testamentaria a favor del cónyuge del artículo 208 LDCG/2006 tiene lugar *ope legis* o por ministerio de la ley en el caso —entre otros— de que al fallecer el testador los consortes se hallasen separados de hecho «salvo que del testamento resulte otra cosa», esto es, del testamento y no de cualquier conducta ulterior y ajena al mismo, excepción hecha de la reconciliación conyugal, como es lógico. La disposición, por lo tanto, deviene ineficaz por regla general a menos que del testamento resulte que el testador la habría ordenado aún en caso de ruptura o crisis matrimonial, pero tal ineficacia, en rigor una revocación *ope legis* de la disposición testamentaria efectuada por un cónyuge a favor del otro, precisamente por preverse legalmente no exige ni requiere declaración alguna de voluntad del causante que la complete o ratifique: es la ley, por sí sola y por sí misma, la que anuda a, v.gr., la separación de hecho entre los cónyuges la revocación o ineficacia de las disposiciones testamentarias previamente efectuadas por uno de ellos a favor del otro, tal cual sucede, por ejemplo, con los consentimientos y poderes a los que se refieren los artículos 102 y 106 del Código civil, si bien el artículo 208 LDCG/2006 hace prevalecer la voluntad del testador en la medida en que mantiene la eficacia de la disposición si del testamento resulta la intención de favorecer al cónyuge con independencia de su condición de tal, y de ahí el carácter no imperativo de la norma contenida en el precepto gallego de referencia (ya en la STSJG 31/2012, de 4 de septiembre, pusimos de manifiesto que el art. 208 LDCG/2006 es «una norma dispositiva de carácter general, residual, que se refiere a la ineficacia sobrevenida de las disposiciones de última voluntad en favor del cónyuge viudo en el sentido de que, salvo que sea otra la voluntad del testador, las establecidas no surtirán efecto, entre otros, en los supuestos de separación de hecho subsistente en el momento de fallecer el causante»).

Sea como fuere, el legislador gallego del artículo 208 LDCG/2006, al igual, por ejemplo, que el catalán del apartado 1 del artículo 422-13 del libro cuarto del Código civil de Cataluña relativo a las sucesiones (CCCat), configura el precepto como un supuesto de ineficacia sobrevenida, y fija de modo objetivo

los presupuestos de aplicación de la norma, a saber, las distintas situaciones de crisis matrimonial o de convivencia que describe, para ordenar en base a ellas la ineficacia de las disposiciones a favor del cónyuge. En realidad, el legislador gallego del artículo 208 LDCG/2006 parte del entendimiento de que la disposición testamentaria a favor del cónyuge se efectúa en su condición de tal y en tanto en cuanto lo sea (o no sobrevenga una situación de crisis matrimonial), de manera que quedará sin efecto o se tendrá por revocada si al fallecer el testador —a la vez que se abre su sucesión— los cónyuges se encontraran, como es el caso, separados de hecho; previsión normativa que, volvemos a destacarlo, no se establece con carácter imperativo puesto que del propio precepto se sigue que la disposición producirá efecto «salvo que del testamento resulte otra cosa».

3. Por último, no podemos dejar de señalar que el alcance que la Sala predica del artículo 208 LDCG/2006 coincide en lo sustancial con la doctrina reflejada en las SSTS 531 y 538/2018, de 26 y 28 de septiembre, y ello a pesar de que en el ámbito del Derecho Civil común o estatal la revocación de —en particular— un testamento abierto notarial no puede tener lugar más que a través del otorgamiento de un nuevo testamento válido (arts. 737-739 CC), y de que no está prevista, como consecuencia de una situación de ruptura o crisis matrimonial, la ineficacia o revocación *ope legis* de las disposiciones testamentarias efectuadas por un cónyuge a favor del otro. Sin embargo, la Sala Primera del Tribunal Supremo, aun reconociendo que, a diferencia de lo que sucede en la mayoría de las legislaciones forales o de los territorios con Derecho Civil propio, entre ellos Galicia, «no existe en el Código civil una regla de interpretación de la voluntad hipotética del testador medio por la que, basándose en máximas de experiencia, el legislador dé por supuesto que la disposición a favor del cónyuge o su pareja se hace en calidad de tal y mientras lo sea», considera —so pretexto del párrafo primero del artículo 767 del Código civil— que «cuando en el momento del fallecimiento del testador se haya producido un cambio de circunstancias que dé lugar a la desaparición del motivo determinante por el que el testador hizo una disposición testamentaria, la misma será ineficaz». Así pues, dichas SSTS asumen que es suficiente con que la disposición testamentaria se efectúe a favor del cónyuge (o pareja) para que haya de entenderse que la cualidad de tal fue la causa, o motivo, de la misma, y ello no obstante la inexistencia en el del Código civil de una norma como la gallega del artículo 208 LDCG/2006.

Concluiríamos, entonces, que cuando don Carlos Jesús, en estado de casado otorgó testamento abierto notarial conforme al cual «instituye y nombra universal heredera a su citada esposa» (doña Penélope), reveló la razón por la que la nombraba su heredera, sin que nada haga concluir que, de no ser doña Penélope su esposa, el testador la hubiera instituido heredera universal. Acontecida la separación de hecho entre los cónyuges después del otorgamiento del testamento, dicha disposición testamentaria —la institución de heredera— quedó privada de causa, o motivo, y no puede producir efecto en el momento de la apertura de la sucesión del causante toda vez que en ese momento —coincidente con el de su muerte— persistía la separación de hecho entre don Carlos Jesús y doña Penélope, sin que haya sido acreditada reconciliación alguna entre ambos».

En resumidas cuentas, la ineficacia se produce *ope legis*, en virtud del mencionado precepto, independientemente de que la pareja se haya divorciado legalmente, o como es el supuesto controvertido, esté separada de hecho[8].

## 2. La sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 4.ª) 266/2016, de 15 de julio: ausencia de legitimación activa de la esposa que había interpuesto demanda de divorcio un día antes del fallecimiento del causante

En esta resolución, se alega, en primer término, la falta de legitimación activa de la demandante para instar la nulidad de los sucesivos testamentos de su esposo, al carecer de derecho alguno sobre la herencia de su marido a tenor del artículo 208 de la Ley 2/2006, de Derecho Civil de Galicia.

En este punto, «la sentencia apelada fundamenta la legitimación activa de la actora en la condición de heredera testamentaria de su marido instituida en el testamento de 3 de mayo de 2011, que adquiriría valor tras la nulidad de los testamentos impugnados; mas a tenor del indicado precepto de la LDCG la actora carece de interés legítimo en la formulación de la presente acción de nulidad, al haber promovido demanda de divorcio contra su marido. Es más, la interposición de esta y la recepción de la copia de la demanda provoca el otorgamiento del nuevo testamento de 8 de febrero de 2012.

En efecto, el artículo 208 LDCG se ocupa de la ineficacia de las disposiciones testamentarias entre los cónyuges cuando, con posterioridad a su otorgamiento, surge la crisis o rotura (sic) matrimonial, como igualmente lo hace el artículo 2077 del BGB alemán y el artículo 2317 del Código civil portugués.

Igualmente en el ámbito de la legislación foral podemos citar, el artículo 422.13.1 de la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, así como el artículo 404 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 dentro de la sucesión paccionada y el artículo 438 para la sucesión testamentaria».

## 3. Los requisitos judiciales para la aplicación del artículo 208 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia: ruptura del *corpus* y del *animus*

Son presupuestos a juicio de la anterior resolución, los siguientes:

A) Que un cónyuge en su testamento haya efectuado disposiciones en favor del otro cónyuge, como aquí sucede, en el que el marido ha instituido a su esposa como heredera en el testamento de 3 de mayo de 2011, que recobraría valor como consecuencia de las nulidades postuladas en la demanda.

B) Que al fallecer el causante estuviera declarada judicialmente la nulidad del matrimonio, decretado el divorcio o separación, o se encontraran en trámite los procedimientos dirigidos a ese fin, o que los cónyuges se encontraran separados de hecho[9].

C) La situación de crisis matrimonial persistía al tiempo del fallecimiento del causante. Precisamente se desiste de la demanda tras el fallecimiento del testador, sin que hubiera mediado reconciliación, ni reanudado la convivencia marital.

D) El testador nada dispuso en el testamento que impidiera o limitase de alguna forma el juego normativo del artículo 208 de la LDCG; por el contrario, instituyó heredera a su hermana en testamento posterior.

Por tanto, y a la vista del cumplimiento de los elementos para la aplicabilidad *ope legis* del precepto en cuestión, concluye la sentencia de la Audiencia que «el

artículo 945 del Código civil, al que remite el artículo 267 de la LDCG, norma que no tendrá lugar el llamamiento *abintestato* al cónyuge viudo si estuviere separado legalmente o, de hecho. Y en este caso, concurre el *corpus*, pero también el *animus*, mediante la presentación de la demanda de divorcio».

En suma y de forma congruente con la argumentación previa, la Audiencia ratifica la ausencia de interés legítimo de la cónyuge para promover con éxito la demanda impetrada.

### 4. La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 9 de marzo de 2017: Recapitulación legislativa foral y común

Esta resolución ostenta una singular capacidad didáctica, para traer a colación la totalidad del argumentario jurídico foral sobre la eficacia del legado testamentario en favor del cónyuge del que el testador se encuentra separado al momento del fallecimiento. De conformidad al Derecho común, ha de declarar error grave en la valoración de la prueba y en la aplicación del derecho sustantivo y jurisprudencia.

Al contrastar el Derecho foral frente al común, resulta posible sostener que el Código civil «a diferencia de algunas legislaciones forales que establecen una *presunción iuris tantum* en favor de su ineficacia, no aborda el efecto que sobre las disposiciones testamentarias a favor del cónyuge tienen la posterior nulidad, divorcio, separación judicial o de hecho de los cónyuges».

Por tanto y de conformidad a la nueva Codificación foral: «Efectivamente, el artículo 208 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia dispone que "Salvo que del testamento resulte otra cosa, las disposiciones en favor del cónyuge no producirán efecto si al fallecer el testador estuviera declarada judicialmente la nulidad del matrimonio, decretado el divorcio o separación, o se encontraran en trámite los procedimientos dirigidos a ese fin. Tampoco producirán efecto en los casos de separación de hecho entre los cónyuges". El artículo 201 de la Compilación de Derecho civil Foral de Navarra dispone: Si el testamento de hermandad se hubiera otorgado por marido y mujer, la sentencia posterior de nulidad del matrimonio, de divorcio o de separación produce la ineficacia de las liberalidades que en él se hubieran concedido los cónyuges y de las demás disposiciones que uno de los testadores hubiera establecido sobre su propia herencia y que tenga su causa en las disposiciones del otro. El artículo 422-13 de la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, declara que 1. La institución de heredero, los legados y las demás disposiciones que se hayan ordenado a favor del cónyuge del causante devienen ineficaces si, después de haber sido otorgados, los cónyuges se separan de hecho o judicialmente, o se divorcian, o el matrimonio es declarado nulo, así como si en el momento de la muerte está pendiente una demanda de separación, divorcio o nulidad matrimonial, salvo reconciliación. Y el artículo 438 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, dispone que "Salvo que del testamento resulte que la voluntad del testador o testadores fue otra, no surtirán efecto las disposiciones correspectivas entre los cónyuges, ni las liberalidades concedidas en testamento por uno de ellos al otro, si al fallecer aquel estuviera declarada judicialmente la nulidad del matrimonio, decretado el divorcio o la separación o se encontraran en trámite, a instancia de uno o ambos cónyuges, los procedimientos dirigidos a ese fin"».

La resolución, sin lugar a duda es brillante, aguda, minuciosa y de lo evidenciado, es decir, del derecho sustantivo y no de una diferencia interpretativa, de modo tal que la STS de 28 de septiembre de 2018, atraiga el recurso de casación, habida cuenta la ausencia de doctrina pacífica de las Audiencia citada en el propio texto jurisdiccional[10].

## III. EL ARTÍCULO 438 DEL DECRETO LEGISLATIVO 1/2011, DE 22 DE MARZO, DEL GOBIERNO DE ARAGÓN: INEFICACIA DE LAS DISPOSICIONES CORRESPECTIVAS EN LOS SUPUESTOS DE DISOLUCIÓN DEL VÍNCULO MATRIMONIAL O SEPARACIÓN

Por su parte, el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón[11], por el que se aprueba el Libro Tercero. *Derecho de sucesiones por causa de muerte*, Título III. *De la sucesión testamentaria,* Capítulo III*: Invalidez e ineficacia de los testamentos, Sección 2.ª: Revocación e ineficacia,* declara[12]:

Artículo 438. *Efectos de la nulidad, el divorcio y la separación*. Salvo que del testamento resulte que la voluntad del testador o testadores fue otra, no surtirán efecto las disposiciones correspectivas entre los cónyuges, ni las liberalidades concedidas en testamento por uno de ellos al otro, si al fallecer aquel estuviera declarada judicialmente la nulidad del matrimonio, decretado el divorcio o la separación o se encontraran en trámite, a instancia de uno o ambos cónyuges, los procedimientos dirigidos a ese fin[13].

A juicio de PARRA LUCÁN «el precepto no establece una presunción de revocación, a diferencia de lo que hacía el código de sucesiones catalán de 1991. Lo que se establece es una norma interpretativa de la voluntad hipotética del cónyuge medio, dando por supuesto que la disposición a favor del cónyuge se hace en su calidad de tal y mientras lo sea. La norma solo se refiere al caso de crisis posterior al otorgamiento de testamento. Si después de la declaración de nulidad, del divorcio o la separación o después de que se haya iniciado el procedimiento dirigido a ese fin y, en este último caso, con su conocimiento, uno otorga testamento concediendo al otro una liberalidad, habrá que entender que la norma no será de aplicación. Por otra parte, aun cuando la crisis sea posterior al testamento, es posible que las disposiciones a favor del otro cónyuge mantengan su eficacia si del testamento resulta que esa era la voluntad del testador. Se trata de un problema de interpretación (…) Y en su estudio doctrinal, sienta las bases y fundamentos de lo que después materializaría en las SSTS citadas posteriormente ya que declara «entre nosotros, es interesante observar el tratamiento jurisprudencial del supuesto de crisis matrimonial del testador en ausencia de una norma como la recogida ahora en el Derecho catalán (art. 422-13 de su Código civil, previamente en el art. 132 del Código de sucesiones de 1991) o en el artículo 438 Código foral, porque pone sobre la pista acerca de la inclinación de nuestros tribunales a revisar la eficacia de un testamento en otros supuestos de cambios de circunstancias».

A mayor abundamiento y sobre la integración del ordenamiento y el recurso a la analogía aprecia que «caben situaciones análogas respecto de otras personas que no sean los cónyuges. ¿Qué sucede, por ejemplo, con las disposiciones testamentarias hechas a favor del yerno o la nuera que se divorcia de la hija o del hijo del testador? La cuestión es si procede aplicar analógicamente la regla del artículo 438, por entender que concurre identidad de razón, de modo que salvo que resultara ser otra la voluntad del testador la

disposición a favor de estas personas dejaría de surtir efecto. No es necesario aplicar la analogía con la situación de afecto existente entre los cónyuges, sino con el hecho de que cabe defender que la voluntad hipotética de los suegros es beneficiar a los yernos y nueras en su condición de tales, salvo que se pruebe que la voluntad del testador hubiera sido la misma de no existir ese vínculo. Pero de todas formas la misma solución puede alcanzarse, si se rechaza la aplicación analógica, recurriendo a una interpretación adecuada del artículo 471 del Código foral. Para que la disposición quedara privada de eficacia sería preciso, de acuerdo con lo ya explicado, que en la disposición testamentaria se expresara que esa cualidad que sobrevenidamente desaparece fue determinante de la disposición».

## IV. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO Y EL INTERÉS CASACIONAL

### 1. La STS, de 26 de febrero de 2003 y el criterio subjetivista

Este caso está directamente vinculado a los anteriores, al versar sobre el legado al cónyuge del que luego de la deposición testamentaria, el matrimonio quedaría disuelto por causa de divorcio. En consonancia con las anteriores resoluciones del nuevo Derecho foral, «el hecho de que en la disposición testamentaria se identifique al beneficiario por su relación de cónyuge del testador, después de haber expresado su identidad, no permite concluir que haya una clara expresión del motivo de la institución, pues bien pudiera entenderse la expresión de aquella relación como un elemento simplemente identificativo, lo que impediría aplicar el artículo 767 del Código civil; que a la hora de interpretar la verdadera voluntad del testador y en congruencia con la naturaleza del testamento como acto formal y completo una vez otorgado, ha de ser determinante la voluntad pretérita, la existente al tiempo del otorgamiento, por lo que una alteración sobrevenida de las circunstancias tiene su adecuado tratamiento en la esencial revocabilidad del testamento (art. 739 del mismo Código). Y si bien es cierto que a la hora de interpretar la voluntad del testador no puede descartarse que esta presupusiera para la eficacia de una disposición que permaneciese una situación —el vínculo matrimonial con el favorecido— que después ha desaparecido y esa voluntad habría de prevalecer conforme a los criterios interpretativos contenidos en los artículos 675 y 767 del Código civil que si bien han de partir del contenido del propio testamento ha de seguir, según reiterada doctrina del Tribunal Supremo, un criterio subjetivista, tratando de buscar la real voluntad del testador, criterio interpretativo que podría conducir, tal como postula el recurrente, a entender que la disposición no se habría hecho de haber sabido que el vínculo matrimonial con el favorecido no subsistiría y que ello era lo que se quería expresar al hacer la disposición en favor del cónyuge, tal hipótesis solo puede ser apreciada judicialmente en procedimiento contradictorio y con una fase probatoria que no cabe en el procedimiento registral en el que ha de estarse al contenido literal del testamento, lo que impide admitir la inscripción de una partición en que el contador partidor se aparta de su contenido al estimar como ineficaz una disposición que judicialmente no se ha declarado como tal»[14].

### 2. La STS, de 28 de septiembre, de 2018: ineficacia de una disposición testamentaria si en el momento del fallecimiento del testador se ha producido un cambio de circunstancias que da lugar a la desaparición del motivo determinante del legado testamentario

En este supuesto, la parte demandante interpone recurso de casación en su modalidad de interés casacional, fundado en la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales. Y coincide idéntica magistrada y catedrática ponente, PARRA LUCÁN, con la resolución que ventilamos en el epígrafe precedente. Téngase en cuenta su juicio doctrinal, ya transcrito en este artículo sobre la integración analógica del ordenamiento, si bien al contar con el precepto correspondiente en materia de causa falsa, sea el que resulta aplicable.

En cuanto al motivo de casación el recurso alega un único motivo «en el que se denuncia infracción del artículo 767 del Código civil. En su desarrollo se razona que la causante instituyó heredero a su cónyuge precisamente por serlo, de modo que cuando se produjo el divorcio la institución quedó sin causa e ineficaz. TERCERO. Decisión de la Sala. Estimación del recurso. 1. A diferencia de lo que sucede en otros derechos, no existe en el Código civil una regla de interpretación de la voluntad hipotética del testador medio por la que, basándose en máximas de experiencia, el legislador dé por supuesto que la disposición a favor del cónyuge o su pareja se hace en calidad de tal y mientras lo sea. Sin embargo, de acuerdo con la opinión dominante de la doctrina, esta Sala considera que, *ante la ausencia de una norma de integración que contemple un caso concreto de imprevisión, debe aplicarse el artículo 767.I del Código civil, dada la identidad de razón existente entre los denominados casos de imprevisión y el supuesto a que se refiere este precepto. Por ello, cuando en el momento del fallecimiento del testador se haya producido un cambio de circunstancias que dé lugar a la desaparición del motivo determinante por el que el testador hizo una disposición testamentaria, la misma será ineficaz.*

De conformidad al artículo 675 del Código civil, la regla esencial en materia de interpretación testamentaria es la averiguación de la voluntad real del testador. Por ello, la literalidad del artículo 767.I del Código civil, que se refiere a la "expresión" del motivo de la institución o del nombramiento de legatario, no impide que sea posible deducir el motivo de la disposición y su carácter determinante con apoyo en el tenor del testamento, en particular por la identificación del favorecido por cierta cualidad, como la de esposo o pareja del testador.

2. Esto es lo que ha sucedido en el presente caso en el que, tras contraer matrimonio, la causante otorgó testamento en el que instituyó heredero "a su esposo D. Esteban". El empleo del término "esposo" para referirse al instituido no puede ser entendido como una mera descripción de la relación matrimonial existente en el momento de otorgar el testamento, ni como mera identificación del instituido, a quien ya se identificaba con su nombre y apellidos. La mención del término "esposo" revela el motivo por el que la testadora nombraba a Esteban como su heredero, sin que haya razón para pensar que, de no ser su esposo, la testadora lo hubiera instituido heredero. Producido el divorcio después del otorgamiento del testamento, la institución de heredero quedó privada de la razón por la que se otorgó y, en consecuencia, no puede ser eficaz en el momento en el que se produce la apertura de la sucesión.

Al no entenderlo así la sentencia recurrida, procede estimar el recurso de casación, anular la sentencia dictada por la Audiencia y estimar la demanda,

declarando la ineficacia de la institución de heredero y por consiguiente abierta la sucesión intestada de Gracia».

### 3. La STS de 26 de septiembre de 2018: ineficacia del legado en favor de quien era pareja de hecho del testador cuando otorgó dichas disposiciones, si bien ya no lo eran al fallecimiento del causante

La resolución del máximo órgano jurisdiccional —siendo ponente como ya hemos destacado, María de los Ángeles PARRA LUCÁN—, advierte que el Derecho civil común está huérfano de una regla de interpretación de la voluntad hipotética del testador medio. De modo que el legislador no ratifica que la disposición en favor del cónyuge o su pareja se haya vertido en calidad de tal y mientras lo sea. En este punto y dado el interés casacional, unifica la doctrina en la que de conformidad con la literatura jurídica mayoritaria —que no la jurisprudencia ni el sentido de las RRDGRN[15]—, ante la ausencia de una norma de integración que contemple un caso concreto de imprevisión, debe aplicarse el artículo 767 del Código civil. En suma, queda acreditada la identidad de razón existente entre los denominados casos de imprevisión y el supuesto a que se refiere el precepto.

La particularidad de que en el momento del fallecimiento del testador se haya producido un cambio de circunstancias que haya dado lugar a la desaparición del motivo determinante por el que el testador hizo una disposición testamentaria, produce su ineficacia. En este caso, materializada la extinción de la relación de pareja después del otorgamiento del testamento, la disposición en favor de quien fue su conviviente de hecho, queda privada del sustento fáctico, a su juicio, por la que se otorgó y, en consecuencia, no podía ser eficaz en el momento de producirse la apertura de la sucesión.

A la vista del argumentario expuesto, hemos de remitirnos a sus FUNDAMENTOS DE DERECHO, donde declara la ponente:

«PRIMERO. — Antecedentes: El presente litigio versa sobre la eficacia del legado ordenado a favor de quien es pareja de hecho del testador en el momento de otorgamiento del testamento, pero ya no lo es cuando fallece el causante y se produce la apertura de la sucesión. La sentencia recurrida declaró la ineficacia del legado y recurre en casación la legataria.

Los antecedentes más relevantes para la decisión del presente recurso son los siguientes:

*1. El testamento abierto otorgado el 7 de agosto de 2008 por Constantino contenía una cláusula 1.ª B conforme a la cual legaba: "a su pareja D.ª Cecilia, en pleno dominio, ciento cincuenta mil euros".*

En la cláusula 2.ª del testamento instituía herederos por partes iguales a sus hijos Elsa y Vicente.

El 16 de octubre de 2009, Constantino y Cecilia otorgan un documento notarial denominado "convenio regulador de cese de la convivencia" en el que, tras exponer que conviven desde hace algunos años declaran "que han decidido establecer unas normas que regulen la posible futura extinción de su relación de convivencia, lo que se regirá por los pactos contenidos en el presente convenio". En el pacto primero se establece que Cecilia podrá continuar en la vivienda que hasta ese momento ha sido domicilio común hasta que Constantino cumpla íntegramente las obligaciones a las que se compromete. En el pacto segundo se establece que «como compensación por el tiempo que ha durado la convivencia,

el Sr. Constantino entregará a la Sra. Cecilia la cantidad total de 130.000 euros, cuyo pago tendrá lugar de la siguiente forma: a) en el presente acto son entregados 1.500 euros en efectivo, sirviendo la firma del presente documento como carta de pago. b) Bien mediante entrega en efectivo contra recibo, bien mediante ingreso en la libreta de ahorro de la que es titular la Sra. Cecilia en la entidad Bancaja, el Sr. Constantino realizará tres pagos por importe de 7.800 euros en las fechas y por las cuantías siguientes: hasta el 19 de octubre, 1.200 euros, hasta el 20 de noviembre, 5.000 euros y hasta el 15 de diciembre, 1.600 euros, y los restantes 120.700 euros serán pagados dentro del plazo máximo que finalizará el 31 de diciembre de 2010». Añadía el convenio un pacto conforme al cual, mientras no fuera pagada la cantidad mencionada en último lugar, Constantino ingresaría a Cecilia 1.000 euros mensuales. El pago, que debía hacerse dentro de los cinco primeros días de cada mes, se interrumpiría en el caso de que, ofrecido por Constantino el pago de la totalidad, Cecilia no desalojara la vivienda.

Constantino fallece el 10 de octubre de 2011.

Requerida por la hija heredera mayor de edad para que abandone la vivienda, Cecilia contesta alegando que no hubo ruptura de pareja, que falta legitimación porque sobre el piso existe una reserva troncal a favor de los familiares de la primera esposa de Constantino, a quien pertenecía el piso. Reclama, además, el pago de 17.000 euros. Argumenta que el convenio regulador contemplaba, además del pago de los 130.000 euros que le han sido satisfechos, 1.000 euros al mes hasta el desalojo de la vivienda, por lo que reclama las cantidades correspondientes a los meses de abril de 2010 a octubre de 2011. La sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 3 de mayo de 2013 estima la demanda de desahucio por precario previo pago a Cecilia de la cantidad debida y consignada de 17.000 euros.

2. El 1 de marzo de 2012, Cecilia interpone demanda contra Elsa y Vicente, luego ampliada contra los albaceas testamentarios de Constantino, por la que solicita el pago de 150.000 euros más intereses. Los demandados se oponen alegando que el pacto del pago de una cantidad por el cese de la convivencia acredita que Constantino y Cecilia habían dejado de ser pareja y que el legado se hizo debido al vínculo que les unía por lo que, extinguida la relación, el legado era ineficaz. Formulan demanda reconvencional solicitando la declaración e ineficacia del legado.

3. El 16 de abril de 2014 el juzgado dicta sentencia en la que considera que la relación entre Cecilia y Constantino no se había extinguido en el momento del fallecimiento de Constantino y que el legado es válido, pero entiende que los herederos solo deben abonar a Cecilia 20.000 euros porque los 130.000 euros ya percibidos deben considerarse a cuenta del legado, puesto que si la convivencia no había cesado no debió aplicarse el convenio que reconocía el pago de aquella cantidad.

4. Cecilia interpone recurso de apelación alegando que se reclamaba el pago de 150.000 euros del legado y que la sentencia de primera instancia, de manera incongruente, al declarar que el legado era válido y que la relación de pareja se mantenía en el momento de fallecimiento de Constantino, aprecia una compensación no solicitada.

Elsa y Vicente impugnan la sentencia de primera instancia, argumentando que el convenio de 2009 y el pago de los 130.000 euros a la demandante en aplicación de este demuestran que se había extinguido la relación de pareja debido a la cual se hizo el legado, por lo que la interpretación de la voluntad del testador lleva a declarar su ineficacia.

5. El 23 de noviembre de 2015 la Audiencia Provincial dicta sentencia por la que desestima el recurso de apelación de Cecilia y su demanda, estima la impugnación de Elsa y Vicente y su demanda reconvencional y declara la ineficacia y la nulidad del legado dejado en el testamento de Constantino a favor de Cecilia».

Téngase en cuenta que como da cuenta la resolución que se transcribe: «La sentencia declara hechos probados que cuando falleció el causante, la convivencia de la demandante ya se había extinguido y esa fue la razón por la que cobró la cantidad de 130.000 euros pactados en el convenio notarial suscrito en el año 2009 como compensación por el tiempo de duración de la convivencia. A partir de estos hechos razona que la controversia se circunscribe a la interpretación que debe darse al legado incluido en el testamento de Constantino a favor de Cecilia. Argumenta que la doctrina más moderna admite *la interpretación del testamento conforme a medios de prueba extrínsecos con el fin de averiguar la voluntad real del testador* y observa que, a pesar de que en el Código civil no existe una norma expresa que prive de eficacia a la disposición hecha a favor del esposo o pareja que deja de serlo, *la doctrina y jurisprudencia, con invocación del artículo 767 del Código civil, reconocen que nos encontramos ante una causa falsa en el sentido de móvil incorporado al acto de disposición*. Añade que la aplicación de esta doctrina al caso permite valorar que los actos posteriores del testador reflejan la voluntad de revocar la disposición testamentaria, pues el convenio de 2009 contempla una compensación por el tiempo de convivencia, quedando sin efecto todos los documentos de cualquier índole que hubieran podido firmar. Finalmente, concluye que: "Procede declarar ineficaz el legado concedido a favor de la demandante atendiendo a la verdadera voluntad del causante al tiempo de otorgar el legado pues lo trascendente para el testador era que D.ª Cecilia fuese su pareja, como así se consigna en el propio documento, y al no serlo al momento del fallecimiento y haber recibido una compensación en razón del tiempo que duró la convivencia, en el momento mismo del cese de la misma, lo consignado en el testamento no tiene razón de ser".

Visto lo anterior, «La demandante interpone recurso de casación en su modalidad de interés casacional. SEGUNDO.— Recurso de casación. El recurso de casación de la demandante se funda en un único motivo en el que denuncia infracción del artículo 675 del Código civil sobre interpretación de los testamentos, aunque en el desarrollo del motivo menciona también la infracción de los artículos 738 del Código civil (revocación de los testamentos), 873 del Código civil (legado a favor de un acreedor) y 790 y 791 del Código civil (condiciones impuestas a los herederos y legatarios).

Razona que la intención del testador debe encontrarse en la propia declaración testamentaria, que claramente atribuyó el legado a la demandante, sin someterlo a condición alguna; que el testamento solo puede revocarse por otro testamento posterior y la sentencia recurrida atribuye efectos revocatorios a un documento posterior de cese de la convivencia; que el empleo de la expresión "pareja" en el testamento para referirse a la demandante era a simple efectos de identificación de la legataria, no para establecer una condición; que la aplicación del artículo 767 del Código civil es improcedente porque la disposición del legado era explícita en cuanto a su contenido y alcance; que la causa del legado es la mera liberalidad, diferente de la cantidad pactada por el cese de la pareja, de carácter liquidatorio, por lo que su compensación supone infracción del artículo 873 del Código civil».

En su virtud, el FUNDAMENTO TERCERO, adopta la Decisión desestimatoria de la Sala, habida cuenta que «1. *A diferencia de lo que sucede en otros derechos,*

*no existe en el Código civil una regla de interpretación de la voluntad hipotética del testador medio* por la que, basándose en *máximas de experiencia*, el legislador dé por supuesto que la disposición a favor del cónyuge o su pareja se hace en calidad de tal y mientras lo sea. *Sin embargo, de acuerdo con la opinión dominante de la doctrina, esta Sala considera que, ante la ausencia de una norma de integración que contemple un caso concreto de imprevisión, debe aplicarse el artículo 767.I del Código civil, dada la identidad de razón existente entre los denominados casos de imprevisión y el supuesto a que se refiere este precepto*. Por ello, cuando en el momento del fallecimiento del testador se haya producido un cambio de circunstancias que dé lugar a la desaparición del motivo determinante por el que el testador hizo una disposición testamentaria, la misma será ineficaz.

2. Conforme al artículo 675 del Código civil, la regla esencial en materia de interpretación testamentaria es la averiguación de la voluntad real del testador. Por ello, la literalidad del artículo 767.I del Código civil, que se refiere a la "expresión" del motivo de la institución o del nombramiento de legatario, no impide que sea posible deducir el motivo de la disposición y su carácter determinante con apoyo en el tenor del testamento, en particular por la identificación del favorecido por cierta cualidad, como la de esposo o pareja.

3. Esto es lo que ha sucedido en el presente caso, en el que el causante otorgó testamento en el que disponía de un legado a favor de "su pareja D.ª Cecilia". El empleo de la expresión "su pareja" para referirse a la demandante no puede ser entendido como una mera descripción de la relación afectiva existente en el momento de otorgar el testamento, ni como mera identificación de la favorecida, a quien ya se identificaba con su nombre y apellidos. La mención a "su pareja" revela el motivo por el que el testador ordenaba un legado a favor de Cecilia, sin que haya razón para pensar que, de no ser su pareja, el testador la hubiera favorecido con un legado. Producida la extinción de la relación de pareja después del otorgamiento del testamento —lo que la sentencia recurrida declara hecho probado—, la disposición testamentaria a favor de Cecilia quedó privada de la razón por la que se otorgó y, en consecuencia, no puede ser eficaz en el momento en el que se produce la apertura de la sucesión.

Al entenderlo así la sentencia recurrida, debe ser confirmada.

La sentencia recurrida, por lo dicho, no infringe el artículo 675 del Código civil, al que se refiere el recurso de casación en su encabezamiento, pues precisamente parte de la interpretación de la voluntad real del causante con apoyo en el tenor literal del testamento, que ordena el legado a favor de "su pareja", D.ª Cecilia».

Adicionalmente asevera: «4. Con el fin de agotar la respuesta a las razones expuestas por la recurrente hay que añadir algunas consideraciones.

La declaración de ineficacia del legado no infringe el artículo 738 del Código civil porque la ineficacia del legado no deriva de una supuesta revocación tácita ni de una presunción de revocación: la revocación, por definición es posterior al otorgamiento del testamento y debe hacerse con las solemnidades necesarias para testar. En este sentido, la afirmación de la sentencia recurrida acerca de la voluntad revocatoria del testador no resulta correcta, pero no es la razón por la que la sentencia declara la ineficacia del legado a favor de Cecilia.

Tampoco se infringe el artículo 873 del Código civil, pues la desestimación de la demanda de Cecilia y la estimación de la reconvención de Elsa y Vicente no es porque se impute la liberalidad ordenada en el testamento al pago del crédito nacido a favor de Cecilia en el "convenio regulador de cese de la convivencia", sino que se declara la ineficacia del legado partiendo de la interpretación de la voluntad del testador.

Finalmente, contra lo que sostiene Cecilia, tampoco se infringen los artículos 790 y 791 del Código civil, puesto que no se aplican por la sentencia recurrida, que no basa su decisión en el incumplimiento de una condición prevista por el testador, sino en la aplicación analógica del artículo 767.I del Código civil en relación con el artículo 675 del Código civil».

## V. CONCLUSIONES

I. Justifica el Preámbulo del Texto legislativo en cuestión «que el derecho civil de Galicia es una creación genuina del pueblo gallego. Como derecho regulador de relaciones entre sujetos privados, surge a lo largo de los siglos en la medida en que su necesidad se hace patente, frente a un derecho que, por ser común, negaba nuestras peculiaridades jurídicas emanadas del más hondo sentir de nuestro pueblo. Es por ello un fruto de la realidad social y, como tal, cambiante a lo largo del tiempo, de forma que mientras unas instituciones pierden vigencia aparecen otras que tratan de acomodarse a la nueva situación. Esta tensión entre la realidad y la supervivencia de formas jurídicas que van siendo superadas fue dando, asimismo, nuevo sentido a nuevas instituciones, ya que pocas veces podrá encontrarse una relación funcional tan estrecha entre esas necesidades que las instituciones jurídicas intentan alcanzar y las realidades de cada momento histórico. Este proceso de creación consuetudinario y del derecho civil, como fruto de una realidad concreta en el tiempo y en el espacio, se vio, ciertamente, interrumpido por el movimiento codificador uniformador surgido en el siglo XIX», el ordenamiento jurídico y la institucionalización de las relaciones conflictivas interpersonales, provoca que, siendo el divorcio una causa de disolución contemporánea, ciertamente exija que en virtud del mandato constitucional, haya de actualizarse la resolución de conflictos y por tanto que la norma haya de declarar ineficaz, salvo reconciliación la sucesión hecha en pro de quien en el momento de producirse el fallecimiento del testador, ya no forma parte de su vida inmediata al óbito. Exceso o no legislativo, no por el reparto competencial y la elasticidad del contenido del Derecho civil foral, lo cierto es que los derroteros legales se ajustan a la esencia de la pareja, en principio el hecho material de la convivencia sea esta grata o quebrada pese al mantenimiento del vínculo. Solo la circunstancia pública de la ruptura material será sustrato para la aplicación del precepto citado *ut supra*. En el supuesto de este ordenamiento, el artículo 208.

II. De modo que, en la nueva codificación foral, la modificación sobrevenida de las circunstancias determinantes del legado o disposición hereditaria trae aparejado *ope legis*, la revocación de su contenido patrimonial.

III. En particular, serán presupuestos generales tanto la ruptura del *corpus* y del *animus,* como que un cónyuge en su testamento haya efectuado disposiciones en favor del otro cónyuge, que al fallecer el causante estuviera declarada judicialmente la nulidad del matrimonio, decretado el divorcio o separación, en trámite los procedimientos dirigidos a ese fin, o que los cónyuges se encontraran separados de hecho; la persistencia de la crisis matrimonial al tiempo del fallecimiento del causante y, en todo caso, que el testador nada hubiera dispuesto en el testamento que impidiera o limitase dichos pactos sucesorios.

IV. En resumidas cuentas, con carácter previo y recurriendo a la capacidad elástica de la interpretación sociológica, el Derecho foral ha resuelto lo que, en puridad, no conocía como es la disolución del vínculo matrimonial, o la previsión de las parejas de hecho y su ruptura, logrando una brillante modificación y desarrollo de las especialidades forales.

V. En suma y en tanto no se produzca la renovación del Derecho civil común, por mucho que la mejor doctrina alegue la necesaria actualización en estos extremos, en defecto de otra vía, habrá de alegarse la alambicada causa falsa del artículo 767 del Código civil, lo que o bien resulta un anacronismo o, cuando menos, una forzada aplicación normativa que no fue prevista para las circunstancias de la ruptura conyugal.

## VI. BIBLIOGRAFÍA


BELLO JANEIRO, D. (2006). El desarrollo del Derecho civil gallego en el marco constitucional, *Discurso leído el día 24 de febrero de 2006 en la Solemne Sesión de Ingreso del Académico de Número*, Academia gallega de Jurisprudencia y Legislación.

BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, E. Comentarios a la Sección 2.ª: *Revocación e ineficacia,* Artículos 431 a 438, 631 y sigs., en Delgado Echeverría, Jesús (Dir.); Bayod López, M.ª del Carmen, Serrano García, José Antonio, (Coord.), (2015), *Código del Derecho foral de Aragón Concordancias, Doctrina y Jurisprudencia*, Gobierno Foral de Aragón.

BUSTO LAGOS, José Manuel (Dir.), Natalia ÁLVAREZ LATA y Fernando PEÑA LÓPEZ, (2015). *Curso de Derecho civil de Galicia.*

BUSTO LAGO, J. M. (2008). La sucesión testada en la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia, *RCDI,* 705, 102 y sigs.

CAÑIZARES LASO, A. Disposición testamentaria a favor del cónyuge y divorcio posterior, en *Persona y Estado en el umbral del siglo XXI,* Málaga, 2001.

— (2016), Comentario al artículo 675, *Código civil Comentado*, volumen II, Civitas, BIB 2011\1756.

CASAS VALLÉS, R. (1993). Las disposiciones testamentarias a favor del cónyuge y las vicisitudes del matrimonio, *ADC*, 1993-4, pp. 1747 y sigs.

CORDERO LOBATO, E. (2009). Comentario al artículo 767, *Comentarios al Código civil,* Aranzadi, BIB 2009\1705.

DELGADO ECHEVERRÍA, J. (Dir.); BAYOD LÓPEZ, M.ª del Carmen, SERRANO GARCÍA, José Antonio, (Coord.), (2015). *Código del Derecho foral de Aragón Concordancias, Doctrina y Jurisprudencia*, Gobierno Foral de Aragón.

DÍEZ-PICAZO (2008). *Fundamentos del Derecho civil patrimonial, II,* Civitas, Madrid.

EGUSQUIZA BALMASEDA, M.ª Á. (2018). Conexión institucional necesaria: «desarrollo» de los derechos civiles propios en la última jurisprudencia del tribunal constitucional*, Derecho privado y Constitución*, 33, 2018, 47-78.

— (2003). *Sucesión legal y voluntaria del cónyuge en las crisis matrimoniales*, Navarra.

GORDILLO CAÑAS, A. (1991). Comentario al 767, *Comentarios del Código civil*, Ministerio de Justicia, Madrid.

— (2004). Tomo X, Vol. 1.º: Artículos 744 a 773 del Código civil, *Comentarios al Código civil*, Manuel Albaladejo García, Id. vLex: VLEX-231875 http://vlex.com/vid/articulo-parrafo-primero-231875

GÓMEZ CALLE, E. (2007). *El error del testador y el cambio sobrevenido de las circunstancias existentes al otorgamiento del testamento*, Civitas, Madrid.

HUALDE MANSO (2002). *Comentario al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*. Rubio Torrano, Enrique (Dir.), Arcor Vieira (Coord.), Navarra, 595 (BIB 2002, 924).

LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA (1981). *Elementos de Derecho Civil,* V, Barcelona, Bosch.
LÓPEZ FRÍAS, M.ª J. (2012). La voluntad hipotética del testador en crisis matrimonial, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 5, BIB 2012\1126.
MORENO QUESADA, B. (2004). Tomo X, Vol. 1.º: Artículos 744 a 773 del Código civil, *Comentarios al Código civil*, Manuel Albaladejo García, Id. vLex: VLEX-231876.
MORETÓN SANZ, M.ª F. (2019). Ausencia de competencia registral y notarial para la declaración de ineficacia de legado: la causa falsa como móvil y la aplicación analógica del 767 en el derecho común, *RCDI,* 733.
PARRA LUCÁN, M.ª Á. (2015). *Nulidad y revocación del testamento unipersonal* (especial atención a los límites de la voluntad de disponer y su control), 135 y sigs.
REBOLLEDO VARELA, A.L. (Coord.) (2008). *Comentarios a la Ley de Derecho Civil de Galicia. Ley 2/2006, de 14 de junio*, Navarra.

RESOLUCIONES CITADAS

- STC, Pleno, 133/2017, de 16 de noviembre
- STC 9/2010, de 27 de abril de 2010

- STS, de 26 de septiembre de 2018
- STS, de 28 septiembre de 2018
- STS, de 26 de febrero de 2003
- STS, de 19 de mayo de 1992
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo civil y penal, de 23 de mayo de 2019
- Tribunal Superior de Justicia de Navarra. Sala de lo Civil y Penal de 19 de mayo de 2011
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra. Sala de lo Civil, de 9 de septiembre de 2014

- SAP de A Coruña (Sección 4.ª) 266/2016, de 15 de julio
- SAP de Madrid, de 9 de marzo de 2017
- SAP Ciudad Real, de 9 de diciembre de 2013
- SAP Ourense, de 20 de enero de 2002
- SAP Toledo, de 11 de julio de 2000
- SAP Málaga de 13 de diciembre de 1999

## NOTAS

[1] Vid., https://www.parlamentodenavarra.es/sites/default/files/boletines/B2019045.pdf El Dictamen aprobado por la Comisión de Presidencia, Función Pública, Interior y Justicia. El testamento de hermandad ha sido objeto de una profunda reflexión en relación con su ineficacia y a su revocación. En cuanto a la primera, se han recogido causas específicas basadas en la ruptura para supuestos de otorgamiento por cónyuges o por miembros de la pareja estable y extendiendo la ineficacia a todas sus disposiciones para mayor seguridad jurídica en sintonía con lo ya propugnado por la doctrina. A su vez, se han distinguido las causas entre matrimonio y parejas, exigiendo en cualquier caso la constancia fehaciente para mayor seguridad y contemplándose los supuestos hasta ahora dudosos de personas que lo otorgan antes de casarse y de convivientes estables que posteriormente contraen matrimonio.

[2] Ya en su día, HUALDE MANSO (2002), al comentar esta Ley declaraba «roto el matrimonio desaparece la causa que dio lugar al testamento en común, o, en otras palabras, sin estar unidos conyugalmente no hubieran testado en hermandad y es el matrimonio el que motivó el dar a los bienes privativos y comunes un destino que de otra manera no se hubiera dado», Comentario *al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*. RUBIO TORRANO, Enrique (Dir.), ARCOR VIEIRA (Coord.), Navarra, pág. 595 (BIB 2002, 924).

[3] Vid., también la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra. Sala de lo Civil, sentencia 11/2014, de 9 de septiembre de 2014. Para su comprensión baste reproducir las alegaciones de la demandante, PRIMERO.— La Procuradora D.ª Carmen Azpíroz Martínez, en nombre y representación de D.ª Rita, en la demanda sobre impugnación de testamento de hermandad seguida ante el Juzgado de 1.ª Instancia n.º 5 de Pamplona contra D.ª Elsa, estableció en síntesis los siguientes hechos: la demandante fue declarada por sentencia de fecha 26 de octubre de 2001, hija extramatrimonial de D. Juan Enrique y de D.ª Fidela con todos los derechos inherentes a dicha declaración. Con posterioridad al nacimiento de D.ª Rita, D. Juan Enrique se casó con D.ª Elsa. A la vista de los trámites judiciales que mi mandante había iniciado para que se reconociera su filiación paterna extramatrimonial, el Sr. Juan Enrique y su esposa otorgaron testamento de hermandad con el fin de asegurarse la exclusión de mi representada de la herencia de su padre, que falleció el 10 de enero de 2007. En el referido testamento de hermandad no se tuvo en cuenta el derecho legitimario de la demandante contemplado en el párrafo primero de la Ley Foral 272 del Fuero Nuevo de Navarra ya que no fue considerada, debiendo haberlo sido, como hija de anterior matrimonio a estos efectos, produciéndose una clara discriminación entre hijos de anteriores matrimonios «legítimos» e hijos anteriores extramatrimoniales o «ilegítimos» lo cual no es posible a la luz de la Constitución y demás legislación aplicable. Después de alegar los fundamentos jurídicos que estimó oportunos terminaba suplicando «se dicte sentencia por la que: A) Se declare el derecho de mi mandante a percibir, a título de legítima hereditaria de su padre, Don Juan Enrique, la mitad de los bienes dejados en su herencia, por así disponerlo el párrafo primero de la Ley 272 del Fuero Nuevo de Navarra y demás legislación conexa con dicho precepto, citada en la fundamentación jurídica. B) Consecuentemente con lo anterior, se declare nulo, o anule, parcialmente, el testamento de hermandad otorgado por Don Juan Enrique y su esposa, Doña Elsa, el once de junio de mil novecientos noventa y nueve (documento número 5) en cuanto no reconoció el referido derecho legitimario de Doña Rita, así como también la escritura de aceptación y adjudicación de herencia de veintiséis de febrero de dos mil siete (documento número 6) a favor de la demandada, en cuanto que, en ejecución del indicado testamento de hermandad, tampoco respetó el derecho legitimario de Doña Rita. C) Se condene a la demandada a entregar a la actora la mitad de la herencia que recibió, indebidamente, de su esposo, Don Juan Enrique, o bien, en su lugar, su correspondiente valor en metálico al tiempo en que se produjo su aceptación y adjudicación. D) Se condene a la demandada a indemnizar a mi mandante los daños y perjuicios sufridos por todo el tiempo en que se ha visto desposeída de su herencia en beneficio de la demandada, quien heredó lo que no debía; indemnización que deberá corresponderse con los intereses legales contados a partir de la aceptación y adjudicación de la herencia. E) Se condene a la demandada al pago de las costas». Los fundamentos por cuanto aquí interesan, recuerdan que SÉPTIMO. — La falta

de cobertura legal de algunos pronunciamientos del fallo recurrido. Aunque por las razones ampliamente expuestas en los fundamentos de derecho segundo a quinto procede estimar los tres motivos de casación del recurso interpuesto y casar la sentencia recurrida ante la indebida e improcedente extensión correctora de la ley 272 del Fuero Nuevo de Navarra mediante una interpretación constitucional y sociológica abiertamente contraria a sus enunciados, a los antecedentes históricos y al mismo espíritu y finalidad de la norma, la función nomofiláctica que al recurso de casación corresponde aconseja hacer algunas puntualizaciones complementarias sobre los concretos pronunciamientos del fallo recurrido que, a juicio de esta Sala, carecen de apoyo o cobertura en la citada ley 272, única que a este efecto se cita: a) El reconocimiento a la actora del derecho a percibir «a título de legítima hereditaria de su padre» la mitad de la herencia de este. La legítima foral navarra es de carácter formal o simbólico, «*no tiene contenido patrimonial exigible*» (ley 267 Fuero Nuevo) y ello es predicable de la que legalmente corresponde por igual a «*los hijos matrimoniales*» y a «*los no matrimoniales*» (ley 268.1 Fuero Nuevo). Y en el caso de autos el causante —padre de la actora y esposo de la demandada— instituyó en ella a la demandante y a sus otros cinco hijos matrimoniales, cumpliendo con la exigencia de la ley 268 de la Compilación. La ley 272 no confiere una legítima material, aunque con impropiedad y haciendo las oportunas matizaciones, algunos autores hayan calificado de tal el derecho que otorga, pues no atribuye a los hijos una *pars bonorum* o una *pars valoris bonorum* en la herencia de su progenitor, de entidad o magnitud predeterminada, ni siquiera en los casos de reiteración de nupcias, sino solo un derecho de igualación con el cónyuge o hijos del posterior matrimonio respecto a las atribuciones a título lucrativo que aquel haya podido disponer a su favor. b) La declaración de «nulidad parcial del testamento de hermandad y de la escritura de aceptación y adjudicación de herencia». Como esta Sala tiene declarado, entre otras, en sentencias de 22 de octubre de 1994 y 18 de septiembre de 2013, la vulneración de lo dispuesto en la ley 272 del Fuero Nuevo de Navarra «*no ocasiona la nulidad de la disposición testamentaria ni de la designación de heredero sino la inoficiosidad*» de las «*disposiciones a título lucrativo*» (s. 17 de marzo de 2004, de este Tribunal Superior) que el progenitor bínubo hubiera realizado en favor de su posterior cónyuge o de los hijos habidos con él, y su consiguiente «*corrección*» en la sola medida del «*exceso*» de la atribución sobre lo percibido, también a título lucrativo, por los hijos de anteriores nupcias, hasta alcanzar su igualación mediante la asignación de bienes de la herencia o la compensación de la diferencia en dinero; siendo —como esta Sala expuso en su sentencia de 22 de octubre de 1994— netamente diferentes las acciones de nulidad y de inoficiosidad «*tanto en lo relativo a los presupuestos fácticos que nutren su fundamento, como en lo concerniente al efecto jurídico que les es propio y a la normativa que lo establece*». Si el testamento no es nulo, tampoco lo es la escritura de aceptación y adjudicación de herencia, otorgada por la heredera única y universal del causante que, como tal, no precisaba para su formalización el concurso de la actora, como el de ninguno de los restantes legitimarios, ni venía obligada a partir con ella la herencia de su difunto esposo. c) La condena de la demandada a «indemnizar los daños y perjuicios con el abono del interés legal desde la aceptación y adjudicación de la herencia». La sentencia recurrida tampoco establece en su fundamentación jurídica la razón de hecho y de derecho de este pronunciamiento condenatorio de la demandada. Vinculada la indemnización a la responsabilidad por ilícito civil —doloso o culposo—, el silencio de la sentencia sobre la causa determinante de la condena priva a su imposición del exigible soporte jurídico, que no puede identificarse con la institución testamentaria de la esposa demandada como heredera universal, ni con la aceptación y adjudicación de la herencia, producida cuando la actora no había siquiera ejercitado la acción (de inoficiosidad) deducida en la demanda. Y hasta el traslado de la misma a su destinataria no puede menos que considerarse de buena fe la posesión y el disfrute ejercidos por la heredera sobre el caudal relicto. Se añade un interesante VOTO PARTICULAR. Que formula el Ilmo. Sr. Magistrado D. ALFONSO OTERO PEDROUZO, por disentimiento del voto mayoritario, a la sentencia n.º 11/2014, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra en el recurso de casación núm. 15/2014. PRIMERO. — Discrepo del voto mayoritario porque entiendo que la Sala debe promover la cuestión de inconstitucionalidad que regulan los artículos 35 de la Ley Orgánica del Tribunal

Constitucional (LOTC y 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ). En la sentencia de la que discrepo ya se exponen detalladamente los antecedentes fácticos del litigio y la cuestión jurídica planteada, aspectos a los que me remito. Pues bien, entiendo que la Ley 272 del Fuero Nuevo (FN), aplicable al caso, plantea serias dudas sobre su constitucionalidad, dado que su tenor literal produce en el presente caso una discriminación por razón de filiación o nacimiento, discriminación contraria a los artículos 14, 39.2 y 39.3 de la Constitución Española (CE). Por lo demás, y ajustándome a las exigencias de los citados artículos 35 LOTC y 5 LOPJ, es indudable que la decisión del presente juicio depende de la validez de la indicada Ley 272 FN, por las razones que iré exponiendo; y es oportuno recordar que esta norma foral, la Ley 272, fue afectada por la reforma de la Ley Foral 5/1987, que modificó el FN.

[4] Conviene traer causa de la sentencia del Tribunal Constitucional, Pleno, 133/2017, de 16 de noviembre. *Interpuesto por el presidente del Gobierno respecto de los artículos 27 a 45 de la Ley del Parlamento de Galicia 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia. Competencias sobre derecho civil: nulidad de los preceptos legales autonómicos que regulan la adopción y la autotutela*. Si bien no afecta de forma directa a nuestra materia, sí lo hace argumentalmente los votos particulares. Apréciese de una parte, el voto Particular que formula el magistrado don Cándido CONDE-PUMPIDO TOURÓN, al que se adhieren el magistrado don Fernando VALDÉS DAL-RÉ y la magistrada doña María Luisa BALAGUER CALLEJÓN: Una vez que este Tribunal ha aceptado que la competencia autonómica para la «conservación, modificación y desarrollo» del propio Derecho civil puede dar lugar a una recepción y formalización legislativa de costumbres y usos efectivamente vigentes en el respectivo territorio (SSTC 121/1992, de 28 de septiembre, FJ 2, y 182/1992, de 16 de noviembre, FJ 3) y que, precisamente, «el carácter marcadamente consuetudinario de su Derecho civil foral [de Galicia] constituye una de sus particularidades más relevantes y que informa tal ordenamiento civil» (STC 47/2004, de 25 de marzo, FJ 13), las leyes gallegas que incorporan instituciones jurídico-privadas al derecho escrito han de gozar de la presunción de constitucionalidad que caracteriza a todo acto legislativo y, por lo tanto, si respetan los límites materiales que establece el artículo 149.1.8 CE, esa presunción solo podría desvirtuarse cuando se apreciara una carencia manifiesta de normas consuetudinarias referidas a, o conectadas con, el objeto de regulación. Más aún si se trata de leyes que traen causa de iniciativas legislativas auspiciadas desde foros de expertos, como fue el III Congreso de Derecho civil gallego de 2002, que instó por unanimidad a regular la institución de la autotutela, y esas iniciativas legislativas fueron aprobadas, como ocurrió en el presente caso, en el Parlamento de Galicia por unanimidad. Adicionalmente, como hemos indicado, ha de atenderse al extenso voto particular que formula el magistrado don Juan Antonio XIOL RÍOS, por cuanto afirma que: El Tribunal ha sido muy claro subrayando la importancia del criterio sociológico en materia civil: «Se hace necesario partir de un presupuesto inicial, basado en la idea… de que la Constitución es un "árbol vivo" —en expresión de la sentencia Privy Council, Edwards c. Attorney General for Canada de 1930 retomada por la Corte Suprema de Canadá en la sentencia de 9 de diciembre de 2004…— que, a través de una interpretación evolutiva, se acomoda a las realidades de la vida moderna como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad, y no solo porque se trate de un texto cuyos grandes principios son de aplicación a supuestos que sus redactores no imaginaron, sino también porque los poderes públicos, y particularmente el legislador, van actualizando esos principios paulatinamente y porque el Tribunal Constitucional, cuando controla el ajuste constitucional de esas actualizaciones, dota a las normas de un contenido que permita leer el texto constitucional a la luz de los problemas contemporáneos, y de las exigencias de la sociedad actual a que debe dar respuesta la norma fundamental del ordenamiento jurídico a riesgo, en caso contrario, de convertirse en letra muerta. Esa lectura evolutiva de la Constitución…, nos lleva a desarrollar la noción de cultura jurídica, que hace pensar en el Derecho como un fenómeno social vinculado a la realidad en que se desarrolla y que ya ha sido evocada en nuestra jurisprudencia previa… Pues bien, la cultura jurídica no se construye solo desde la interpretación literal, sistemática u originalista de los textos jurídicos, sino que también contribuyen a su configuración la observación de la realidad social jurídicamente relevante» (STC 198/2012, de 6 de noviembre, FJ 9). A mi juicio el Tribunal

Constitucional, al llevar a cabo el control del ajuste constitucional de la actualización de las normas civiles gallegas objeto de este recurso de inconstitucionalidad, ha optado de nuevo por una respuesta formalista, declarando su inconstitucionalidad por la falta de competencia de la Comunidad Autónoma de Galicia para legislar todo lo que exceda del derecho foral compilado en 1963 o aquellas normas consuetudinarias cuya vigencia a la entrada en vigor de la Constitución no resulte probada. Creo que esta postura se compadece mal con una norma constitucional competencial cuya finalidad es la promoción e impulso de un ejercicio dinámico a las comunidades autónomas con Derecho civil propio de la competencia legislativa civil reconocida en el artículo 149.1.8 CE».

[5] Entre otros comentarios que recogen dicha STC 133/2017, de 16 de noviembre, vid., EGUSQUIZA BALMASEDA, M.ª Ángeles, (2018), Conexión institucional necesaria: «desarrollo» de los derechos civiles propios en la última jurisprudencia del tribunal constitucional, *Derecho privado y Constitución*, 33, 2018, 47-78; en cuanto a la casación foral, (2015), *Curso de Derecho civil de Galicia,* Busto Lagos, José Manuel (Dir.), Natalia Álvarez Lata y Fernando Peña López, 155 y sigs.

[6] Vid., BELLO JANEIRO, Domingo, (2006), «El desarrollo del Derecho civil gallego en el marco constitucional», *Discurso leído el día 24 de febrero de 2006 en la Solemne Sesión de Ingreso del Académico de Número*, Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación, A Coruña. En él, entre otros extremos se anticipaba a los votos particulares antes transcritos, en particular, demandando la regulación v.gr., de los derechos del menor (Op. cit., pág. 41, nt. 16). Añadía también: «Desde el punto de vista de la historia del derecho civil de Galicia, en el conjunto de instituciones que pretenden constituir su esencia histórica legal, aparte de la escasa regulación del derecho de la persona, el peso del derecho sucesorio es mínimo, lo cual resulta, cuando menos, altamente empobrecedor, pues en la mayor amplitud y variedad posible de un repertorio institucional de normas sucesorias propias se encuentra, por definición, la esencia de todo derecho foral.— Sin profundizar en los antecedentes históricos del derecho civil gallego más que lo imprescindible, en 1963 se compilan figuras con gran tradición en Galicia, como la Compañía familiar o el Petruciazgo y su necesario complemento en el derecho de labrar y poseer, que tenían como finalidad principal mantener la unidad de la Casa y se recogen singulares modos de tenencia de la tierra, como los foros o la aparcería, siendo, en resumen, tales aspectos enunciados los más relevantes de su contenido.— En cambio, por lo que respecta ya a la normativa gallega vigente en materia sucesoria, se contiene una pormenorizada regulación y, en concreto, por lo que ahora nos interesa, en el ámbito de los pactos sucesorios, en la Ley de 1995 se lleva a cabo su reconocimiento como modo general de delación sucesoria, junto con el testamento y la ley, siendo en este punto la gran innovación de la Ley gallega la admisión ahora, sin tradición legal, salvo el aludido derecho de labrar y poseer, de la sucesión contractual en el ámbito de la comunidad autónoma, si bien no con carácter genérico, sino únicamente por referencia a los pactos específicamente previstos en la Ley».

[7] Vid, REBOLLEDO VARELA, A.L. (Coord.)., (2008), *Comentarios a la Ley de Derecho Civil de Galicia. Ley 2/2006, de 14 de junio*, Navarra; vid., también EGUSQUIZA BALMASEDA, M.ª Ángeles (2003), *Sucesión legal y voluntaria del cónyuge en las crisis matrimoniales*, Navarra; BUSTO LAGO, José Manuel (2008), La sucesión testada en la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia, *RCDI*, 705, en particular el epígrafe sobre *Pérdida de eficacia sobrevenida de la disposición a favor del cónyuge en los casos de separación, divorcio y nulidad matrimonial,* 102 y sigs.

[8] LÓPEZ FRÍAS, M.ª Jesús, (2012), La voluntad hipotética del testador en crisis matrimonial, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 5, BIB 2012\1126.

[9] De ahí, que en la última resolución de la Audiencia de la que traemos causa «se había presentado por la actora demanda de divorcio contra su marido el 3 de febrero de 2012. La demanda se admitió a trámite mediante decreto de 23 de febrero de 2012. Siendo la fecha de fallecimiento del causante el 26 de febrero de dicho año, sin que por ello pudiera llegar a ser judicialmente emplazado, el 1 de marzo de 2012, y por tal causa, a petición de la actora, se acordó tenerla por desistida de su demanda, por medio de decreto de 12 de marzo de 2012, del Juzgado de Primera Instancia 1 de Ferrol, en los autos de divorcio 108/2012.— Desde el 23 de enero de 2012, hasta la fecha del fallecimiento del causante, el

26 de febrero de dicho año, el matrimonio se encontraba separado de hecho, quedando la actora en el domicilio conyugal y el demandado en una residencia.— La actora exteriorizó su voluntad de fractura de su relación conyugal mediante la presentación de la demanda de divorcio, sin que, para obtener la disolución del vínculo conyugal, se requiriese la concurrencia de un motivo legal para ello, sino que basta la simple expresión de su voluntad, tras la reforma del artículo 86 del Código civil por la Ley 15/2005, de 8 de julio.— Si lo que pretendía la demandante era simplemente una pensión a cargo del marido para sufragar sus necesidades, lo lógico y natural, lo jurídicamente procedente, era la presentación de una demanda de alimentos provisionales (art. 143.1 CC) y no de divorcio.

[10] Seguidamente declara, «un grupo de resoluciones niegan la ineficacia de dichas cláusulas. La SAP de Madrid de 15 de abril de 2013, sostuvo que el testador estaba en su cabal juicio, pudo revocar el testamento y no lo hizo, y que las situaciones de divorcio no siempre son traumáticas y no implican necesariamente pérdida de afectividad. En análogo sentido la SAP de Madrid, de 13 de diciembre de 2013, confirmó la validez del testamento, argumentando que la causante pudo revocarlo durante más de ocho años desde la separación de hecho de su esposo, sin que lo hiciera, manteniendo la eficacia del testamento, recordando que las disposiciones testamentarias deben interpretarse teniendo en cuenta la voluntad del testador al tiempo de su otorgamiento, y que solo pueden revocarse por otras posteriores, sin que la simple voluntad de revocar un testamento tenga eficacia en tanto no se plasme en un nuevo testamento revocatorio. Se rechaza también que la utilización de la palabra esposo en el testamento, para determinar la institución, implique que esta se condiciona a la subsistencia del vínculo matrimonial, pues se argumenta por el Tribunal que las condiciones nunca se presumen. La SAP de Albacete de 30 de marzo de 2007 destaca también la necesidad de revocación expresa de las disposiciones testamentarias y la inexistencia en el Código civil de una norma que presuma la revocación en caso de divorcio, a diferencia de algunas legislaciones forales. En sentido contrario, la SAP de Granada de 11 de junio de 2010 admite la ineficacia sobrevenida de la disposición testamentaria por la posterior separación judicial de los cónyuges afirmando que «La cláusula citada, por su propio contenido y posibilidades que contempla, está pensada para el supuesto de que al morir el testador, su consorte no se hallare separada, manteniendo el derecho al usufructo del tercio destinado a mejora; cuota viudal que no le correspondía al momento del fallecimiento en el caso enjuiciado, al encontrarse separada legalmente. Respecto a la no revocación de la cláusula cuestionada, pese a que desde que se produjo la separación hasta el fallecimiento transcurrieron más de trece años, hemos de insistir en que, dado el contenido de esta, producida la separación que privaba a la esposa de su cuota legitimaria, así como la disolución de la sociedad legal de gananciales, seguida de su posterior liquidación, es impensable que el esposo creyera que aún le restaban derechos a la esposa *mortis causa*. El supuesto enjuiciado, debe resolverse por la vía de la interpretación de la voluntad hipotética. Otorgado el testamento, cuando se encontraba unido a su esposa por el matrimonio, de haber previsto que al momento de su fallecimiento pudiera estar separado de la misma y producido el hecho posteriormente, no la hubiera nombrado heredera y, por tanto, producido el hecho posteriormente, su voluntad, en tal sentido, ya no puede producir efectos. Por tanto, debe hablarse de ineficacia sobrevenida». La SAP de Málaga de 13 de diciembre de 1999 analiza la cuestión desde la perspectiva de la causa falsa en la institución, esto es, de la aplicación al caso del artículo 767 del Código civil. Considera que lo que deberá plantearse es lo que probablemente hubiera querido el testador de haber conocido el posterior divorcio. Para determinar si existe esa causa falsa acude a la prueba extrínseca. Y así, mediante una interpretación integradora y tomando en consideración el artículo 3 del Código civil en cuanto a la realidad social, el común de los testadores entendería que se instituye heredera a la esposa en tanto en cuanto es su esposa y esta disposición debe entenderse motivada por la consideración a que precisamente es su esposa; si el testador hubiera previsto que no lo sería no hubiera determinado dicha disposición, padeciendo, en consecuencia, de causa falsa de la institución de heredero regulada por nuestro Código civil en su artículo 767, la disposición testamentaria cuestionada en la presente *litis* y en este sentido debe declararse ineficaz.

[11] http://www.eljusticiadearagon.com/gestor/ficheros/_n006982_16%20-%20Revocacion%20e%20ineficacia%20del%20Testamento.pdf Vid., PARRA LUCÁN, M.ª Ángeles, (2015),

«Nulidad y revocación del testamento unipersonal (especial atención a los límites de la voluntad de disponer y su control)»,135.

[12] Vid., DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús (Dir.); BAYOD LÓPEZ, M.ª del Carmen, SERRANO GARCÍA, José Antonio, (Coord.), (2015), *Código del Derecho foral de Aragón Concordancias, Doctrina y Jurisprudencia*, Gobierno Foral de Aragón. En particular, BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena, Comentarios a la Sección 2.ª: *Revocación e ineficacia,* artículos 431 a 438, 631 y sigs., y la bibliografía allí citada.

[13] En este punto nos remitimos, literalmente, a las palabras, comentarios y bibliografía de BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena, Comentarios a la Sección 2.ª: *Revocación e ineficacia,* artículos 431 a 438, *Óp. y Loc. cit*. «Resumen doctrinal: El precepto regula los efectos de las situaciones de crisis matrimonial sobre las disposiciones testamentarias otorgadas por los cónyuges en testamento mancomunado. Se entiende que la alteración de la situación matrimonial afectaría a la voluntad de los testadores, que posiblemente se hayan olvidado de revocar el testamento. En consecuencia, dado que el testamento mancomunado se basa fundamentalmente en la confianza, es lógico que si los otorgantes— cónyuges entre sí, se separan, se divorcian o anulan su matrimonio, o fallecen encontrándose en trámite los procedimientos dirigidos a este fin, todas las atribuciones correspectivas, y las liberalidades que uno de ellos haya concedido al otro devengan ineficaces. Quedan a salvo por tanto todas las demás disposiciones a favor de terceros, aunque sean correspectivas. Todo ello salvo que la voluntad de los testadores sea otra o que por supuesto se haya revocado el testamento con anterioridad al fallecimiento del premoriente. — Es de reseñar, que la norma solo se refiere al testamento mancomunado otorgado entre cónyuges. No es aplicable a las liberalidades otorgadas recíprocamente por los cónyuges en testamentos individuales. Sorprende que no se haya extendido tampoco a las parejas estables. Parece como si el legislador entendiera que la situación de crisis matrimonial solo supondría un cambio de intenciones cuando las disposiciones correspectivas o las liberalidades recíprocas conformen un testamento mancomunado otorgado por cónyuges entre sí. Y en cuanto a la jurisprudencia, destaca la SAPZ de 13/12/2004 por cuanto la sentencia aplica por analogía el artículo 123 de la Lsuc. (hoy art. 438 CDFA) a una pareja de hecho que otorgan testamentos individuales en los que instituyen herederos a sus hijos y se legan recíprocamente el usufructo vitalicio de todos sus bienes. Se separan y no revocan el citado testamento. Fallece el varón. La Audiencia entiende que la concesión recíproca de usufructo es una liberalidad y deviene ineficaz porque señala: «si en las liberalidades concedidas en testamento por un cónyuge al otro devienen ineficaces si al fallecer el cónyuge estuviera en trámite del procedimiento de separación conyugal, con mayor (o, por lo menos igual) motivo no surtirán efecto las liberalidades que reúnan estos requisitos, cuando en una relación convivencial a modo matrimonial de hecho, ya se ha producido la separación de hecho». En el mismo sentido STSJA de 29/6/2005. Por fin, nos remite a la Bibliografía: BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena, La Sucesión testamentaria, 567-587, *Manual de Derecho Civil aragonés*, 567 a 587; BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena, *El testamento mancomunado. Estudios de documentos notariales aragoneses desde el siglo XVI hasta la actualidad,* Edit. El Justicia de Aragón, Zaragoza 1997; BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena, La correspectividad del testamento mancomunado, estado de la cuestión, *RDCA*, núm. 1, 1997, 31 y sigs.; ENCISO SANCHEZ, José Manuel El testamento de cónyuges aragoneses sin descendencia que deseen instituirse el uno al otro, *RDCA*, núm. 2, 1996. GARCÍA VICENTE, Fernando, El testamento mancomunado, *Actas de Foro Aragonés*, Terceros Encuentros, Zaragoza, 1993, 7 y sigs».

[14] Vid., también la STS, de 19 de mayo de 1992, siendo ponente MORALES MORALES, sobre la controversia del legado a un tercero de cosa propia del heredero o de un legatario «que establece y regula el citado precepto, aunque especie del legado de cosa ajena, a que se refieren los artículos 861 y 862, no requiere, a diferencia de este, que el testador sepa que la cosa legada pertenecía al heredero o legatario gravado con el legado, sino que es eficaz aunque no sepa de quién es la cosa o aunque la crea suya, salvo que habiéndolo ordenado por creerla propia, sea en realidad del gravado y del testamento resulte que no lo habría hecho de haber tenido conocimiento de ese extremo (art. 767 CC), aparte de que, aun cuando para dicha especie de legado fuera también exigible el requisito del conocimiento

de la ajenidad, que no lo es, en el caso que nos ocupa se daría también la concurrencia del mismo, como acertadamente dice la sentencia recurrida, pues aparece probado que los padres testadores sabían que la nuda propiedad de la heredad litigiosa».

[15] Vid., de la autora de estas líneas, (2019), Ausencia de competencia registral y notarial para la declaración de ineficacia de legado: la causa falsa como móvil y la aplicación analógica del 767 en el derecho común, *RCDI,* 733.

1.5. Obligaciones y contratos

# Nulidad por abusiva de la cláusula «no show» del contrato de transporte aéreo de pasajeros

# *Nullity of abusive «no show» clause of passenger air transport contract*

por

BEATRIZ SÁENZ DE JUBERA HIGUERO
*Profesora Doctora de Derecho Civil*
*Universidad de La Rioja*

*RESUMEN:* En este trabajo se analizará una cláusula frecuente en el contrato de transporte aéreo de pasajeros: la cláusula «no show» o de «no presentación», que permite la cancelación parcial de un billete en el que se incluyen varios trayectos cuando alguno de ellos previamente no fue utilizado por el pasajero. Se analizará su naturaleza, su contenido y los controles que deben hacérsele como condición general de la contratación, y las consecuencias de su declaración como abusiva. Y ello con referencia a la STS núm. 631/2018, de 13 de noviembre, que en el marco del ejercicio de una acción colectiva de protección de consumidores determinó el carácter abusivo y, por lo tanto, la nulidad de esta cláusula.

*ABSTRACT: This paper will analyze a frequent clause in the passenger air transport contract: the «no show» clause, which allows the partial cancellation of a ticket that includes several routes when some of them previously it was not used by the passenger. It will analyze its nature, its content and the controls that must be made as a general condition of the contract, and the consequences of its declaration as abusive. And this with reference to the STS nº. 631/2018, of November 13th, which, in the framework of the exercise of a collective action to protect consumers, determined the abusive nature and, therefore, the nullity of this clause.*

PALABRAS CLAVE: Cláusulas abusivas. Cláusula «no show». Consumidor. Contrato de transporte aéreo de pasajeros. Nulidad. Turista.

*KEY WORDS: Abusive clauses. «No show» clause. Consumer. Passenger air transport contract. Nullity. Tourist.*

*SUMARIO:* I. PLANTEAMIENTO.—II. EL CONTRATO DE TRANSPORTE AÉREO COMO CONTRATO DE ADHESIÓN.—III. LA CLÁUSULA «NO SHOW» EN EL CONTRATO DE TRANSPORTE AÉREO: 1. Concepto y contenido. 2. La cláusula «no show» como condición general de la contratación. 3. Control de abusividad de la cláusula «no show»: La STS núm. 631/2018, de 13 de noviembre.

4. Consecuencias de la abusividad declarada: nulidad y derechos por denegación de embarque.—IV. CONCLUSIONES.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES.

## I. PLANTEAMIENTO

La contratación en masa y los contratos de adhesión se han abierto camino con fuerza en distintos sectores de la contratación.

Entre ellos cabe referirse al transporte aéreo de pasajeros, en el que se centrará este trabajo; un sector que acoge en sus diversos contratos una serie de condiciones generales impuestas y prerredactadas que deben ser objeto de oportunos controles de incorporación, transparencia y de contenido.

Una de esas condiciones generales es la cláusula «no show» o de «no presentación» que viene a sancionar al pasajero que no usó alguno de los trayectos adquiridos (en billetes de ida y vuelta o vuelos con escala o escalas en otros aeropuertos) con la cancelación del billete para los trayectos pendientes.

El objeto de este trabajo es analizar esta cláusula: su naturaleza, su contenido y los controles que deben hacérsele como condición general de la contratación, así como las consecuencias de su declaración como abusiva, y de la denegación de embarque. Y ello con referencia a la STS núm. 631/2018, de 13 de noviembre, que en el marco del ejercicio de una acción colectiva de protección de consumidores determinó el carácter abusivo y, por lo tanto, la nulidad de esta cláusula.

## II. EL CONTRATO DE TRANSPORTE AÉREO COMO CONTRATO DE ADHESIÓN

Ante la tradicional contratación ordinaria negociada fruto de los pactos y acuerdos a los que ambas partes contratantes han llegado libre y conscientemente en virtud de la llamada autonomía de la voluntad privada, reconocida como principio rector de la contratación entre las partes en el artículo 1255 del Código civil (dentro de los límites marcados por este precepto), desde hace años se abrió un importante hueco a una nueva forma de contratar: la contratación en masa o en serie y los contratos de adhesión. Fundamentalmente en la venta de bienes y en la prestación de servicios, ante la repetición habitual del mismo tipo de contratos con distintos clientes, los empresarios empezaron a elaborar (o encargar a terceros su elaboración) varios contratos tipo o modelos de contratos con una serie de cláusulas prerredactadas iguales en todos esos contratos del mismo tipo en los que se incluían (las llamadas condiciones generales de la contratación); de esta manera se buscaba agilizar el tráfico y el proceso de contratación, ya que directamente se ofrecía el contrato con su contenido ya predispuesto al cliente, sin posibilidad de negociación individual. El cliente simplemente se adhiere al clausulado predispuesto; de ahí el nombre atribuido a estos contratos: contratos de adhesión. Si el adherente quiere conseguir ese bien o la prestación de ese servicio por ese empresario solo puede aceptar las condiciones que este le impone; la única libertad que se reconoce al adherente en este tipo de contratos es la de decidir contratar y firmar el contrato y vincularse o no contratar; pero si acepta firmar el contrato lo tendrá que hacer con esas condiciones, sin que pueda alterarlas, excluirlas o modificarlas; no hay negociación individual al respecto.

Esta forma de contratación tiene indudablemente ventajas; de lo contrario no se hubiera consolidado en el tráfico jurídico y admitido con la amplitud que se hace. Así, se aporta rapidez y agilidad en la contratación, se ahorran costes

de tiempo y de especialización del empleado del empresario ya que no necesita tener formación y conocimientos específicos pues las cláusulas ya están impuestas y no se negocian; y puede hablarse también en ese sentido de la facilidad de coordinación entre los empleados y el empresario en el marco de esos contratos, pues ya vienen dados.

Sin embargo, también surgen inconvenientes claros: fundamentalmente vinculados al posible desequilibrio injustificado en las prestaciones de las partes; no cabe duda de que el predisponente al imponer unas cláusulas a lo que atenderá es a su propio interés. Y por eso el legislador y juzgador debe tener muy presente esta situación de predisposición y adhesión para proteger al adherente que, sin duda en este caso, es la parte más débil del contrato. Una protección que se reconocerá especialmente al adherente consumidor.

Entre los diversos sectores en los que la contratación en masa se ha abierto camino y se ha consolidado es el de transporte de pasajeros, y entre ellos, por lo que a este trabajo respecta y en lo que se va a centrar, el transporte aéreo de personas. Con el transporte aéreo de personas se hace referencia al contrato por el que el transportista se obliga a trasladar a una persona (viajero o pasajero) y a su equipaje de un lugar de origen a otro de destino en perfectas condiciones.

Son numerosos los contratos que diariamente se celebran en este ámbito, y cada compañía aérea ofrece la contratación de distintos vuelos en masa: podrá elegirse lugar de destino, lugar de origen y fecha del vuelo (incluso el vuelo directo o con escalas), pero el clausulado de ese contrato será el mismo que en el resto de vuelos ofertados por esa compañía aérea a cualquier destino, desde cualquier origen y/o cualquiera que sea la fecha en que se realice el vuelo.

En los últimos años además ha crecido el número de contratos por vía electrónica, a través de plataformas intermediarias o bien directamente en las páginas webs de las compañías aéreas.

En todo caso, sea de modo electrónico o sea presencialmente a través de agencias de viajes que actúan como intermediarias, lo cierto es que el cliente pasajero (que como destinatario final es considerado como consumidor) tan solo indica como condiciones del contrato pretendido los lugares (aeropuertos) de origen y destino y la fecha o fechas (si se busca ida y vuelta o bien si tiene cierta flexibilidad para elegir fechas) en que se quiere hacer el vuelo; y fundamentalmente la elección que se haga entre las distintas ofertas existentes será atendiendo al precio final y, en algunos casos también, al aeropuerto de origen y de destino (para ver la cercanía con las ciudades de origen y de visita, pues podría exigir contratar otro medio de transporte y según cuál este aumentar el coste del viaje) y quizás también a la compañía aérea (por la confianza que esta pueda dar según su trayectoria empresarial hasta ese momento). Pero en la práctica la comparación entre ofertas no se centra en otro tipo de cláusulas. Es más, solo se hace referencia a las cláusulas generales y particulares del contrato al final, en los momentos previos al pago, cuando ya se ha seleccionado el vuelo que se quiere contratar (y se ha seleccionado, como he indicado, por el precio, compañía, y localización de los aeropuertos de origen y de destino).

Si se contrata por agencia de viaje normalmente el clausulado general de ese contrato de transporte aéreo va incluido en el paquete de un viaje combinado organizado, y ese clausulado general afecta a todo el paquete o se ve inmerso en toda la maraña de cláusulas de ese paquete turístico (un condicionado también general y un contrato del paquete turístico que en cierto modo también podrá considerarse como de adhesión[1]). Si se contrata el vuelo por agencia de viaje o intermediario pero como un contrato o servicio único, igualmente el condicionado

general no se hará llegar hasta el momento en que el cliente futuro pasajero firme con la agencia y vaya a pagar el vuelo; y como los lugares de origen y destino se ajustan a lo querido, así como la fecha o fechas del vuelo, y el precio lo acepta, al final el cliente o pasajero no atiende en la práctica al resto de condiciones impuestas y predispuestas.

En la contratación electrónica directa del futuro pasajero sucede algo similar: es cuando requieren su aceptación para continuar con la tramitación de la compra cuando hay un enlace para las condiciones generales de la contratación y las posibles particulares que también se hayan predispuesto. Antes de continuar con la compra se debe marcar el apartado señalado como que aceptas el condicionado general y particular. Si se abre el enlace puede verse ese clausulado y leerlo, sí; pero es largo y en la práctica no hay mucho tiempo para detenerte en él y su contenido pues pasado un tiempo no muy largo resulta que la página web suspende la tramitación de compra por caducidad de la sesión, y entonces se pierde la selección del vuelo ya hecha y debe volverse a empezar con la contratación y búsqueda del vuelo; en el mejor de los casos encuentras el mismo vuelo seleccionado con el mismo precio; pero en ocasiones ya no está esa oferta, el precio no es el mismo sino más caro y el cliente al final en la práctica en ocasiones futuras decidirá ni siquiera leer ese condicionado general ya que en cualquier caso no va a poder modificarlo y lo que quiere y necesita es ese vuelo a ese precio, con ese lugar de origen y destino y en esa fecha seleccionada; así que no pierde el tiempo en consultar y leer un condicionado general del contrato largo, técnico y lleno de cláusulas que no va a poder en ningún caso modificar.

Por lo tanto, y en definitiva, la contratación de un servicio de transporte aéreo se ha convertido ya en una contratación en masa bajo la forma de contratos de adhesión.

## III. LA CLÁUSULA «NO SHOW» EN EL CONTRATO DE TRANSPORTE AÉREO

### 1. Concepto y contenido

La cláusula «no show» o de «no presentación» es una cláusula incluida en billetes adquiridos para viajes de ida y vuelta por la que se determina la facultad de la compañía aérea de cancelar el billete de trayecto de vuelta si el pasajero no ha utilizado el viaje de ida, a pesar de que ese vuelo de vuelta ya estuviera pagado; en otras palabras, se obliga al pasajero a utilizar el vuelo de ida si quiere utilizar el de vuelta, bajo la pena de cancelación del viaje de vuelta, denegándosele en ese caso el embarque por tal motivo.

Este tipo de cláusula se utilizó desde hace años por determinadas compañías aéreas con las consecuentes quejas de los consumidores y de las asociaciones de consumidores. En concreto, la compañía Iberia la ha estado utilizando e incluyendo dentro del condicionado general de sus contratos de transporte aéreo de pasajeros hasta que el Tribunal Supremo en su sentencia núm. 631/2018, de 13 de noviembre, la declaró abusiva y, por ello, nula. Pero el proceso instando esa nulidad se inició ya en julio de 2011 por medio de una demanda en ejercicio de una acción colectiva por la Organización de Consumidores y Usuarios (en adelante, OCU); y pese a que en las distintas instancias judiciales esta cláusula se determinó que era abusiva y nula, ordenando a Iberia el cese en su uso, por los sucesivos recursos y la lentitud judicial (más de siete años de proceso judicial entre las tres instancias), sin preverse ni acordarse la sus-

pensión cautelar provisional del uso de estas condiciones, lo cierto es que los consumidores han estado soportando esta cláusula durante estos últimos años hasta finales de 2018.

La cláusula «no show» de Iberia declarada abusiva y nula en esta sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2018 tenía el siguiente tenor literal: «Dependiendo del tipo de tarifa, clase de servicio, estancia en destino, oferta, etc., puede realizar su reserva para vuelos de ida o ida y vuelta. Independientemente de la tarifa aplicada, si alguno de los trayectos comprados no se usa, automáticamente se cancelarán los trayectos restantes comprendidos en el mismo billete».

Junto con la aplicación de esta cláusula claramente a los billetes de ida y vuelta cuando el billete de ida no se utiliza por el pasajero, también podría ser aplicable a billetes de ida y vuelta en el que la ida se hacía a través de un vuelo con escala y, aunque se utilizó el billete de ida, se hizo parcialmente pues no se usó el segundo trayecto hasta el destino (no se realizó esa escala, enlace o transbordo), quedándose como destino final el lugar donde solo debía realizarse la escala o transbordo.

## 2. La cláusula «no show» como condición general de la contratación

Una constante en el análisis de las diversas cláusulas cuya nulidad por abusividad se ha planteado ante los tribunales, especialmente en los últimos años, es la consideración o no como condición general de la contratación de la cláusula litigiosa.

Como punto de partida en esta cuestión debemos tener en cuenta lo previsto en la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (en adelante, LCGC) que en su artículo 1 señala: «Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos». Como puede observarse, se vincula la existencia de estas cláusulas a las siguientes notas: prerredacción e incorporación unilateral de las mismas por una de las partes del contrato (predisponente) y, por tanto, en contratos de mera adhesión (sin posibilidad de negociación respecto de esas cláusulas por la otra parte contratante (adherente, sea consumidor o no, pero con una protección especial en caso de serlo); y utilización en la llamada contratación en masa o seriada (STS núm. 406/2012, de 18 de junio).

Por su parte, en el ámbito de la protección de los consumidores, la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores ya advertía que «se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión» (art. 3.2 de la referida Directiva). La negociación individual de una cláusula será carga de la prueba del que la alegue, concretamente del profesional o empresario.

Dentro de nuestra jurisprudencia, cabe destacar los requisitos señalados en la STS núm. 241/2013, de 9 de mayo, para que una cláusula se considere como condición general de la contratación (apartado 137 de la referida sentencia), y que han sido reiterados y tomados en cuenta por la jurisprudencia posterior:

1. Contractualidad: se trata de «cláusulas contractuales» y su inserción en el contrato no deriva del acatamiento de una norma imperativa que imponga su inclusión.

2. Predisposición: la cláusula ha de estar prerredactada, siendo irrelevante que lo haya sido por el propio empresario o por terceros, siendo su característica no ser fruto del consenso alcanzado después de una fase de tratos previos. En particular, en el caso de los contratos de adhesión.

3. Imposición: su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes —aunque la norma no lo exige de forma expresa, dada su vocación de generalidad, debe ser impuesta por un empresario—, de tal forma que el bien o servicio sobre el que versa el contrato solo puede obtenerse mediante el acatamiento a la inclusión en el mismo de la cláusula.

4. Generalidad: las cláusulas deben estar incorporadas a una pluralidad de contratos o estar destinadas a tal fin ya que, como afirma la doctrina, se trata de modelos de declaraciones negociales que tienen la finalidad de disciplinar uniformemente los contratos que van a realizarse. Ahora bien, como se advierte en el apartado 149 de esta STS de 9 de mayo de 2013, «la norma vigente, fruto de la transposición de la Directiva 93/13, no requiere que las condiciones estén redactadas para ser aplicadas a "todos los contratos" que aquella o estos celebren, ni exige la inevitabilidad. Solo que se trate de cláusulas "no negociadas individualmente"».

5. A estas notas anteriores se añadiría la advertencia de que resulta irrelevante la autoría material, la apariencia externa, su extensión y cualesquiera otras circunstancias y que el adherente sea un profesional o consumidor.

Además, concluye el Tribunal Supremo en esta sentencia de 9 de mayo de 2013 (apartado 144) que:

«a) El hecho de que se refieran al objeto principal del contrato en el que están insertadas, no es obstáculo para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de la contratación, ya que estas se definen por el proceso seguido para su inclusión en el mismo.

b) El conocimiento de una cláusula —sea o no condición general o condición particular— es un requisito previo al consentimiento y es necesario para su incorporación al contrato, ya que, en otro caso, sin perjuicio de otras posibles consecuencias —singularmente para el imponente— no obligaría a ninguna de las partes.

c) No excluye la naturaleza de condición general de la contratación el cumplimiento por el empresario de los deberes de información exigidos por la regulación sectorial».

La cláusula «no show», en los términos que se ha comentado sobre su concepto, contenido e inclusión en el contrato, cumple con estas características propias de las condiciones generales, por lo que, salvo que la entidad acredite que fueron negociadas individualmente, deben calificarse como tales. Y, en consecuencia, procede la aplicación de los controles establecidos por la LCGC y 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 (en adelante, TRLCU), tal y como se han interpretado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina.

En primer lugar, un control de inclusión o incorporación, atendiendo a los requisitos formales de los artículos 5 y 7 LCGC. La LCGC en su artículo 5 acoge

ciertos requisitos de incorporación de las condiciones generales vinculados a la información de su existencia, la entrega de un ejemplar de las mismas o facilitar su acceso a las mismas si el contrato no se hizo por escrito, su aceptación por el adherente y la expresa referencia a las mismas en el contrato. Y, especialmente debe destacarse la exigencia del artículo 5.5 LCGC de que la redacción de las cláusulas generales se ajuste a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez. El artículo 7 LCGC, por su parte, advierte de que no se incorporarán al contrato aquellas condiciones generales que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, ni las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles. Este control se superaría con la acreditación del cumplimiento de estos deberes formales, con independencia de que el adherente efectivamente tenga conocimiento o no de su contenido y/o lo comprenda.

Pero, tras la STS núm. 241/2013, de 9 de mayo, se acuñó un nuevo control separado y diferente del control de inclusión: el llamado control de transparencia material que no se agota en el mero cumplimiento de los requisitos de incorporación antes referidos ni en la redacción clara, comprensible y sin ambigüedades de la cláusula (lo que podría denominarse como transparencia interna de la cláusula), sino que atiende a la incidencia que ha podido tener la inclusión de la cláusula suelo en la defraudación de la expectativa legítima del consumidor sobre la oferta y en el conocimiento efectivo de la carga económica y jurídica del contrato en los términos en que los suscribe; un conocimiento real y efectivo de su posición jurídica en el contrato y los derechos, obligaciones y riesgos asumidos con su firma. Esta transparencia se ha vinculado con las exigencias de información del empresario predisponente al adherente con el fin de hacer efectivo ese conocimiento consciente del contenido y carga del contrato en sus distintas cláusulas.

Por último, cabe aludir a otro control que tradicionalmente se viene aplicando a las condiciones generales de la contratación, si bien en el marco de la protección de los consumidores, pues es ahí donde encuentra su ámbito de aplicación la abusividad de las cláusulas; me refiero al control de contenido: este control viene ligado en general a comprobar la existencia de un perjuicio y desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes, con una actuación contraria a la buena fe, de modo que de concurrir estas circunstancias la cláusula sería considerada abusiva y por ello nula. En el marco de la declaración de las cláusulas no negociadas individualmente como abusivas, tanto la Directiva 93/13/CEE, en su artículo 3.1, como el artículo 82 TRLCU ponen el acento en que esa cláusula implique, en contra de la buena fe, un desequilibrio importante en perjuicio del consumidor entre los derechos y obligaciones de las partes derivados del contrato[2].

## 3. Control de abusividad de la cláusula «no show»: La STS núm. 631/2018, de 13 de noviembre

En el caso planteado y estudiado por la STS de 13 de noviembre de 2018, además de otras cláusulas, se pedía la nulidad por abusiva de la cláusula «no show» que Iberia había incluido en sus billetes y contratos de transporte aéreo de pasajeros como condición general. Tanto en primera como en segunda instancia se declaró nula por abusiva. Pero se planteó recurso de casación por Iberia al respecto de esta cláusula aduciendo que no podía controlarse el con-

tenido de esta cláusula por cuanto afecta a un elemento esencial del contrato, más concretamente la causa. Alegaba en concreto que con la venta de un billete combinado de ida y vuelta «se está ante un contrato de objeto o cuerpo cierto —ambos vuelos, como unidad de prestación—, y que por tanto no es escindible por voluntad unilateral del adquirente, a quien entendemos que la sentencia [recurrida] privilegia esta vez abusiva e indebidamente»; consideran por ello que si el pasajero utilizara solamente uno de los trayectos contratados, estaría alterando la causa del contrato en sí misma.

Respaldando la postura de la Audiencia Provincial a este respecto, el Tribunal Supremo en esta sentencia de 13 de noviembre de 2018 rechazó este argumento por cuanto esta cláusula no afecta a un elemento esencial del contrato.

Como punto de partida a este respecto debe tenerse en cuenta que la STJUE de 30 de abril de 2014 (asunto Kásler, C-26/13) advirtió que, bajo una interpretación estricta del artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, por «cláusulas que se refieran al objeto principal del contrato» deben entenderse aquellas que regulan las prestaciones esenciales de ese contrato y que como tales lo caracterizan.

Y en los contratos de transporte aéreo de pasajeros las prestaciones esenciales del contrato son el pago por el viajero del precio por los billetes adquiridos y la prestación del transporte por parte de la compañía aseguradora en una concreta fecha, entre los lugares origen y destino acordados y en las oportunas condiciones de calidad. Y ambas partes pueden exigir de la otra el cumplimiento efectivo de su obligación contractual; en concreto, por lo que al objeto de este trabajo interesa, el viajero tiene el derecho a exigir la prestación y facilitación de ese transporte y a usar el transporte contratado.

Ahora bien, ese derecho a usar el transporte no supone que exista la obligación de usarlo, pese a que pagó por él; y por ello no puede concebirse tal obligación de uso como una prestación esencial del contrato de transporte aéreo, precisamente porque no existe tal obligación ni puede unilateralmente convertirse un derecho de uso, que es lo que propiamente se deriva de este tipo de contratos, en una obligación de uso del viajero. De igual modo, por existir no una obligación de uso sino un derecho de uso, tampoco cabe que la utilización parcial del billete por el pasajero, y con ello de la prestación de la compañía aérea en virtud de este contrato, suponga una modificación por el viajero del objeto principal del contrato. Es por ello que el Tribunal Supremo advierte que esta cláusula «no show» no afecta a elementos esenciales del contrato y puede ser objeto de control de contenido y de abusividad incluso cuando supere el control de incorporación (es decir, se haya redactado de modo claro y comprensible).

Por otro lado, cabe advertir que el artículo 1169 del Código civil ciertamente prohíbe que pueda compelerse al acreedor a recibir parcialmente las prestaciones a que tiene derecho; pero esto no significa que él voluntariamente no pueda decidir usar parcialmente esa prestación a que tiene derecho (en este caso, el transporte o desplazamiento aéreo), en tanto ello no cause perjuicio al deudor (en este caso, la compañía aérea).

Y es precisamente en esto en lo que insiste Iberia en su recurso. Alega la compañía aérea que esta cláusula «no show» suponía un elemento fundamental de la política de precios de la compañía, «puesto que la venta por separado de cada uno de los tramos del transporte aéreo le reportaría beneficios superiores a la venta conjunta de tales tramos, en un solo billete, como es el caso de los billetes de ida y vuelta o de los que incluyen varios enlaces». En definitiva, pretende fundamentar que esa decisión del pasajero de no usar alguno de los trayectos contratados le supone un perjuicio injustificado.

Pero ese perjuicio apuntado y alegado de forma tan genérica es descartado por el Tribunal Supremo en esta sentencia de 13 de noviembre de 2018.

Ciertamente en el caso de la venta de billetes de ida y vuelta tradicionalmente suponen un precio algo más barato que en la venta de billetes separados. Ahora bien, eso también implica precisamente un incentivo para que la compañía aérea venda dos billetes y no uno solo, lo cual le beneficia; y además no debe obviarse que generalmente el importe abonado finalmente por el pasajero y recibido por la compañía aérea será así mayor que el que abonaría de adquirir solo uno de los trayectos (el de ida o el de vuelta).

La política de precios a seguir por la compañía aérea es una decisión voluntaria y una opción legítima de estrategia empresarial en el marco del principio de competencia en el mercado.

Pero no puede admitirse la alegación de perjuicio de la compañía aérea por el hecho de no usar uno de los trayectos adquiridos: la compañía recibió el precio del billete de vuelta o el del trayecto finalmente no usado (aunque fuera un precio más reducido por ser adquirido como billete de ida y vuelta o con escalas), y no puede afirmarse que la falta de uso de ese billete y la ausencia del pasajero en el avión le haya causado un incremento de costes y con ello un perjuicio; de hecho, como señala el Tribunal Supremo, sucedería en todo caso lo contrario.

Tenemos que tener en cuenta que en este caso resuelto por la STS núm. 631/2018, de 13 de noviembre, se ejercita una acción colectiva pretendiendo la nulidad de la cláusula «no show» contenida en todos los contratos de transporte aéreo de pasajeros de Iberia; no es una acción individual relativa a un concreto contrato en el que haya que analizar el caso específico, las circunstancias y el motivo del no uso del concreto pasajero, el posible perjuicio exacto que pudiera causarse… No. Y es que se trata de una acción colectiva con base en una condición general de la contratación, por ello, no negociada individualmente, integrada en pluralidad de contratos (y en consecuencia, afectando a múltiples y diversos pasajeros con muy distintos potenciales motivos para el no uso de ese trayecto) y cuyo contenido debe analizarse y controlarse de modo más abstracto y general atendiendo a todo posible pasajero.

El Tribunal Supremo considera que los únicos supuestos en que pudiera considerarse que la utilización de solamente uno de los tramos perjudica a la compañía (si es que causa algún perjuicio, puesto que en caso de incomparecencia del viajero podría vender el billete de ese tramo a un viajero en lista de espera, de existir esta) serían aquellos excepcionales en que el billete que comprende varios tramos se comercialice a un precio inferior incluso al precio de un tramo aislado, porque las ofertas de unos y otros vuelos vayan dirigidas a grupos de clientes diferentes, y el viajero ha comprado el billete con varios tramos con la idea deliberada de utilizar solo uno de esos tramos, por resultarle más económico que comprar el billete que contenga exclusivamente ese tramo.

Pero debe tenerse en cuenta que las razones de no usar el billete en un concreto trayecto de los distintos adquiridos pueden ser de índole muy diversa: desde la propia voluntad de no usar, a razones involuntarias como una enfermedad, un accidente, una huelga o manifestación que le haya impedido llegar a tiempo al aeropuerto, un hecho que le obligue a adelantar o atrasar la fecha u hora del viaje de ida… Pero no puede identificarse a todos los viajeros automáticamente con el viajero que adquiere el billete de ida y vuelta o con varios tramos o escalas con la intención deliberada de usar solo un trayecto porque así le sale más económico que comprarlo como trayecto único o separado. En ocasiones, de hecho, incluso cabe pensar que si después pretende usar el billete de vuelta

es porque habrá realizado el viaje de ida por medio de otro transporte, que le habrá supuesto algún coste económico.

En todo caso, el pasajero abonó el precio del billete no usado y también el precio del billete que se le ha cancelado unilateralmente por la compañía aérea por aplicación de la cláusula «no show»; y si se ha pagado el billete le corresponde el derecho a usarlo o no, pues con ello ningún perjuicio se causa a la compañía aérea.

De hecho, con la aplicación de esta cláusula lo que realmente se produce es un desequilibrio en las prestaciones de las partes en perjuicio del consumidor pasajero, pues él sí cumplió con su obligación de pago del precio íntegro, pero, sin embargo, en virtud de esta cláusula «no show» se le impide disfrutar de la contraprestación, denegándosele el embarque. Esto supone un control arbitrario del cumplimiento del contrato por parte de la compañía aérea, prohibido por el artículo 1256 del Código civil. Y es más, cabría incluso hablar de enriquecimiento injusto si la compañía tras la falta de uso del billete de ida o de uno de los tramos de enlace o escala cancela el resto de los vuelos o billetes por los trayectos pendientes y los vende a otra persona: en este caso la compañía aérea está percibiendo un doble precio por esa misma prestación, negando a uno de los compradores pagadores la prestación a la que tiene derecho.

La imposición de estas cláusulas supone un abuso ilegítimo e injustificado por parte de las compañías aéreas y un grave desequilibrio de las prestaciones, contrario a la buena fe, en perjuicio del pasajero consumidor; un perjuicio desproporcionado que no cabe imponer de modo genérico a todo pasajero que utilice parcialmente la prestación a la que tiene derecho por la compra de un billete de avión de ida y vuelta o con varias escalas; y sin que la protección de la política de tarifas económicas de la compañía aérea justifique la aceptación de tal previsión en un condicionado general de un contrato de adhesión.

## 4. Consecuencias de la abusividad declarada: nulidad y derechos por denegación de embarque

Consecuencia de la declaración como abusiva de esta cláusula, la cláusula sería nula, y por lo tanto no producirá efecto alguno.

Pero dado que se ejercitó una acción colectiva lo que se determinó en la STS de 13 de noviembre de 2018 fue el cese en el uso de esta cláusula en el condicionado general de los contratos de Iberia; aunque ciertamente cabe esperar que esta doctrina se aplique igualmente a contratos de otras compañías aéreas que utilicen esta misma cláusula, lo cual desincentivaría el uso efectivo por todas ellas de este tipo de cláusulas y su inclusión como condición general en sus contratos.

Como no se trataba de una acción individual con ocasión de un contrato concreto y un perjuicio específico causado a un pasajero determinado, en esta STS de 13 de noviembre de 2018 no se señalaron consecuencias directas relativas a una eventual indemnización al pasajero o derechos de compensación por la denegación de embarque en contra de su voluntad. No se considera una situación de cancelación de vuelo pues el vuelo no se cancela como tal: el vuelo se realiza, pero no con el pasajero afectado por la cláusula «no show»; lo que se cancela es su billete, pero no el vuelo; y en este sentido cabe hablar más oportunamente de una situación de denegación de embarque en contra de la voluntad del pasajero (que se presenta a embarcar cumpliendo las exigencias de documentación y hora de antelación previstas).

Pero cabe plantear esta hipótesis y darle una respuesta. Así, ante la denegación de embarque por la cancelación del billete con ocasión de esta cláusula «no show» cabría atender a los derechos reconocidos al pasajero con ocasión de una denegación de embarque por cualquier causa en contra de la voluntad del pasajero previstos en el Reglamento (CE) núm. 261/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2004, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos.

Este Reglamento núm. 261/2004, conforme indica su artículo 3, se aplica: a) a los pasajeros que partan de un aeropuerto situado en el territorio de un Estado miembro sujeto a las disposiciones del Tratado; b) a los pasajeros que partan de un aeropuerto situado en un tercer país con destino a otro situado en el territorio de un Estado miembro sujeto a las disposiciones del Tratado, a menos que disfruten de beneficios o compensación y de asistencia en ese tercer país, cuando el transportista aéreo encargado de efectuar el vuelo en cuestión sea un transportista comunitario.

Para vuelos internacionales que no entrasen dentro del ámbito de aplicación de este Reglamento comunitario núm. 261/2004 se deberá atender al Convenio de Montreal para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional, desarrollado en el ámbito comunitario por el Reglamento (CE) núm. 2027/97 del Consejo de 9 de octubre de 1997 relativo a la responsabilidad de las compañías aéreas respecto al transporte aéreo de los pasajeros y su equipaje.

En este trabajo nos centraremos en las previsiones del Reglamento europeo núm. 261/2004. Y en concreto esta norma en su artículo 4.3 advierte que «en caso de que deniegue el embarque a los pasajeros contra la voluntad de estos, el transportista aéreo encargado de efectuar el vuelo deberá compensarles inmediatamente de conformidad con el artículo 7 y prestarles asistencia de conformidad con los artículos 8 y 9».

En consecuencia, podemos distinguir los siguientes derechos que se reconocerán al pasajero a quien en contra de su voluntad se le deniegue el embarque con ocasión de esta cláusula «no show», cuando se presenten a facturación o embarque en la hora indicada o con la suficiente antelación y con la documentación indicada (art. 3.2 Reglamento núm. 261/2004):

1. Un derecho de atención (art. 9 del citado Reglamento), consistente en el deber de la compañía aérea de ofrecer gratuitamente a los pasajeros: a) comida y refrescos suficientes, en función del tiempo que sea necesario esperar; b) alojamiento en un hotel en los casos en que sea necesario pernoctar una o varias noches, o en que sea necesaria una estancia adicional a la prevista por el pasajero; c) transporte entre el aeropuerto y el lugar de alojamiento (hotel u otros); d) además, se ofrecerán a los pasajeros gratuitamente dos llamadas telefónicas, télex o mensajes de fax, o correos electrónicos. Se deberá prestar atención especial a las necesidades de las personas con movilidad reducida y de sus acompañantes, así como a las necesidades de los menores no acompañados.

2. Un derecho de reembolso o transporte alternativo (art. 8 del Reglamento núm. 261/2004) de modo que se ofrecerán por la compañía aérea a los pasajeros las opciones siguientes:

a) el reembolso en siete días (en metálico, por transferencia bancaria electrónica, transferencia bancaria, cheque o, previo acuerdo firmado por el pasajero, bonos de viaje u otros servicios) del coste íntegro del billete en el precio al que se compró, correspondiente a la parte o partes del viaje no efectuadas y a la parte o

partes del viaje efectuadas, si el vuelo ya no tiene razón de ser en relación con el plan de viaje inicial del pasajero, junto con, cuando proceda, un vuelo de vuelta al primer punto de partida lo más rápidamente posible;

b) la conducción hasta el destino final en condiciones de transporte comparables, lo más rápidamente posible; o

c) la conducción hasta el destino final, en condiciones de transporte comparables, en una fecha posterior que convenga al pasajero, en función de los asientos disponibles.

3. Un derecho de compensación (art. 7 del referido Reglamento) por valor (abonado en metálico, por transferencia bancaria electrónica, transferencia bancaria, cheque o, previo acuerdo firmado por el pasajero, bonos de viaje u otros servicios) de: a) 250 euros para vuelos de hasta 1500 kilómetros; b) 400 euros para todos los vuelos intracomunitarios de más de 1500 kilómetros y para todos los demás vuelos de entre 1500 y 3500 kilómetros; c) 600 euros para todos los vuelos no comprendidos en los apartados a) o b). Estos valores en compensación podrán reducirse a la mitad cuando se ofrezca un transporte alternativo por la compañía aérea y se le traslada a su destino con una diferencia en la hora de llegada prevista en el billete original: a) que no sea superior a dos horas, para todos los vuelos de 1500 kilómetros o menos; o b) que no sea superior a tres horas, para todos los vuelos intracomunitarios de más de 1500 kilómetros y para todos los demás vuelos de entre 1500 y 3500 kilómetros; o c) que no sea superior a cuatro horas, para todos los vuelos no comprendidos en los apartados a) o b).

A estos derechos indicados en los artículos 4.3, 7, 8 y 9 del Reglamento europeo núm. 261/2004, cabría añadir la posible compensación suplementaria prevista por el artículo 12 del citado Reglamento que se abonará al margen de esa compensación automática prevista en el artículo 7 del Reglamento, aunque esta podrá deducirse de aquella. Tal compensación suplementaria podría consistir en una indemnización por los concretos daños y perjuicios sufridos por el pasajero (por ej. indemnización por pérdida de la posibilidad de uso de entradas adquiridas de un espectáculo en el lugar de destino del vuelo cuyo embarque se deniega; imposibilidad de asistir a una reunión empresarial o cita profesional relevante…), incluido el daño moral (vinculado a aspectos como la tensión o incomodidad, falta de posibilidad de comunicación con el lugar de destino del vuelo para evitar consecuencias más graves derivadas de la denegación de embarque y retraso en llegar a ese destino, pérdida de tiempo que pueda ser relevante a determinados efectos laborales, profesionales o familiares…)[3]. A este respecto cabe recordar que las previsiones del Reglamento (CE) núm. 261/2004 son de los derechos mínimos reconocidos a los pasajeros en estas circunstancias (art. 1 del citado Reglamento).

Tal y como señala la STJUE de 13 de octubre de 2011 (asunto Sousa Rodríguez, C-83/10), la compensación concedida a los pasajeros aéreos sobre la base del artículo 12 del Reglamento núm. 261/2004 pretende completar la aplicación de las medidas previstas en dicho Reglamento, de modo que los pasajeros sean compensados por la totalidad del perjuicio que hayan sufrido a causa del incumplimiento, por parte del transportista aéreo, de sus obligaciones contractuales. Además, recuerda el TJUE en esta resolución que, como ya ha declarado anteriormente, «las medidas de asistencia y atención estandarizadas e inmediatas adoptadas en virtud del Reglamento nº 261/2004 no impiden por sí mismas que los pasajeros afectados, en el caso en que el mismo incumplimiento por parte del transportista

aéreo de sus obligaciones contractuales les cause también daños que den derecho a una indemnización, puedan ejercitar, además, las acciones de indemnización de dichos daños en las circunstancias previstas en el Convenio de Montreal (véase, en este sentido, la sentencia de 10 de enero de 2006, IATA y ELFAA, C-344/04, Rec. p. I-403, apartado 47)». En este sentido, concluye el TJUE en su sentencia de 13 de octubre de 2011 que «el concepto de "compensación suplementaria", mencionado en el artículo 12 del Reglamento nº 261/2004, debe interpretarse en el sentido de que permite al juez nacional conceder, en las condiciones previstas por el Convenio de Montreal o por el Derecho nacional, indemnización de daños y perjuicios, incluidos los daños morales, por incumplimiento del contrato de transporte aéreo».

## IV. CONCLUSIONES

I. La cláusula «no show» supone el reconocimiento de la facultad de la compañía aérea, ante la falta de uso por el pasajero de alguno de los trayectos incluidos en un billete (cuando este se adquirió acogiendo varios trayectos: ida y vuelta o vuelos con escalas o enlaces) de cancelar los restantes trayectos pendientes.

II. Esta cláusula debe calificarse como una condición general de la contratación incluida en un contrato de adhesión como es el de transporte aéreo de pasajeros.

III. Como tal condición general de la contratación está sujeta a los controles de incorporación, transparencia y contenido previstos por la LCGC y el TRLCU.

IV. Tal y como señala la STS núm. 631/2018, de 13 de noviembre, esta cláusula «no show» no afecta a elementos esenciales del contrato y puede ser objeto de control de contenido y de abusividad.

V. Abonado el precio del billete, el pasajero tiene derecho a usar el transporte, pero ello no supone que exista la obligación de usarlo. El pasajero puede voluntariamente decidir usar parcialmente esa prestación a que tiene derecho (en este caso, el transporte o desplazamiento aéreo), en tanto ello no cause perjuicio a la compañía aérea. Y de la falta de uso parcial del billete adquirido y, con ello, la ausencia del pasajero en el avión, no cabe apreciar que se deriven perjuicios a la compañía ni incremento de costes.

El pasajero abonó el precio del billete no usado y también el precio del billete que se le ha cancelado unilateralmente por la compañía aérea por aplicación de la cláusula «no show»; y si se ha pagado el billete le corresponde el derecho a usarlo o no, pues con ello ningún perjuicio se causa a la compañía aérea.

VI. Debe tenerse en cuenta que las razones de no usar el billete en un concreto trayecto de los distintos adquiridos pueden ser de índole muy diversa.

VII. Con la aplicación de esta cláusula lo que realmente se produce es un desequilibrio en las prestaciones de las partes en perjuicio del consumidor pasajero, pues él sí cumplió con su obligación de pago del precio íntegro, pero, sin embargo, en virtud de esta cláusula «no show» se le impide disfrutar de la contraprestación, denegándosele el embarque.

La imposición de estas cláusulas supone un abuso ilegítimo e injustificado por parte de las compañías aéreas y un grave desequilibrio de las prestaciones, contrario a la buena fe, en perjuicio del pasajero consumidor; un perjuicio desproporcionado que no cabe imponer de modo genérico a todo pasajero que utilice parcialmente la prestación a la que tiene derecho por la compra de un billete de

avión de ida y vuelta o con varias escalas; y sin que la protección de la política de tarifas económicas de la compañía aérea justifique la aceptación de tal previsión en un condicionado general de un contrato de adhesión.

VIII. Consecuencia de apreciar un desequilibrio grave e injustificado en las prestaciones de las partes, contrario a la buena fe, esa cláusula se debe considerar abusiva y en consecuencia nula. Esto determina con carácter general la imposibilidad de que produzca efectos y la prohibición de su uso futuro por las compañías aéreas. Con carácter particular, ante la denegación de embarque por aplicación de esta cláusula «no show» el pasajero podrá hacer valer los derechos que se le reconocen a nivel nacional e internacional, y concretamente los previstos en el Reglamento (CE) núm. 261/2004.

## V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES

- STJUE de 13 de octubre de 2011 (asunto Sousa, C-83/10).
- STJUE de 30 de abril de 2014 (asunto Kásler, C-26/13).
- STS núm. 533/2000, de 31 de mayo.
- STS núm. 406/2012, de 18 de junio.
- STS núm. 241/2013, de 9 de mayo.
- STS núm. 631/2018, de 13 de noviembre.

## NOTAS

[1] Tal y como señala el artículo 1.2 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (en adelante LCGC): «El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una o varias cláusulas aisladas se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de esta Ley al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión».

[2] Expuesto lo anterior, cabe aludir, asimismo, a la doctrina consolidada ya desde la citada STS núm. 241/2013, de 9 de mayo, y reiterada en sentencias posteriores (como las SSTS núm. 464/2013, de 8 de septiembre, núm. 171/2017, de 9 de marzo, núm. 367/2017, de 8 de junio y núm. 608/2017, de 15 de noviembre, entre otras), además de a la doctrina del TJUE (como la sentencia de 30 de abril de 2014, caso Kásler C-26/13, la sentencia de 21 de diciembre de 2016, casos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15, y la sentencia de 20 de septiembre de 2017, caso Andriciuc C-186-16) en relación a las condiciones generales relativas a elementos esenciales del contrato y a su control. Conforme a esta doctrina jurisprudencial en este tipo de cláusulas o condiciones generales sobre el objeto principal del contrato no cabría control de abusividad por su contenido, pero sí un control de transparencia doble concretado en: por un lado, un control formal de incorporación, exigible para toda condición general de la contratación (que exigiría el cumplimiento de los requisitos formales previstos en los artículos 5 y 7 LCGC, sobre transparencia, claridad, concreción y sencillez en la redacción de la cláusula, y efectiva aportación o puesta a disposición al adherente de tal cláusula y demás condiciones generales de la contratación, así como los deberes formales exigidos por la normativa sectorial bancaria); y, por otro lado, un control de transparencia material, como parámetro abstracto de validez en correspondencia con el estándar de formación de un consumidor medio, que atiende a la incidencia que ha podido tener la inclusión de esa cláusula en la defraudación de la expectativa legítima del consumidor sobre la oferta o contrato que pensaba estaba celebrando, y con el que se pretende, fundamentalmente, comprobar que el deudor adherente conoce efectiva y realmente tanto la carga económica (onerosidad) del contrato que va a suscribir, como la carga jurídica (su

posición jurídica y los riesgos asumidos) y comprende la posible incidencia de tal cláusula en su obligación de pago y el desarrollo económico del contrato, lo cual exige un plus de información por parte de la entidad financiera predisponente (especialmente en la fase precontractual) conforme a la cual el consumidor esté en condiciones para poder comparar distintas ofertas de productos similares y poder adoptar consciente y voluntariamente una decisión al respecto de la efectiva contratación. Por ello, el elemento del contrato que presente una especial complejidad deberá ser objeto de una información plena y comprensible de cara a la formación y perfección del contrato (entre otras, SSTS núm. 464/2013, de 8 de septiembre, y núm. 608/2017, de 15 de noviembre).

[3] En relación con los daños morales, el Tribunal Supremo en su sentencia núm. 533/2000, de 31 de mayo, si bien en relación con un caso de retraso en el vuelo (aunque podría extrapolarse esta doctrina a la situación de denegación de embarque y los daños morales sufridos por ello), señaló que no pueden derivarse los daños morales de las situaciones de mera molestia, aburrimiento, enojo o enfado que suelen originarse con este tipo de situaciones; además, pueden darse hipótesis sujetas a indemnización cuando, durante la espera, los viajeros no han sido debidamente atendidos, o no se les facilita la comunicación con los lugares de destino para paliar las consecuencias del retraso; pero advierte el Tribunal Supremo que «con ello no se agotan todas las posibilidades, pues resulta incuestionable que también deben comprenderse aquellas situaciones en que se produce una aflicción o perturbación de alguna entidad (sin perjuicio de que la mayor o menor gravedad influya en la traducción económica), como consecuencia de las horas de tensión, incomodidad y molestia producidas».

1.6. Responsabilidad civil

# La responsabilidad civil en la violencia de género *

## *Liability coming from gender-based violence*

por

PILAR ÁLVAREZ OLALLA
*Catedrática de Derecho civil*
*Universidad Rey Juan Carlos*

*RESUMEN:* El abono de la indemnización por responsabilidad civil es una consecuencia de la causación del daño cuando la conducta es constitutiva de un delito de resultado. La reparación del daño debe ser integral, si bien, tratándose de daños morales, se considera que es más propio hablar de compensación o satisfacción. Esta, en cualquier caso, debe ser igualmente integral, suficiente, y proporcionada. Las sentencias que enjuician los delitos de violencia de género no están concediendo indemnizaciones proporcionadas al daño moral sufrido por las víctimas, ni están valorando de forma específica el sufrimiento padecido por estas durante los años de maltrato. Ello supone una nueva victimización de las mujeres objeto de malos tratos.

*ABSTRACT: Civil Lawsuit originating from criminal activity is a fair consequence of crimes that cause damages. Victims have the right to get a whole reparation. Although it's true that pain and suffering reparation is more like a kind of compensation, it must be just as much comprehensive, sufficient, suitable and proportional. Sentences that judge gender-based violence are not granting appropriate compensation for pain and suffering damages, considering the grief endured, nor assessing specifically the pain suffered during years of mistreatment. It becomes a new way of victimizing women.*

PALABRAS CLAVE: Violencia de género. Responsabilidad civil. Daño moral.

*KEY WORDS: Gender-based violence. Civil Liability. Pain and Suffering.*

*SUMARIO*: I. LA FUNCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN LA VIOLENCIA DE GÉNERO: 1. Concepto de violencia de género. 2. Función de la

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación RTI2018-097418-B-I00 del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades (MCIU) y la Agencia Estatal de Investigación (AEI) cofinanciado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) titulado «Nuevas perspectivas de la responsabilidad civil. Revisión de la imputación objetiva como criterio delimitador de la causalidad» del que soy Investigadora Principal.

RESPONSABILIDAD CIVIL.—II. DAÑOS INDEMNIZABLES.—III. PANORÁMICA JURISPRUDENCIAL DE INDEMNIZACIONES CONCEDIDAS EN LOS ÚLTIMOS AÑOS: 1. HOMICIDIO O ASESINATO DE LA MUJER. 2. LESIONES GRAVES. 3. LESIONES LEVES Y MALTRATO DE OBRA. 4. MALTRATO HABITUAL. 5. AGRESIÓN SEXUAL. 6. DETENCIÓN ILEGAL. 7. AMENAZAS, COACCIONES, VEJACIONES.—IV. CONCLUSIONES.—V. BIBLIOGRAFÍA.

## I. LA FUNCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN LA VIOLENCIA DE GÉNERO

### 1. CONCEPTO DE VIOLENCIA DE GÉNERO

La lucha contra la violencia de género debe tener como objetivo prioritario propiciar la erradicación del modelo de pensamiento que defiende la supremacía, posesión y dominación del hombre sobre la mujer. Solo mediante medidas educativas que conduzcan a la supresión de los patrones de comportamiento machista se puede erradicar esta grave lacra social que acaba de arrojar la cifra de 1000 mujeres muertas desde que comenzaron los registros en 2004.

Tras la promulgación de la LO 1/2004 de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, puede diferenciarse el concepto de *violencia familiar o doméstica*, caracterizado por la relación de parentesco o convivencia entre agresor y víctima vulnerable, y *violencia de género* cuyas notas diferenciadoras serán la existencia, pasada o presente, de una relación de afectividad entre el hombre y la mujer, y la *razón de género* (DE LA CUESTA, 2013). La violencia se ejerce, no porque la víctima sea vulnerable, sino por «el hecho de ser mujer»; esto es, como materialización del fenómeno sociológico en virtud del cual algunos hombres creen que pueden ejercer control sobre la mujer y «cuya explicación se encuentra en el reparto inequitativo de roles sociales, en pautas culturales muy asentadas que favorecen las relaciones de posesión y dominio del varón hacia la mujer» (LAURENZO, 2005).

No podemos dejar de traer a colación, a este respecto, la STS Sala Segunda de 20 de diciembre de 2018 que expone la nota diferenciadora entre las agresiones del hombre a la mujer respecto de las agresiones de la mujer al hombre, cuando ambos forman o han formado parte de una pareja aun sin convivencia. Según el Tribunal Supremo las agresiones del hombre hacia su pareja «mujer», siempre son violencia de género, no siendo necesaria una especial intencionalidad. En el caso enjuiciado, a la salida de una discoteca, ambos discuten por la hora de irse a casa. La mujer da un puñetazo en el rostro al hombre y este le propina un tortazo; y ella, a continuación, le da una patada. No hubo lesiones ni denuncia. El Tribunal Supremo condena al varón por un delito del 153.1 (violencia de género), y a la mujer por un delito del 153.2 (violencia familiar), habiendo sido absueltos ambos por el Juzgado de lo Penal y por la Audiencia. Se admite por el Tribunal, pues, la comisión de un delito de maltrato ocasional de género en caso de agresión recíproca, pues según el Tribunal Supremo «Lo que hace el legislador, y lo justifica razonablemente, es apreciar el mayor desvalor y mayor gravedad propios de las conductas descritas en relación con la que tipifica el apartado siguiente. No se trata de una presunción normativa de lesividad, sino de la constatación razonable de tal lesividad a partir de las características de la conducta descrita y, entre ellas, la de su significado objetivo como reproducción de un arraigado modelo agresivo de conducta contra la mujer por parte del varón en el ámbito de la pareja». El Tribunal Supremo considera que si bien es necesario un «com-

ponente machista» el mismo hay que buscarlo en el entorno objetivo, no en los ánimos o intencionalidades. No hay que probar una especial intencionalidad «no hace falta un móvil específico de subyugación, o de dominación masculina. Basta constatar la vinculación del comportamiento, del modo concreto de actuar, con esos añejos y superados patrones culturales, aunque el autor no los comparta explícitamente, aunque no se sea totalmente consciente de ello o aunque su comportamiento general con su cónyuge, o ex cónyuge o mujer con la que está o ha estado vinculado afectivamente, esté regido por unos parámetros correctos de trato de igual a igual. Si en el supuesto concreto se aprecia esa conexión con los denostados cánones de asimetría (como sucede aquí con el intento de hacer prevalecer la propia voluntad) la agravación estará legal y constitucionalmente justificada». Como curiosidad puede señalarse que, en este caso, no se impuso el abono de indemnización por responsabilidad civil a ninguno de los dos.

No parece muy acorde con esta línea argumental, eso sí, la apreciación de la STS Sala Segunda de 25 de octubre de 2017 que no consideró aplicable la agravante de género a las lesiones ni a las amenazas proferidas por el acusado, al enterarse de que la mujer con la que había iniciado una relación hace poco tiempo en internet (5 encuentros de los cuales solo uno fue sexual), era prostituta.

La distinta penalidad de la violencia familiar y la violencia de género ha sido avalada constitucionalmente, entre otras, por STC de 14 de mayo de 2008 en la que el Tribunal señala que no es el sexo del agresor lo que se tiene en cuenta para justificar el distinto tratamiento, sino «el carácter especialmente lesivo de ciertos hechos a partir del ámbito relacional en el que se producen y del significado objetivo que adquieren como manifestación de una grave y arraigada desigualdad».

## 2. Función de la responsabilidad civil

La regulación en materia de violencia de género tiene como objetivo, según el artículo 1.2 de la LO/2004, el prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia a las mujeres y a sus hijos, víctimas de esta violencia. Podemos preguntarnos ¿es la institución de la responsabilidad civil apta para cumplir estos objetivos?

Si bien es cierto que la función preventiva se abre paso en los modernos planteamientos del Derecho de daños, es sabido que la función de prevención no es la predominante de la institución de la responsabilidad civil. Además, en concreto, la responsabilidad civil no es un medio especialmente adecuado para conseguir la prevención de los comportamientos machistas que desembocan en actos de violencia de género debido al hecho de que se trata de una responsabilidad civil *derivada de delito*. Si la función de prevención general y especial que cumple la norma penal no está funcionando, difícilmente la responsabilidad civil va a ser eficaz a la hora de desempeñar esa función, pues se supone que tiene un poder disuasorio mayor el temor a sufrir una pena privativa de libertad, que es la pena prevista, con carácter general, en caso de comisión de delitos más graves relacionados con la violencia de género (vid. arts. 153, 173, 148.4 CP), que el abono de una indemnización, especialmente en los casos de insolvencia del agresor. Lo mismo cabe decir de la función punitiva, que no es propia de la responsabilidad civil, ni la función asistencial, que son las otras dos funciones u objetivos enunciados por la Ley Orgánica. No puede negarse que, especialmente en los casos en los que la conducta dañosa está tipificada como delito, la función por excelencia que está llamada a cumplir la responsabilidad civil es, sin más —y sin menos— la reparación del daño.

La reparación del daño no es una finalidad menor. Si bien la LO 1/2004 no se refiere al aspecto indemnizatorio, la obligación de reparar el daño causado por la comisión de un delito viene regulada no solo por los artículos 109 y siguientes del Código penal, con carácter general, sino también por la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito, en cuyo artículo 5.d) se proclama el derecho de las víctimas a ser informadas de las indemnizaciones a que puedan tener derecho. Asimismo, en el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (Convenio de Estambul), firmado y ratificado por España, se proclama en el artículo 5 la obligación de los Estados de «tomar las medidas legislativas y demás necesarias para actuar con la diligencia debida para prevenir, investigar, castigar y *conceder una indemnización* por los actos de violencia incluidos en el ámbito de aplicación del convenio». Más en particular, en el artículo 30 se refuerza esta obligación señalando que dichas medidas irán encaminadas a que la víctima reciba indemnización de su agresor, añadiendo que el Estado debería conceder una indemnización adecuada a las víctimas en la medida en que esta no esté cubierta por el autor, por un seguro o de otro modo, con independencia de la posibilidad de pedir el reembolso al autor con posterioridad. También se exige en el último apartado del artículo 30 que la indemnización se conceda en un plazo razonable.

La posibilidad de exigir una indemnización es una atribución que el ordenamiento otorga a la víctima y otros perjudicados por el hecho dañoso, en nuestro caso, hecho delictivo. Ello es especialmente necesario ante conductas como la violencia de género, consecuencia de las cuales se vulneran derechos fundamentales tales como el derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad sexual, a la libertad deambulatoria, y a la dignidad y libre desarrollo de la personalidad. Una adecuada protección de tales derechos exige la reparación íntegra de los mismos cuando han sido objeto de vulneración. La reparación íntegra exige reequilibrar los intereses en liza, posicionando a la víctima y perjudicados en la misma situación en que se encontrarían en caso de no haber sufrido el daño.

Ahora bien, siendo daños corporales y morales, y no patrimoniales, los que son objeto de indemnización más frecuente, pues los daños causados son personales, se cuestiona la aplicación del principio de reparación íntegra. A diferencia de lo que ocurre en el caso de los daños patrimoniales, en los que la cuantía indemnizatoria viene determinada, normalmente, por el informe pericial fundado en valores de mercado o coste de reparación; en el caso de los daños corporales y morales la determinación de la cuantía exige un *juicio de valor,* que por su propia definición es subjetivo, e imposible de pronosticar *a priori*. Por ello hay quien afirma que el principio de reparación integral no es de aplicación a los daños extrapatrimoniales (VICENTE, 2014). O que, en el caso de los daños morales, más que como restauración del equilibrio, la reparación íntegra debe entenderse como satisfacción (ACCIARRI/IRIGOYEN, 2017), pues nunca se podrá resarcir en términos de equivalencia, el dolor de la víctima.

Aun así, y a pesar de que se haya afirmado que no existe un derecho constitucional a la reparación íntegra, no sería acorde con el artículo 15 de la Constitución una resolución que «en esa inevitable tarea de traducción de la vida y de la integridad personal a términos económicos» no estableciese «unas pautas indemnizatorias suficientes en el sentido de respetuosas con la dignidad que es inherente al ser humano (art. 10.1 CE)». Tales afirmaciones se contienen en la STC 181/2000, si bien referidas a la fijación de topes indemnizatorios por el legislador en el baremo. Pero igualmente pueden ser aplicables a las resoluciones judiciales

que no reparen suficientemente y de modo satisfactorio los daños morales, so pretexto de la dificultad de cuantificación. El objeto de este trabajo es, pues, analizar si los juzgadores del orden jurisdiccional penal están indemnizando y reparando de forma suficiente y satisfactoria a las víctimas de violencia de género.

Cabe hacer una alusión, antes de analizar la jurisprudencia, a las relaciones entre el derecho de daños y el derecho de familia. Evidentemente, las indemnizaciones en materia de violencia de género tendrán como víctima/acreedora a la mujer o, en el peor de los casos a los hijos comunes; o a otros familiares de la víctima, y como agresor/deudor al hombre. Entre deudor y acreedor existirán frecuentemente vínculos familiares. Como es sabido, se considera, en ocasiones, que la institución de la responsabilidad civil no tiene aplicación en el ámbito de los daños familiares. Se afirma que el derecho de familia es un sistema cerrado y que las sanciones o consecuencias de conductas indeseables que se producen en el seno de la familia se deben ceñir a los mecanismos propios del derecho de familia. En esta línea, la reciente STS de 13 de noviembre de 2018 niega el derecho del padre a reclamar el daño por descubrimiento de su falsa paternidad. Pues bien, tal línea de argumentación no puede defenderse si el daño ha sido causado por una conducta constitutiva de delito. El derecho a la dignidad de la víctima así lo requiere, y así lo ha establecido el Tribunal Supremo Sala Segunda en muchas ocasiones, si bien, como veremos, no con la proporcionalidad adecuada.

## II. DAÑOS INDEMNIZABLES

El mejor modo de analizar el monto de indemnizaciones que se están concediendo en la causación de daños por violencia de género es a través del estudio de las sentencias que aprecian la comisión de estos delitos e imponen la obligación de reparar el daño. Con carácter previo expondremos, *a priori,* los daños indemnizables que pueden derivarse de los actos de violencia de género:

—Lesiones corporales. Se trata de lesiones temporales o secuelas (lesiones permanentes) que pueden producirse como consecuencia de la comisión del delito de lesiones graves (aplicación del art. 147.1 con el tipo agravado del art. 148.4) o leves (aplicación del art. 153.1 CP). Se trata de cualquier menoscabo físico o de la salud, temporal o permanente en cuyo caso debería indemnizarse no solo el daño corporal en sí, sino también los daños indirectos que ello cause, tales como los daños morales y patrimoniales derivados de la lesión, como la pérdida de ingresos o salarios por la incapacidad temporal o permanente. Como daños más frecuentes se han detectado dolores de cabeza, dolores de espalda, dolor abdominal, cortes y heridas, quemaduras, mordeduras, hematomas, rotura de huesos, abortos, partos prematuros, desgarros genitales, infecciones vaginales…etc. El Tribunal Supremo, como veremos, es partidario de la aplicación del baremo de tráfico a estas lesiones (a cualquier lesión derivada de delito doloso o imprudente, en realidad) pero de forma orientativa, considerándolo como baremo de mínimos.

—Lesiones psíquicas. Se trata de las secuelas o lesiones de carácter permanente o al menos que se prolongan más o menos en el tiempo, entre las que cabe incluir las enfermedades o trastornos (síntomas emocionales o afectivos, depresión, estrés postraumático, agravación de otros trastornos mentales que son consecuencia del maltrato habitual), como consecuencia de la agresión, en la medida en que estén tipificados como tales en el DSM-5 (Manual de diagnóstico de enfermedades mentales). Las secuelas psíquicas más habituales son baja autoestima, sentimientos de fracaso, disminución de la atención y concentración, recuerdos intrusivos de

las agresiones, temores generalizados, fobias, rabia, temor a la actividad sexual, depresión, ansiedad, estrés postraumático, conducta suicida… etc. Como daño indirecto, podrán apreciarse también daños sociales como el aislamiento social, disminución de habilidades sociales, déficit de asertividad, o conductas adictivas y daños económicos tales como la pérdida de productividad, pérdida de empleo… etc.

—Daño moral puro. Por otro lado, y como concepto indemnizable diferenciado, se encuentra el *daño moral puro*, entendido como el dolor psíquico o sufrimiento, angustia, zozobra provocados por el maltrato, ya sea puntual o habitual, y ya haya ocasionado o no lesiones corporales. Este daño moral puro debe ser indemnizado, aunque no constituya de por sí una enfermedad psíquica. Así lo hace constar la STS Sala Tercera de 31 de marzo de 2014 cuando afirma que el «sufrimiento psicológico, asimilable al daño moral, al igual que ocurre con aquellos supuestos en los que se sufre por la pérdida o fallecimiento de un ser querido… no aparece asociado a una enfermedad o secuela, sino al dolor aflictivo que surge desde el momento en que se produce el acontecimiento causante de ese padecimiento, sin perjuicio de que se prolongue en el tiempo». Es el daño que, aunque no suponga un deterioro psíquico o un daño relevante para la salud psíquica, «entraña una lesión a la integridad moral, a la dignidad, al derecho a la paz familiar, como consecuencia de la degradación, de la negación de la dignidad» (MAGRO SERVET, 2017). Respecto a la existencia y magnitud del mismo, la jurisprudencia ha proclamado que no es necesaria prueba directa, sino que se desprende del propio hecho del maltrato afirmando «la única base para medir la indemnización por esos perjuicios y daños anímicos es el hecho delictivo mismo del que estos son su consecuencia o resultado causal, de tal suerte que la propia descripción del hecho constituye la base que fundamenta el quantum indemnizatorio señalado por el Tribunal sentenciador» (SSTS Sala 2.ª de 13 de abril del 2012). Los criterios para cuantificar serán, pues, la gravedad del hecho, su relevancia y repulsa social, las circunstancias del ofendido y lo solicitado por las partes, pero no la fortuna del obligado.

Mención aparte, dentro del capítulo del daño moral, merece el sufrido por los allegados de la víctima, en caso de fallecimiento. Los hijos y padres de la víctima serán los titulares del derecho de indemnización. Si los hijos son menores, resulta evidente que hay que tratar de evitar la administración de dicha indemnización por parte del agresor, en caso de que este sea precisamente el progenitor. Para ello la LO 1/2004 prevé mecanismos tales como la suspensión o privación de la patria potestad. En concreto, el artículo 65 establece «El juez podrá suspender para el inculpado por violencia de género el ejercicio de la patria potestad, guarda y custodia, acogimiento, tutela, curatela o guarda de hecho, respecto de los menores que dependan de él. Si no acordara la suspensión, el juez deberá pronunciarse en todo caso sobre la forma en la que se ejercerá la patria potestad y, en su caso, la guarda y custodia, el acogimiento, la tutela, la curatela o la guarda de hecho de lo menores. Asimismo, adoptará las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los menores y de la mujer, y realizará un seguimiento periódico de su evolución».

También es daño moral, que creemos debe considerarse enmarcado en el ámbito de la violencia de género, tal y como hemos señalado anteriormente, el sufrido por la madre ante la muerte de los hijos, siendo este el mecanismo elegido por el agresor para causar sufrimiento y dolor a la madre, por razón de género. Ejemplo de ello es el desgraciado caso enjuiciado en la SAP Córdoba de 22 de julio de 2013, en el que el padre fue condenado a abonar 500.000 euros a la madre por dos delitos de asesinato de los hijos menores de ambos, con la agravante de parentesco.

Asimismo, es daño moral el sufrido por los menores que presencian la violencia de género ejercida contra la madre. La STS de 18 de abril de 2018 indica la necesidad de indemnizar a estos menores: «La presencia de los hijos e hijas en episodios de violencia del padre hacia la madre, supone una experiencia traumática, produciéndose la destrucción de las bases de su seguridad, al quedar los menores a merced de sentimientos de inseguridad, de miedo o permanente preocupación ante la posibilidad de que la experiencia traumática vuelva a repetirse. Todo lo cual se asocia a una ansiedad que puede llegar a ser paralizante y que desde luego afecta muy negativamente al desarrollo de la personalidad del menor, pues aprende e interioriza los estereotipos de género, las desigualdades entre hombres y mujeres, así como la legitimidad del uso de la violencia como medio de resolver conflictos familiares e interpersonales fuera del ámbito de la familia». En sentido similar la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, expresa en su Exposición de Motivos que «Cualquier forma de violencia ejercida sobre un menor es injustificable. Entre ellas, es singularmente atroz la violencia que sufren quienes viven y crecen en un entorno familiar donde está presente la violencia de género. Esta forma de violencia afecta a los menores de muchas formas. En primer lugar, condicionando su bienestar y su desarrollo. En segundo lugar, causándoles serios problemas de salud. En tercer lugar, convirtiéndolos en instrumento para ejercer dominio y violencia sobre la mujer. Y, finalmente, favoreciendo la transmisión intergeneracional de estas conductas violentas sobre la mujer por parte de sus parejas o ex parejas. La exposición de los menores a esta forma de violencia en el hogar, lugar en el que precisamente deberían estar más protegidos, los convierte también en víctimas de la misma. Por todo ello, resulta necesario, en primer lugar, reconocer a los menores, víctimas de la violencia de género mediante su consideración en el artículo 1, con el objeto de visibilizar esta forma de violencia que se puede ejercer sobre ellos».

Según la sentencia antes citada, «la interpretación del término «en presencia» no puede pues restringirse a las percepciones visuales directas, sino que ha de extenderse a las percepciones sensoriales de otra índole que posibiliten tener conciencia de que se está ejecutando una conducta agresiva de hecho o de palabra propia de una escena de violencia. Y es que en tales supuestos es patente que el menor resulta directamente afectado de forma muy negativa en su formación y desarrollo personal, en su maduración psico-social y en su salud física y mental».

Respecto a la existencia del daño corporal como moral, así como a la magnitud del mismo, son las UVIVG (Unidades de Valoración Integral de Violencia de Género), dependientes de cada Instituto de Medicina Legal, creadas por la disposición adicional segunda de la LO 1/2004, las encargadas de informar a requerimiento de los órganos judiciales, sobre los efectos de la violencia física, psíquica y sexual en las mujeres víctimas de violencia de género, así como en sus hijos menores, del mismo modo que valoran la peligrosidad y riesgo de reincidencia del denunciado.

Por último, también podrán ser objeto de indemnización los daños patrimoniales puros, tales como la destrucción o deterioro de bienes materiales que se hayan producido con ocasión de las agresiones.

## III. PANORÁMICA JURISPRUDENCIAL DE INDEMNIZACIONES CONCEDIDAS EN LOS ÚLTIMOS AÑOS

A continuación, expondremos un muestreo de las indemnizaciones concedidas por los tribunales penales en asuntos que han llegado al Tribunal Supremo,

Sala Segunda durante los años 2017, 2018 y 2019. En la mayoría de ellos el objeto de recurso no está relacionado con la indemnización civil, pero obviamente sirven de ejemplo de las cantidades que se están concediendo en función de los distintos tipos penales por los que se condena a los agresores. A la luz de esta jurisprudencia, comprobaremos que no podemos sino coincidir con MAGRO SERVET quien indica que la responsabilidad civil es la gran olvidada en los procedimientos de violencia de género. Como señala el magistrado, en los delitos de violencia de género, el daño moral es especialmente intenso, en la medida en que quien te causa el sufrimiento y el dolor es «tu pareja, tu marido, la persona con la que convives y con quien se ha ideado un proyecto de vida común» (MAGRO SERVET, 2017). A mi juicio, ello no es sino una forma de victimizar de nuevo a la mujer que ha sufrido la agresión, en la medida en la que no obtiene una compensación adecuada al daño padecido.

## 1. Homicidio o asesinato de la mujer

El homicidio y el asesinato están castigados respectivamente en los artículos 138 y 139, con la agravante de género (art. 22.4 CP según redacción dada por la LO 1/2015 de 30 de marzo) y la agravante, en su caso, de parentesco (ser o haber sido el agraviado cónyuge o persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad, o ser ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza o adopción del ofensor o de su cónyuge o conviviente). Ambas agravantes son compatibles según indica la STS 420/2018, de 25 de septiembre. Respecto del parentesco, se exige el carácter estable de la relación, lo que no es preceptivo en la agravante por razones de género. Respecto de la agravante de género, el motivo de la agravación es, según la STS de 4 de mayo: «el delito cometido por motivos discriminatorios supone la materialización mediante hechos delictivos de ideas contrarias a un valor constitucional esencial, el principio de igualdad o, lo que es lo mismo, la prohibición del trato discriminatorio, por lo que se lesiona el bien jurídico protegido por el delito concreto y, además, el principio constitucional de igualdad».

En este apartado expondremos varios casos de homicidios o asesinatos consumados, pues, a efectos de la responsabilidad civil, las tentativas de homicidio o asesinato que causan lesiones deben ser tratadas como lesiones, y ello con independencia de que el daño moral pueda considerarse mayor. En el caso del homicidio y asesinato consumado, los perjudicados con derecho a indemnización son los hijos, padres u otros allegados de la víctima.

En el caso enjuiciado en STS de 2 de julio de 2018 se condenó al acusado por delito de asesinato al haber asestado 85 puñaladas a la víctima. Se impone el abono de una indemnización de 70.000 euros por daños a cada hijo de la víctima (eran tres) y a cada progenitor de la asesinada se le indemniza con 20.000 euros.

En el caso enjuiciado en STS de 8 de marzo de 2018 se condenó por asesinato al acusado que mató a su mujer asestándole 3 navajazos y golpes en la cabeza. También fue condenado por delito de maltrato habitual. Se fijó una indemnización a cada hija mayor de edad (eran dos) de 100.000 euros a cada una de ellas. En concreto, la Audiencia Provincial incluyó el siguiente pronunciamiento: «En el presente, al sufrimiento por la pérdida de la víctima se une el innegable dolor que produce una muerte tan violenta y a manos de su propio esposo (padre de las víctimas que ejercitaron la acción penal y civil en el proceso), lo que desde luego entraña un elevado plus de aflicción que lleva a reputar como

manifiestamente insuficiente la cantidad fijada por la entonces vigente resolución de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones para hechos de la circulación (que no alcanzaría los 20.000 euros para cada hija); con esas bases, asumiendo el elevado daño moral sufrido por las hijas que no solo han perdido de forma tan dramática a su madre con todo lo que ello conlleva (con la pérdida afectiva pero también de todo tipo de apoyo y auxilio), sino que también, de alguna manera, han perdido a su padre en cuanto autor de la muerte violenta de su madre, en unas circunstancias que sin duda les va a costar superar durante toda su vida, y aceptando que todo ello no admite ni la más mínima reparación y sí en todo caso una compensación escasamente resarcitoria, se estima como justa y ponderada una cuantía de 100.000 euros para cada de las hijas». No se comprende la referencia a la resolución de la Dirección General de Seguros y Fondos de pensiones, estando en vigor el nuevo baremo desde 2016, aunque no fuera aplicable cronológicamente al supuesto, dado el carácter orientativo del mismo fuera de su ámbito de aplicación. En cualquier caso, lo relevante es que la sentencia deja claro que las lesiones derivadas de actos dolosos han de ser indemnizadas con una cantidad mayor, por su mayor lesividad, que las derivadas de actos negligentes como, por ejemplo, los accidentes de circulación.

La SAP Córdoba de 22 de julio de 2013 recaída a raíz de un desgraciadamente mediático asesinato de los dos hijos menores a manos de su padre, impuso una indemnización de 500.000 euros a favor de la madre. Aunque hemos indicado que solo trataríamos casos de violencia de género, y a pesar de que aquí parece que nos encontramos en un supuesto de violencia familiar, en realidad, se trata de un supuesto de violencia de género por «interpósita persona», pues el asesinato de los hijos se produce con el fin de causar sufrimiento a la mujer.

### 2. Lesiones graves

Estas lesiones están tipificadas en el artículo 147.1.º Código penal (lesión que menoscabe la integridad corporal o salud física o mental, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico), con la agravante del artículo 148.4 Código penal (ser esposa o haberlo sido o haber estado ligada al agresor con análoga relación aun sin convivencia). En este caso no se puede aplicar la agravante de género del art. 22.4, pues ya se encuentra subsumida en el apartado 4 del artículo 148 Código penal.

En el caso enjuiciado en STS de 12 de diciembre de 2018, se condenó al acusado por un asesinato en grado de tentativa con agravante de parentesco. Había asestado varias puñaladas a su expareja cuando dormía, habiendo estado esta a punto de perder la vida. El agresor abonó a la víctima al iniciarse el procedimiento 62.000 euros, por lo que se le aplicó la atenuante de reparación del daño del artículo 21.5.º del Código penal. La víctima presentaba lesiones innumerables en el abdomen por las que tardó en curar 360 días, de los cuales, 34 fueron de hospitalización por las varias intervenciones y 326 impeditivos para sus ocupaciones habituales, restándole como secuelas, hernias y adherencias en abdomen y pelvis, adherencias peritoneales y colocación de malla como tratamiento de eventración, síndromes pisquiátricos por estrés y como perjuicio estético moderado, secuelas consistentes en cicatriz postquirúrgica de unos 35 cms y cicatriz en axila izquierda de unos dos cms, y cicatrices en cara posterior

de extremidad inferior izquierda en las zonas lesionadas. La Audiencia consideró suficiente la indemnización que había adelantado el acusado con el fin de lograr la aplicación de la atenuante de reparación del daño. Se trataba de la cantidad solicitada por el Ministerio Fiscal (21.940 euros por las lesiones, 18.000 euros por las secuelas y 20.000 euros por el daño moral causado). La víctima recurre en casación al considerar que la Audiencia no ha motivado la cantidad concedida, e interesando el abono la cantidad de 100.000 euros por la asistencia psicológica que precisa, el síndrome de estrés postraumático y cuadro de ansiedad que le queda como secuela. El Tribunal Supremo desestima el recurso.

En el caso enjuiciado en STS de 19 de noviembre de 2018, la mujer, ante la amenaza de muerte de la pareja que se dirige a ella con un destornillador, salta por el balcón a la calle y ello le ocasiona lesiones de extrema gravedad. Se condena al agresor por maltrato habitual, homicidio intentado con agravante de parentesco y actuar por razón de género y se le impone una indemnización de 404.000 euros de los cuales se especifica que 75.000 son por daño moral. El Tribunal Supremo confirma la sentencia.

En el caso enjuiciado en STS de 24 de mayo de 2018 la víctima había sufrido 8 cuchilladas. La Audiencia Provincial condenó al acusado por homicidio doloso en grado de tentativa y maltrato habitual. Tras el oportuno recurso, el Tribunal Supremo califica los hechos de asesinato en grado de tentativa y condena, además, al agresor, a la privación de la patria potestad. Los hechos probados reconocen que la mujer sufrió estrés postraumático. La indemnización no fue objeto de recurso. Se concedieron a la mujer 97.957 euros indicándose que se aplicó el baremo de forma orientativa, incrementada la cantidad en un 30% por tratarse de delito doloso y cometido por persona con la que el agresor había mantenido durante 14 años una relación análoga a la conyugal. Pero al ser inferior la cantidad solicitada por Ministerio Fiscal y acusación, hubo de minorarse la condena hasta la cantidad solicitada de 87.975 euros. A una hija de la víctima se le indemnizó por una contusión craneal y hematoma en muñeca, causados al intentar defender a su madre, con la cantidad de 223 euros. Los hechos tuvieron lugar en presencia de las dos hijas menores de la víctima (una de ellas común), quienes no recibieron indemnización por daño moral causado por haber presenciado los hechos. Si bien es cierto que, probablemente, tal indemnización no se solicitó.

En el caso enjuiciado en STS de 3 de mayo de 2018, la SAP de Vizcaya 8 de junio 2017 concedió la cantidad de 300 euros por lesiones sufridas en el tobillo, habiendo condenado al agresor por un delito de maltrato no habitual del artículo 153.1 Código penal. Se aplicó simplemente el baremo de tráfico.

En el caso que dio lugar al auto Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2017, se causaron las siguientes lesiones: fractura abierta de mandíbula izquierda a nivel del ángulo mandibular, herida inciso contusa de 3 centímetros en cuero cabelludo a nivel de occipucio, erosión eritematosa violácea en región anterior cervical, que requirieron primera asistencia facultativa y tratamiento quirúrgico consistente en colocación de placa de osteosíntesis en mandíbula izquierda, habiendo permanecido hospitalizada la víctima durante 8 días y habiendo tardado en sanar otros 90 días todos ellos impeditivos para el desempeño de sus ocupaciones habituales. A la víctima le quedaron como secuelas: material de osteosíntesis en mandíbula y anestesia del nervio mentoniano izquierdo. Fue condenado el agresor no solo por las lesiones sino también por un delito de maltrato habitual. Se concedieron 10.000 euros de indemnización por las lesiones y 10.000 euros por el maltrato habitual.

Especialmente interesante resulta el caso enjuiciado por la SAP de La Coruña de 24 de febrero de 2017. La víctima sufrió hematoma suborbitario en

ojo izquierdo e hiperemia conjuntival, herida inciso-contusa en región frontal izquierda (unos 2 cm), hematoma en región dorsal de la espalda (altura T4-T5), hematomas de aproximadamente 5 cm ambas mamas, hematoma en hombro-brazo izquierdo hasta parte superior de antebrazo del mismo lado, mordedura en mano derecha con inflamación perilesional, hematoma en cara posterior de muslo derecho y en cara anterior y posterior de rodilla izquierda, precisó para alcanzar la sanidad asistencia médica consistente en exploración diagnostica, medicación antiinflamatoria y reposo, tardó en curar veintiún días, de los cuales siete estuvo incapacitada para sus ocupaciones habituales. Le quedaron como secuelas cicatriz tenue lineal en «L» de 1x1 cm en región frontal izquierda. Se condenó al acusado por delito de maltrato y se indemniza a la víctima con 1000 euros, indemnización que incluye lesiones temporales, secuelas y daño moral. Se recurrió en casación la cuantía y se inadmite el recurso por ATS de 16 de noviembre de 2017. En el recurso se alegaba que la indemnización era insuficiente. La recurrente reclamaba 10.181.40 euros. Transcribimos los fundamentos de Derecho contenidos en el auto, pues no tienen desperdicio: «En materia de indemnización por responsabilidad civil «ex delicto», es criterio de esta Sala… que el baremo introducido por la disposición adicional 8.ª de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, aunque solamente sea de obligatoria aplicación en el caso de accidentes de tráfico, es tomado en la práctica judicial de manera orientativa cuando se trata de fijar indemnizaciones civiles en el orden estrictamente penal, teniendo en cuenta para ello las puntuaciones de las lesiones y de las secuelas padecidas que determinen los informes médico-forenses. Ahora bien, prevista dicha regulación para los supuestos de accidentes acaecidos en el ámbito de la circulación de vehículos a motor, no es exigible la aplicación del baremo cuando estemos ante delitos dolosos, aunque, partiendo de su posible utilización como elemento orientativo, las cantidades que resulten de sus tablas pueden considerarse un cuadro de mínimos, pues habiendo sido fijadas imperativamente para casos de imprudencia, con mayor razón habrán de ser al menos atendidas en la producción de lesiones claramente dolosas. Por otro lado, no se encuentra habilitada esta instancia casacional para controlar el «*quantum*» indemnizatorio acordado por el Tribunal de instancia sino en lo referente a la revisión de las bases sobre las que se asiente la cantidad fijada, debiendo recordarse también que el hecho de que se reclamen las responsabilidades civiles en un procedimiento penal no les priva de su naturaleza civil, con el necesario respeto a los principios de rogación y de congruencia (por todas, STS núm. 217/2.006, con cita de otras anteriores). C) Tal y como indica la jurisprudencia citada, los criterios establecidos en las tablas del baremo para los accidentes de tráfico pueden ser criterios orientativos, pero no son vinculantes y habrá que atender a la justificación y motivación de la sentencia. Así pues, la expone, por un lado, que no quedó acreditado el estrés postraumático que la recurrente pretendía y, además, la secuela que le quedó fue, únicamente, una «cicatriz tenue lineal en «L» de 1x1 cm en región frontal izquierda, que no le causa perjuicio estético apreciable». Por ello, no considera ninguno de estos dos conceptos indemnizables. Sí reconoce derecho a indemnización por los 21 días necesarios para la curación, siete de ellos impeditivos y por el daño moral causado. Considera que los mil euros acordados son suficientes para ello. Por tanto, se comprueba que el órgano enjuiciador motivó su decisión y justificó suficientemente el por qué de la cantidad determinada. Concluyó que el perjuicio estético y el estrés postraumático no habían resultado acreditados y que, por tanto, no había por qué indemnizar tales conceptos. Puesto que todo ello

consta de una forma motivada y razonada en la sentencia, no hay razón para la admisión de este motivo». No hay rastro pues de la indemnización del daño moral derivado del maltrato.

### 3. Lesiones leves y maltrato de obra

Se trata de los supuestos tipificados en el artículo 153.1.º Código penal que son considerados delito, precisamente, por la relación que une a la víctima con el agresor, incluidos los golpes o maltrato de obra. Se definen de forma negativa. Son las lesiones que no son graves conforme a lo establecido en el artículo 147.1 Código penal, esto es, los golpes o malos tratos que no dejan secuelas y que no requieren tratamiento médico o quirúrgico, aparte de la primera intervención.

Así, por ejemplo, en STS de 6 de marzo de 2019 se condena por maltrato ocasional al agresor que propina dos puñetazos sin secuelas a la víctima. Se aplica el artículo 153.1 y no se condena a abonar responsabilidad civil.

En el caso enjuiciado en la STS de 21 de noviembre de 2018 el comportamiento subsumido en el artículo 153.1 fue coger del cuello a la pareja, cuando esta tenía a un bebé en brazos. En dicha sentencia el Tribunal Supremo, al caracterizar el delito del artículo 153.1 afirma. «*queda fuera del tipo penal el maltrato de palabra que no vaya seguido del menoscabo psíquico de la víctima como consecuencia.* Osea, sin menoscabo psíquico no hay delito. Sin embargo, aun reconociendo que en ese caso sí hubo menoscabo, pues se consideró la conducta delictiva, no se impuso indemnización alguna por responsabilidad civil en la sentencia del Juzgado de lo Penal, que no fue modificada en apelación ni por el Tribunal Supremo, si bien hay que admitir que la resolución de instancia no había sido impugnada este extremo.

En STS de 26 de junio de 2018 la Audiencia había condenado al acusado por dos delitos de maltrato de género (arrastrarla, cogerla del cuello, golpes, patadas, hematomas y sintomatología intensa ansioso-depresiva) y también por el delito de maltrato habitual (art. 173.1 CP). La indemnización concedida fueron 300 euros por las lesiones y 1000 euros por las secuelas. Se recurre la indemnización por la víctima y el Tribunal Supremo la incrementa la cantidad hasta 5000 euros. El fiscal y la acusación particular habían solicitado 9000 euros.

### 4. Maltrato habitual

Se trata del delito de maltrato habitual tipificado en el artículo 173. 2 Código penal, en el cual, debería tenerse muy en cuenta el daño moral causado por dicha habitualidad a la hora de establecer las indemnizaciones. El Tribunal Supremo, en sentencia de 28 de septiembre de 2017, confirma la posibilidad de penar separadamente el delito de violencia doméstica habitual y los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia sentando doctrina jurisprudencial. Igualmente, en STS de 19 de marzo de 2019 (*RJ* 1159) afirma «La violencia física y psíquica a que se refiere el tipo es algo distinto de los concretos actos de violencia aisladamente considerados y el bien jurídico es mucho más amplio y relevante que el mero ataque a la integridad, quedando afectados fundamentalmente valores de la autonomía del bien jurídico, de acción y de sujetos pasivos, unido a la situación de habitualidad que se describe en el artículo 153 —actual artículo 173.2— es el que permite con claridad afirmar la sustantividad de este tipo penal; los concretos actos de violencia solo tienen el valor de acreditar la

actitud del agresor y por ello ni el anterior enjuiciamiento de estos actos impide apreciar la existencia de este delito (se estaría en un supuesto de concurso de delitos, artículo 77, y no de normas) ni se precisa tal enjuiciamiento, bastando la comprobada realidad de la situación que se denuncia». Veamos algunos ejemplos de lo que ocurre con el maltrato habitual a nivel de indemnización.

En el caso enjuiciado en STS de 19 de marzo de 2019 se condenó al agresor por un delito de maltrato habitual y dos de maltrato ocasional. Los hechos enjuiciados fueron conducta controladora y varios empujones o golpes o casos en los que tiraba a la víctima al suelo. La indemnización no impugnada que se impuso en el Juzgado de lo Penal fueron 1000 euros.

En el caso enjuiciado en STS de 6 de marzo de 2019, el acusado había proferido insultos y amenazaba a la víctima diciendo que la mataría. En estado de embriaguez le había dado 2 puñetazos sin que los mismos produjeran lesiones. No se imponen indemnizaciones en la Audiencia, y en casación se recurre y se impone el abono de 150 euros de indemnización.

En STS de 19 de febrero de 2019 el acusado agarró fuertemente del brazo a la víctima y tiró de ella. Se condena por el tipo atenuado del artículo 153.4 Código penal y no se impone responsabilidad civil.

### 5. Agresión sexual

En STS de 12 de septiembre de 2017 la Audiencia había condenado al acusado por un delito de lesiones en el ámbito de la violencia de género y un delito de violación con agravante de parentesco. La agresión había causado a la víctima lesiones consistentes en erosión en epitelio del cuello uterino, hematomas en cadera izquierda, zona parpebral izquierda, región nasal interna, herida sangrante en región zigomática derecha que precisó sutura tardando en curar 10 días con perjuicio estético leve no deformante. La indemnización que se concedió a la víctima fueron 1449,57 euros. El fiscal recurrió considerando, desde el punto de vista penal, que la lesión no era leve, sino grave, y el Tribunal Supremo estimó el recurso, pero la indemnización se mantuvo, pues no fue objeto de recurso. Desde luego, analizando este supuesto de forma comparada con el desgraciado caso de La Manada, en el que la víctima ha obtenido 100.000 euros, parece que la violación por tu pareja es menos violación (¿quizá se aprecia «culpa concurrente de la víctima»?). Lo indico en tono irónico, obviamente.

En el caso enjuiciado en STS de 5 de febrero de 2018 se había condenado en la Audiencia al acusado por agresión sexual con agravante de parentesco. Los hechos probados son los siguientes: sobre las 18 h salió del cuarto de baño totalmente desnudo llevando una máscara en la cara, un cinturón y una botella de whisky en las manos, dirigiéndose a su expareja le dijo con ánimo libidinoso «vamos a follar sí o sí, a las buenas o a las malas», quitándole el móvil a la fuerza, la arrastró por la casa, a continuación Frida se metió en la cocina e intentó llegar a la ventana a pedir auxilio, pero el acusado la cogió del pelo y la arrastró al salón hasta el sofá, le metió la botella en la boca y la obligó a beber alcohol, luego la arrastró al dormitorio, obligándola a que se pusiera un corsé, resistiéndose en todo momento la misma por lo que el acusado tuvo que tirarle del pelo y empujarla, golpeándola con el cinturón que portaba en una de sus manos. Una vez en la habitación el acusado obligó a Frida a efectuarle una felación mientras se echaba la bebida alcohólica por el pene y le chupaba sus genitales, después de ello, la arrastró a empujones hasta el sofá para obligarla de nuevo a continuar

con la felación, después la agarró del pelo fuertemente para inmovilizarla y poder penetrarla analmente, dándole golpes en la cara, pero al no conseguirlo por no lograr una erección, cogió un consolador para introducírselo por el ano, mientras le decía «te voy a reventar el culo, a ti y a tu hijo, hija de puta» desistiendo posteriormente de introducirlo, y mientras tanto le tiraba alcohol por encima, diciéndole que si no hacía lo que él quería la iba a buscar y reventar el culo a ella y a su hijo. La Audiencia concedió 6.000 euros a la víctima que recurrió, reclamando 10.000 euros. Sin embargo, el Tribunal Supremo consideró que no era revisable la cuantía y no modificó la indemnización señalando «En una primera aproximación la traducción económica de una reparación por daños morales es tarea reservada a la discrecionalidad del Tribunal de instancia y, por tanto, inatacable en casación. Se podrán discutir las bases pero no el monto concreto, que no solo no está sujeto a reglas aritméticas; sino que resulta de precisión exacta imposible cuando hablamos de daños morales (STS 957/2007, de 28 de noviembre). Cuando la cuantificación se ajusta a estándares habituales y parámetros que, sin ser exactos, se mueven en torno a pautas comúnmente compartidas y reconocibles, no será preciso un razonamiento, imposible, que justifique por qué se dan «x» euros y no una cantidad ligeramente superior, o ligeramente inferior. Solo cuando la cantidad fijada está huérfana de la más mínima fundamentación, y, además, se aparta de estándares habituales o comprensibles, de manera que se presente como el fruto de un puro voluntarismo o capricho será posible la revisión tal y como recuerda la STS 957/2007. La cifra de seis mil euros fijada es razonable, más allá de la imposibilidad de llegar a una cuantía que se presente como la única correcta. Serían igualmente razonables 10.000 o 7000 …¡o 3000 euros! La Sala de instancia tiene atribuida la exclusiva competencia para decidir ese monto siempre que no abdique de moldes de «razonabilidad». Y aquí, pese al silencio motivador, no se fuerzan esos parámetros: cualquier explicación resultaría en cierta medida tanto obvia en cuanto a la procedencia de indemnización (es patente que hay perjuicios morales que además el art. 193 CP presume), como insuficiente en cuanto a la cuantificación (con un mismo razonamiento podríamos llegar a cifras muy diversas). Ha de tenerse ese concreto pronunciamiento por ajustado dentro de la imposibilidad de una ecuación exacta o una motivación plenamente satisfactoria en cuanto a dar razón de cada céntimo o explicar por qué no se han dado 100, 600 o 2000 euros más. La cuantificación en estos casos es impermeable a criterios reglados o aritméticos incompatibles por definición con la naturaleza de ese daño, «no patrimonial» frente al que solo cabe una «compensación» económica. Estaremos siempre ante un ejercicio de prudente arbitrio: es una actividad valorativa aunque sea en equidad más que en derecho. Mientras que la finalidad de la restauración del daño patrimonial es la reparación integra, el daño moral no es reparable. La indemnización tiene como función el alivio o la mera compensación de lo que son parámetros borrosos e imprecisos. La motivación no puede ser exigible en iguales términos, aunque tampoco puede ser del tipo «alguna-cantidad-habrá-que poner» como se ha dicho por algún tratadista de forma gráfica. Ante la imposibilidad de encontrar estándares de referencia claros, hay que acudir a valoraciones relativas (vid. SSTC 42/2006 o 20/2003, de 10 de febrero). *Pas de motivation sans texte* se dice en el país vecino cuando las normas remiten al prudente arbitrio a la discrecionalidad o a la equidad. No puede afirmarse lo mismo en nuestro ordenamiento (así se desprende de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional que acaban de citarse). Pero en caso de indemnización por daño moral una valoración genérica e incluso implícita puede ser suficiente. Ese estándar mínimo que no puede esti-

rarse más, salvo con el uso de una retórica o unas fórmulas huecas, pues no van a conducir a cifras concretas, está colmado por la sentencia (STS 684/2013, de 16 de julio). Era seguramente deseable alguna mayor retórica motivadora. Pero basta la remisión a las lesiones y daños sufridos que se efectúa combinada con la lectura del párrafo final del hecho probado para considerar suficientemente justificada la cuantificación».

En STS de 24 de enero de 2019 el acusado es condenado por un delito de agresión sexual, dos delitos de lesiones del artículo 153.1 Código penal, un delito de vejaciones injustas y un delito de maltrato habitual del artículo 173.2, inciso último, y 3, del Código penal. En concepto de responsabilidad civil, se le condena a indemnizar a Andrea en la cantidad total de seis mil quinientos euros, distribuidos de la siguiente manera: 6000 por daños causados y 500 euros por los diez días que tardó en curar.

En el caso enjuiciado en STS de 13 de mayo de 2019 el agresor es condenado por abuso sexual a una madre y sus dos hijas. Con relación a la indemnización a las víctimas señala el Tribunal Supremo «Sobre este tema de la cuantificación de la indemnización de los daños y perjuicios materiales y morales, tiene establecido esta Sala que únicamente se permite el control en casación en el supuesto de que se pongan en discusión las bases o los diferentes conceptos en que se apoya la fijación de la cifra respectiva, o lo que es igual, el supuesto de precisar si existe razón o causa bastante para indemnizar, pero no el alcance cuantitativo del concepto por el que se indemniza (SSTS 105/2005, de 26-1; 131/2007, de 16-2; 957/2007, de 28-11; 396/2008, de 1-7; y 833/2009, de 28-7). Y con respecto al daño moral en concreto se tiene argumentado que su traducción en una suma de dinero solo puede ser objeto de control en el recurso de casación cuando resulta manifiestamente arbitraria y objetivamente desproporcionada (SSTS 752/2007, de 2-10; 264/2009, de 12-3; y 254/2011, de 29-3). Pues bien, en el caso de las denunciantes D.ª Ángela y D.ª Begoña no puede en modo alguno considerarse excesiva la cantidad de 6000 euros concedida como indemnización a cada una de ellas. Solamente el perjuicio moral generado dentro de la convivencia y del sosiego familiar por la conducta ejecutada por el acusado ya justificaría holgadamente la cantidad señalada por el Tribunal de instancia. A ello han de sumarse las condiciones especiales que concurrían en la salud de la denunciante D.ª Ángela y la edad de 16 años que tenía D.ª Begoña cuando el acusado ejecutó los hechos. Y a mayores consta como probado que ambas padecieron a consecuencia de los hechos un trastorno. En lo que respecta a la denunciante D.ª Edurne, es cierto que la cantidad concedida alcanza una suma de 60.000 euros, es decir, notablemente superior a la concedida a las otras dos denunciantes».

En el caso enjuiciado en STS de 31 de mayo de 2019 el agresor fue condenado por delito continuado de agresión sexual con agravante de parentesco, delito de maltrato habitual, delito de amenazas de género, delito de violencia de género (art. 153.1) y un delito leve de vejaciones injustas de género. La víctima presenta síndrome de trastorno crónico de estrés postraumático grave. Se le concedió una indemnización de 20.000 euros.

### 6. Detención ilegal

Otra de las conductas propias de la violencia de género, en muchas ocasiones, es la detención ilegal, si bien suele aparecer en combinación con la realización de otras conductas delictivas descritas anteriormente.

En el caso enjuiciado en STS de 29 de mayo de 2019 los hechos probados son los siguientes: la víctima fue a recoger al agresor acompañada de la madre de este. El acusado se subió al coche sentándose en el asiento trasero momento en que rodeó el cuello de la víctima con las correas de la mochila que llevaba esta, y con ánimo de menoscabar su integridad física tiraba fuertemente de las cuerdas mientras esta conducía, mientras le decía que la iba a matar por querer dejar la relación y haciendo caso omiso a las súplicas de su propia madre que le decía que no la hiciera daño. Al llegar al destino el agresor le dijo que le diese las llaves del coche y el móvil, tirando fuertemente de las correas que seguía teniendo en el cuello para que esta le diera las llaves del coche que ella se negaba a darle, produciendo en la víctima una situación de asfixia y una vez que consiguió el procesado también las llaves, la tiró del pelo para sacarla del vehículo y le propinó un puñetazo en el ojo. La víctima salió del coche y el procesado, que iba detrás de ella, le dijo que fuera para la parte de atrás de la vivienda, cogiendo en tal momento un hacha y, con el hacha en la mano, le dijo que se pusiera de rodillas y pusiera la cabeza sobre un cepo porque se la iba a reventar con el hacha. Ante esta situación la víctima que se había arrodillado tal y como le exigía el procesado, lloraba y suplicaba que no le hiciera daño, saliendo en tal momento de la casa la madre del acusado quien consiguió que depusiera su actuación. Mientras, este le decía que la iba a matar, que la iba a llevar al monte y a descuartizar. Luego entraron los tres en la vivienda, y dentro el acusado le dijo a la víctima: hazme un café criada. Al volver al domicilio cogió una hoz y cortó algo con ella a la vez que le decía a la víctima ¿ves cómo corta? ¿y si ahora voy junto a ti y te corto la cabeza? Ya en el domicilio le quitó nuevamente las llaves del coche, guardando las llaves de la casa y del coche en su bolsillo, y con ánimo de seguir teniendo a su merced a la mujer le decía: «como ya no confío en ti ya no sé qué hacer contigo, te descuartizo y te entierro en el monte, te corto la cabeza y la quemo en la cocina de leña o te descuartizo y te entierro en la huerta, pero algo tengo que hacer contigo». La víctima se fue a la habitación y luego de unos diez minutos acudió el acusado quien le dijo que le hiciera una felación a lo que accedió la mujer ante el temor a lo que pudiera hacer el procesado si se negaba; luego se dio la vuelta, llorando en silencio para que él no la oyera, y el acusado la penetró vaginalmente sin que la víctima se atreviera tampoco a manifestar negativa alguna dada la situación de temor en la que se encontraba. En cuanto pudo escapó del lugar. Pues bien, el acusado es condenado a un delito de malos tratos del artículo 153.1, un delito continuado de amenazas, un delito de abuso sexual, un delito de detención ilegal y un delito de quebrantamiento de condena. La indemnización que se concedió a la víctima fueron 6350 euros. Según la Audiencia Provincial de Lugo dos eran los conceptos indemnizables, por un lado el que se deriva de las lesiones propiamente dichas y que se cifró en 350 euros, y el derivado de los perjuicios o daños morales causados respecto de los que se afirma «y así hemos de ver que, si bien es cierto que no contamos con pruebas periciales al respecto, no lo ha de ser menos que la situación a la que se vio sometida la víctima con la serie de vejaciones, humillaciones, amenazas gravísimas, atentado a su indemnidad sexual, incluso en presencia de terceros, en este caso de su suegra, necesariamente han de determinar un sufrimiento, un temor y un terror que si bien no se puede ver compensado con cantidad resarcitoria alguna sí que ha de verse indemnizado y que aquí, prudencialmente, lo fijamos en seis mil euros (6000 euros)».

### 7. Amenazas, coacciones, vejaciones

Otras conductas de género, tales como Amenazas, Coacciones o Vejaciones de género, no suelen llevar aparejada la imposición de responsabilidad civil. Vid., por ejemplo, la STS de 31 de mayo de 2017.

## V. CONCLUSIONES

A la vista de los pronunciamientos contenidos en las sentencias analizadas, puede decirse que las indemnizaciones concedidas a las víctimas de la violencia de género son, en muchos casos, claramente insuficientes para reparar el daño, si se comparan con las concedidas en el ámbito de los daños causados por accidentes de circulación. Y ello a pesar de que el baremo ha de considerarse orientativo y de mínimos en el caso de daños corporales causados por delitos dolosos, según la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda.

No debemos olvidar que el hecho de que el daño lo cause la persona con la que se tiene una relación especial de afectividad, justifica una mayor penalidad por el mayor reproche social, habida cuenta de los motivos que mueven al agresor, como son la creencia en la dominación y el ejercicio del control de la mujer por el hombre, valores claramente denigrados por nuestra sociedad. Pero también, la mayor penalidad está justificada, como señala la STC de 28 de julio de 2010 porque se trata de una agresión que «supone *un daño mayor en la víctima* cuando el agresor actúa conforme a una pauta cultural —la desigualdad en el ámbito de la pareja— generadora de gravísimos daños a sus víctimas y dota así consciente y objetivamente a su comportamiento de un efecto añadido a los propios del uso de la violencia en otro contexto. Por ello, cabe considerar que *esta inserción supone una mayor lesividad para la víctima*: de un lado, para su seguridad, con la disminución de las expectativas futuras de indemnidad, con el temor a ser de nuevo agredida; de otro, para su libertad, para la libre conformación de su voluntad, porque la consolidación de la discriminación agresiva del varón hacia la mujer en el ámbito de la pareja añade un efecto intimidatorio a la conducta, que restringe las posibilidades de actuación libre de la víctima; y además para su dignidad, en cuanto negadora de su igual condición de persona y en tanto que hace más perceptible ante la sociedad un menosprecio que la identifica con un grupo menospreciado. No resulta irrazonable entender, en suma, que en la agresión del varón hacia la mujer que es o fue su pareja se ve peculiarmente dañada la libertad de esta; se ve intensificado su sometimiento a la voluntad del agresor y se ve peculiarmente dañada su dignidad, en cuanto persona agredida al amparo de una arraigada estructura desigualitaria que la considera como inferior, como ser con menores competencias, capacidades y derechos a los que cualquier persona merece».

Pues bien, esa mayor lesividad supone un mayor daño, que debería ser indemnizado, y no lo está siendo. Muchas veces porque, al primar en este aspecto puramente civil el principio dispositivo, los tribunales se ven constreñidos, por el principio de congruencia, a respetar la cantidad solicitada por las partes. Y la mujer, en muchas ocasiones, por temor a no ser creída, o a que el interés en la denuncia pueda ser objeto de duda, prefiere no solicitar indemnizaciones adecuadas al daño sufrido, o incluso renunciar a ellas. Es por ello que la labor del Ministerio Fiscal a la hora de realizar una correcta cuantificación del daño e incluirla en su escrito de acusación nos parece esencial. La aplicación del ba-

remo al daño corporal y daño moral derivado de las lesiones, no ha de impedir la valoración de un daño moral añadido, que no sea consecuencia directa de las lesiones, sino de la situación de sufrimiento vivido por la víctima. Así lo ha venido admitiendo el Tribunal Supremo en la Sala Segunda, si bien parece que tal planteamiento no se traduce, en realidad, en unas indemnizaciones apropiadas.

Como ha señalado el Tribunal Supremo Sala Primera en el asunto Costa Concordia (STS de 8 de abril de 2016), la aplicación del baremo de daño corporal, si bien incluye en el montante de indemnización la partida de daño moral derivado de las lesiones, ello no impide que, como partida independiente, se valoren y cuantifiquen otros daños morales que derivan del hecho enjuiciado, pero que no están relacionadas con las lesiones en sí. Y el daño, sufrimiento, y ansiedad derivados de años de maltrato, con independencia de las lesiones producidas, o de las indemnizaciones recibidas por agresión sexual (que por cierto no se nos antojan muy cuantiosas), debería ser objeto de cuantificación independiente, y normalmente no lo es, salvo que se aprecie una lesión o enfermedad psicológica tal como el trastorno por estrés postraumático. La ausencia de una correcta indemnización supone una nueva vulneración de la dignidad de la mujer, y una nueva revictimización.

## V. BIBLIOGRAFÍA

ACCIARRI/IRIGOYEN. Funciones alternativas a la compensación: prevención y punición, en *El daño moral y su cuantificación*, dirigido por F. Gómez Pomar/I. Marín García, Bosch, Wolter Kluwer, 2017.

BONILLA CORREA, J.A. La responsabilidad civil en los delitos de violencia de género», en *Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares,* coord. por De Verda y Beamonte, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor 2012.

CODERCH/CASTIÑERA/GÓMEZ. *Prevenir y castigar: libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños,* Ed. Marcial Pons, Madrid 1997.

DE LA CUESTA AGUADO, P.M. Machismo y violencia. El concepto de «violencia de género penal, en *Violencia de género y Justicia* dir. por Castillejo/Alonso, Santiago de Compostela 2013.

LAURENZO COPELLO, P. La violencia de género en la ley integral. Valoración político-criminal, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología,* 2005, 07-08 http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-08.pdf p. 3.

MAGRO SERVET, V. El daño moral indemnizable en la violencia de género, *La Ley Digital* 7718/2017.

— El daño moral indemnizable en la violencia de género, *La Ley Digital* 7718/2017.

MONTERO DE ESPINOSA RODRÍGUEZ, N. Los instrumentos de valoración del daño en la violencia de género, en *La valoración del daño en las víctimas de la violencia de género,* Estudios de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid 2008.

REGLERO/PEÑA. Función de la responsabilidad por daños. Función reparatoria-compensatoria y función preventivo-punitiva, en *Tratado de Responsabilidad Civil* T. I. 5.ª edición, dirigido por F. Reglero/J.M. Busto, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor 2014.

SIMÓN GIL, M. Cómo valorar las secuelas y lesiones sociales a víctimas de violencia de género: dimensiones e indicadores, *en Respuestas transdisciplinares en una sociedad global. Aportaciones desde el trabajo social.* Universidad

de La Rioja, Logroño 2016. https://publicaciones.unirioja.es/catalogo/online/CIFETS_2016/Monografia/monografia.shtml.

VICENTE DOMINGO, E. El daño, en *Tratado de Responsabilidad Civil* T. I. 5.ª edición, dirigido por F. Reglero/J.M. Busto, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor 2014.

VVAA. *Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales*, ed. Médica Panamericana, 5.ª Edición 2018.

1.7. Concursal

# Breve introducción a la nueva Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario*

# *Brief introduction to the new Law 5/2019, of March 15, regulating real estate credit agreements*

por

TERESA ASUNCIÓN JIMÉNEZ PARÍS
*Profesora Contratada Doctora de Derecho civil*
*Universidad Complutense de Madrid*

*RESUMEN*: La Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario y el Real Decreto 309/2019, de 26 de abril transponen al ordenamiento interno 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, entendiendo por tales bienes aquellos que constituyen el hogar doméstico o sea, la vivienda habitual de la familia. La Ley regula detalladamente la información precontractual que debe suministrar el prestamista para el caso de que pretenda celebrarse un contrato de crédito inmobiliario o préstamo sujeto al ámbito de aplicación de la Ley 5/2019, detallado en su artículo 1 y 2. El prestamista debe evaluar la solvencia del potencial prestatario, no basándose predominantemente en la expectativa del mayor valor que pueda alcanzar el inmueble dado en garantía. El cumplimiento del principio de transparencia material se asegura mediante el otorgamiento previo a la escritura de préstamo de un acta notarial acreditativa de que el consumidor ha tenido la oportunidad real de conocer la carga económica y jurídica del préstamo que suscribe. La Ley también regula de forma imperativa algunos extremos del contrato de préstamo inmobiliario con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual como es el caso de los intereses moratorios o el vencimiento anticipado. En cuanto al tipo de salida para la ejecución judicial directa, aunque nada se regula expresamente, hay que interpretar que la regla actualmente contenida en el artículo 682.2.1.º LEC (el tipo de salida no puede ser inferior al 75% del valor en que se tasó la finca) ha quedado tácitamente derogada de manera que el tipo de salida ya no podrá ser inferior al valor en que se haya tasado el inmueble dado en garantía.

* 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.

*ABSTRACT: Law 5/2019, of March 15, regulating real estate credit agreements and Royal Decree 309/2019, of April 26 transpose Directive 2014/17 / EU of the European Parliament and of the Council of 4 of February 2014, on the credit agreements entered into with consumers for residential real estate, with such assets being those that constitute the domestic household, that is, the habitual residence of the family. The Law regulates in detail the pre-contractual information that the lender must provide in the event that a real estate loan or loan contract is intended to be celebrated subject to the scope of Law 5/2019, detailed in its artículo 1 and 2. The lender must evaluate the solvency of the potential borrower, not predominantly based on the expectation of the highest value that the real estate given as collateral can reach. Compliance with the principle of material transparency is ensured through the granting prior to the loan deed of a minutes granted equally before a notary accrediting that the consumer has had the real opportunity to know the economic and legal burden of the loan he signs. The Law also imperatively regulates some extremes of the real estate loan contract with mortgage guarantee on habitual housing, as is the case of default interest or early maturity. As for the type of exit for direct judicial execution, although nothing is expressly regulated, it must be interpreted that the rule currently contained in artículo 682.2.1.º LEC (the type of exit cannot be less than 75% of the value at which the property was appraised) has been tacitly repealed so that the type of exit can no longer be less than the value at which the property has been appraised given in guarantee.*

PALABRAS CLAVE: Bien inmueble residencial. Transparencia material. Intereses de demora. Vencimiento anticipado. Tipo de salida para la ejecución directa y la venta extrajudicial.

*KEY WORDS: Residential real estate. Material transparency. Late payment interest. Early maturity. Type of exit for direct execution and extrajudicial sale.*

*SUMARIO:* I. INTRODUCCIÓN.—II. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA NORMA: 1. Objetivo y subjetivo. 2. Temporal: *A) Contratos de préstamo suscritos con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 5/2019. B) En particular, la cuestión del vencimiento anticipado. C) Regulación de un incidente extraordinario de oposición. D) Información precontractual que debe suministrar el prestamista. E) Resolución de quejas y reclamaciones. F) Modificación de diversas normas.*—III. PARTICULAR REFERENCIA A LA FASE PRECONTRACTUAL.—IV. FORMA, CONTENIDO Y EJECUCIÓN DEL PRÉSTAMO INMOBILIARIO: 1. Forma. 2. Contenido. 3. Ejecución: *A) Vencimiento anticipado. B) Intereses de demora. C) El tipo de salida para la subasta.*—V. OTRAS NOVEDADES DE INTERÉS: 1. Aplicación de la norma a las novaciones modificativas y subrogaciones activas o pasivas en el préstamo. 2. Establecimiento del Código de Buenas Prácticas como mecanismo permanente en el ordenamiento jurídico español. 3. Reforzamiento del papel del Registro de Condiciones Generales de la Contratación.—VI. DESARROLLO REGLAMENTARIO.—VII. CONCLUSIONES.—VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—IX. BIBLIOGRAFÍA.

## I. INTRODUCCIÓN

El 16 de marzo de 2019 se publicó en el Boletín Oficial del Estado (en adelante, BOE) la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (en adelante, LCCI) que ha entrado en vigor el 16 de junio de 2019 (disp. final 16.ª).

La ley transpone la Directiva 2014/17/UE del Parlamento y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) núm. 1093/2010, que establece un régimen específico de protección para los consumidores que tengan la condición de prestatarios, garantes (fiadores) o titulares de garantías en préstamos o créditos garantizados mediante hipoteca sobre bienes inmuebles de uso residencial (expresión poco clara sobre la que volveremos más adelante). La Directiva preveía la posibilidad de ampliar el ámbito de protección a personas no consumidoras, lo que precisamente hace la Ley 5/2019, extendiendo su régimen jurídico a *todas las personas físicas* y por ende a los empresarios autónomos.

Tras fijar su objeto y su ámbito de aplicación (arts. 1 y 2), la ley indica que sus disposiciones y las contenidas en sus normas de desarrollo tendrán carácter irrenunciable e imperativo, no siendo disponibles para las partes contratantes salvo que la norma expresamente establezca lo contrario (art. 3.1 LCCI), o bien el contrato mejore en beneficio del deudor, el fiador o el hipotecante no deudor lo previsto en la ley. En este sentido la norma no sería imperativa sino semiimperativa. Los actos realizados en fraude de la misma y la renuncia previa de los derechos que la ley reconoce al deudor, fiador o garante o hipotecante no deudor serán nulos de pleno derecho de acuerdo con los artículos 6.3 y 6.4 del Código civil.

También se decreta la nulidad (disp. final 4.ª que modifica la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, en adelante LCGC) de las condiciones *incorporadas de modo no transparente al contrato en perjuicio de los consumidores* (art. 5.5 LCGC), lo que se refiere a la nulidad por falta de transparencia material. Lo mismo señala el artículo 83 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (en adelante, TRLGDCU) modificado por la disposición final 8.ª de la Ley 5/2019:

«Artículo 83. 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 [sin posibilidad de integración], 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*».

La Ley contiene una serie de definiciones (a los efectos de lo previsto en la misma) de las que destacamos la relativa al concepto «contrato de préstamo sobre capital compartido», que consistiría en «un contrato de préstamo en que el capital que se ha de reembolsar está determinado por un porcentaje, establecido en el contrato, del valor del bien inmueble en el momento del reembolso o de los reembolsos de capital», lo que permite una reducción del capital a devolver y una distribución del riesgo de pérdida de valor de la garantía tenida en cuenta para la concesión del préstamo, entre el Banco y el deudor hipotecario[1].

## II. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA NORMA

### 1. Objetivo y subjetivo

El ámbito de aplicación de la norma, concretamente el artículo 2 de la misma, es objeto de discusión en la doctrina científica[2].

Según CABANAS TREJO, la norma se aplica «a una modalidad específica de préstamo/crédito identificada como Contrato de Crédito Inmobiliario», que puede o no contar con garantía hipotecaria. No se aplica a todos los préstamos con garantía hipotecaria, aunque la Ley reforme preceptos de la Ley Hipotecaria o de la Ley de Enjuiciamiento Civil. De manera que para que se aplique la Ley 5/2019 o lo que es lo mismo, estemos ante un Contrato de Crédito Inmobiliario, será preciso:

— En cuanto a los sujetos:

• *Que el prestamista sea una persona física o jurídica dedicada profesionalmente a la concesión de este tipo de préstamo*, incluyendo al prestamista ocasional que opera con una finalidad inversora. Por ejemplo, se aplicaría al promotor inmobiliario que financia habitualmente la venta de las viviendas de su promoción con aplazamiento del pago del precio y garantía hipotecaria o condición resolutoria.

• *Que el prestatario sea una persona física*, empresario o consumidor, incluso si el préstamo se vincula con la actividad económica de aquél. *Incluso si el prestatario es una persona jurídica dedicada a una actividad empresarial, basta con que sea persona física el fiador o garante (hipotecante por deuda ajena).*

— En cuanto al objeto del contrato: puede tratarse de operaciones de crédito o préstamo, incluso de subrogación activa/pasiva o de novación del contrato.

— Alternativamente:

• *Que el préstamo se garantice con hipoteca u otro derecho real de garantía sobre un inmueble susceptible objetivamente de uso residencial,* entendiendo por tal una vivienda, pero no necesariamente la vivienda familiar, incluyendo en tal condición los trasteros o garajes u otros elementos inmobiliarios susceptibles de cumplir una función doméstica; *sea cual sea la finalidad del préstamo* (p.e., realizar una reforma en el inmueble).

• *O bien, que el prestatario/fiador o garante sea un consumidor,* es decir, «actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, profesión u oficio» *y el préstamo tenga por finalidad adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir, de uso residencial* (aunque este extremo no lo señala la ley se deduciría del Preámbulo). La conservación se referiría a conservar jurídicamente en el patrimonio el derecho de propiedad, si bien la rehabilitación integral podría equipararse a construcción del edificio[3].

Ahora bien, de forma más restrictiva y a la luz del Preámbulo de la Ley 5/2019, que cita la STJUE de 10 de septiembre de 2014 (asunto C-34/13), apartado 65 (que se refiere a la vivienda como derecho fundamental garantizado por el artículo 7 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE) cabría entender por inmueble de uso residencial o doméstico solo la *vivienda habitual* (*cfr*., art. 2.1.a) *in fine*, que se refiere a elementos que sin constituir vivienda cumplen una *función doméstica* o art. 693.2 LEC en redacción dada por disposición final 5.ª.2 de la LCCI), de manera que el uso residencial no sería el que objetivamente puede

tener el bien (pudiendo luego ser utilizado como alojamiento habitual o segunda residencia o despacho profesional) sino el que finalísticamente va a otorgarle el propietario (finalidad *doméstica* o de *vivienda habitual*), lo que excluiría los préstamos para adquisición de segundas viviendas o bien los préstamos con garantía sobre segundas viviendas[4].

La cuestión debe examinarse también desde el ámbito de aplicación de la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014 y desde el punto de vista de hasta dónde llegan las obligaciones de armonización de los Estados miembro. En su artículo 1 la Directiva señala:

«La presente Directiva se aplicará a:

a) los contratos de crédito garantizados por una hipoteca o por otra garantía comparable comúnmente utilizada en un Estado miembro sobre bienes inmuebles de uso residencial, o garantizados por un derecho relativo a un bien inmueble de uso residencial, y

b) los contratos de crédito cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre fincas o edificios construidos o por construir».

De acuerdo con el considerando (14) de la Directiva 2014/17/UE, «las definiciones establecidas por la presente Directiva determinan el alcance de la armonización. La obligación de los Estados miembro de transponer las disposiciones de la presente Directiva debe limitarse, por consiguiente, al ámbito de aplicación que dichas definiciones determinan».

Ahora bien, la Directiva 2014/17/UE no define qué se entienda por bien inmueble de uso residencial en su artículo 4 (dedicado a proporcionar las mencionadas definiciones), de modo que parecería que los Estados pueden dar un alcance mayor o menor a dicho concepto. El bien residencial por excelencia sería la vivienda habitual (y ahí la armonización sería obligatoria por estar claramente incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2014/17/UE), pero podría extenderse la protección que la Directiva quiere dispensar a bienes inmuebles diversos de la vivienda habitual, lo que no está claro que el legislador español haya hecho.

Esto quizás es lo que quiere decir la Directiva cuando en su considerando (13) indica:

«Si bien la presente Directiva regula los contratos de crédito que están relacionados de manera exclusiva o predominante con bienes inmuebles de uso residencial, ello no impide que los Estados miembro hagan extensivas a otros bienes inmuebles [de uso no residencial, p.e., vacacional o de temporada] las medidas adoptadas de conformidad con la presente Directiva para proteger a los *consumidores* en relación con los contratos de crédito, ni que regulen de otro modo dichos contratos».

Otra interpretación de este considerando no tendría sentido pues supondría que si las viviendas vacacionales (segundas residencias) están incluidas entre los bienes inmuebles de uso residencial (art. 1 de la Directiva), la extensión por parte de los Estados de las medidas de protección en relación con préstamos referentes a otros inmuebles incluiría las fincas rústicas, solares, despachos profesionales, locales comerciales … lo que guardaría más bien relación no ya con la protección del consumidor que es lo que pretende la Directiva sino de los profesionales o de las empresas, por lo menos en lo referente a ciertos inmuebles.

Por otro lado, el considerando (3) de la Directiva hace referencia expresa a prevenir «el endeudamiento excesivo de los *hogares*», a pesar de que los consi-

derandos (5) y (6) hablan en general de bienes inmuebles y el (15) que define el objetivo de la Directiva ya no mencione a los hogares[5].

Creo pues que el objetivo del legislador español ha sido proteger al consumidor que adquiere una vivienda (construida o por construir) como residencia habitual (con o sin garantía hipotecaria); o que hipoteca su vivienda familiar para conservarla en su patrimonio (p.e., librándola de embargos por diversas deudas); o al fiador o garante de un consumidor (que hipotecan su vivienda familiar o la comprometen por la vía del art. 1911 CC); o al profesional (empresario individual o que ha adoptado la forma de empresa persona jurídica) que hipoteca su vivienda familiar en garantía del buen fin de su negocio, así como a sus fiadores o garantes reales que comprometen su vivienda familiar en garantía del buen fin del negocio de aquél (art. 1 y 2 LCCI).

Es lo que entiendo se desprende de los artículos 1 y 2 de la Ley 5/2019, que en su tenor literal señalan:

Artículo 1 Ley 5/2019. Objeto:

«Esta ley tiene por objeto establecer determinadas normas de protección de las personas físicas [consumidores o profesionales] que sean *deudores, fiadores o garantes*, *de préstamos [con independencia de su finalidad] que estén garantizados mediante hipoteca u otro derecho real de garantía sobre bienes inmuebles de uso residencial [vivienda habitual] o cuya finalidad [estén garantizados o no con hipoteca] sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir [de uso residencial como vivienda habitual]…*».

Artículo 2 Ley 5/2019. Ámbito de aplicación:

1. Esta Ley será de aplicación a los contratos de préstamo concedidos por personas físicas o jurídicas que realicen dicha actividad de manera profesional, cuando el prestatario, el fiador o garante sea una persona física [consumidor o profesional] y dicho contrato tenga por objeto:

a) La concesión de préstamos con garantía hipotecaria u otro derecho real de garantía sobre un inmueble de uso residencial [vivienda habitual]. A estos efectos, *también se entenderán como inmuebles para uso residencial aquellos elementos tales como trasteros, garajes, y cualesquiera otros que sin constituir vivienda como tal cumplen una función doméstica.*

b) La concesión de préstamos [tengan o no una garantía real inmobiliaria accesoria] *cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir* [de uso residencial], *siempre que el prestatario, fiador o garante sea un consumidor…*».

En cualquier caso, a todos los préstamos inmobiliarios incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley 5/2019, sean o no préstamos hipotecarios, se les aplican las normas de transparencia establecidas en la ley[6].

Igualmente, hay que señalar que las normas de transparencia y protección se aplican tanto al deudor, como al fiador o garante real (arts. 1, 3.2, 11.1 y 15.4 LCCI)[7].

## 2. Temporal

### *A) Contratos de préstamo suscritos con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 5/2019*

*De acuerdo con la disposición transitoria 1.ª, la Ley 5/2019 no será de aplicación a los contratos de préstamo suscritos con anterioridad a su entrada en vigor, esto*

*es, suscritos con anterioridad al 16 de junio de 2019*. No obstante, si los contratos celebrados antes del 16 de junio de 2019 son objeto de novación modificativa o extintiva (arts. 1203.1.º y 1204 CC) o de subrogación (en posición acreedora o deudora) con posterioridad a su entrada en vigor, las previsiones de la Ley 5/2019 sí serán de aplicación; en particular el prestamista deberá informar al prestatario en los términos del artículo 14 de la Ley 5/2019 de los contenidos objeto de modificación respecto de lo contratado inicialmente (Disp. Transitoria 1.ª.2).

*B) En particular, la cuestión del vencimiento anticipado*

En relación con la nueva regulación del vencimiento anticipado establecida en el artículo 24 de la Ley 5/2019, será de aplicación imperativamente *a los contratos celebrados antes del 16 de junio de 2019 que incluyan una cláusula de este tipo y siempre que a fecha 16 de junio de 2019 dicha cláusula no se hubiera activado, salvo que el deudor alegue que la previsión contractual resulta más favorable para él*. Es decir, para tales contratos, una vez entrada en vigor la Ley 5/2019, su vencimiento anticipado solo podrá producirse en los términos del artículo 24 de la Ley 5/2019, salvo que el deudor alegue que la previsión contractual resulta más favorable para él. *Para los contratos anteriores al 16 de junio de 2019 cuyo vencimiento anticipado se hubiera producido antes de esta fecha, se haya instado ya o no un procedimiento de ejecución hipotecaria para hacerlo efectivo y estuviera este suspendido o no, el artículo 24 de la Ley 5/2019 no será de aplicación, resolviéndose la cuestión en función de las disposiciones contractuales y legales que resulten de aplicación y de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE sobre la materia*[8].

Por lo tanto, de acuerdo con la disposición transitoria 1.ª.4 y disposición transitoria 3.ª, si el vencimiento de un préstamo inmobiliario se hubiese producido antes del 16 de junio de 2019, se aplicará la normativa anterior. El prestatario, si es consumidor, podrá alegar el carácter abusivo de la cláusula, debiendo estarse a la doctrina fijada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y por el Tribunal Supremo sobre la abusividad de tales cláusulas y sus consecuencias jurídicas. En concreto, habrá que estar a la doctrina fijada por la STJUE de 26 de marzo de 2019, en los asuntos acumulados C-70/17 y C-179/17, que tienen por objeto sendas peticiones de decisión prejudicial planteadas, respectivamente, por el Tribunal Supremo, mediante auto de 8 de febrero de 2017, y por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Barcelona, mediante auto de 30 de marzo de 2017. Y por los tres ATJUE de 3 de julio de 2019, también relativos a la cláusula de vencimiento anticipado, resolviendo las cuestiones prejudiciales planteadas por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Fuenlabrada, asunto C-92/16, el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 2 de Santander, asunto C-167/16 y el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Alicante, asunto C-486/16[9].

Tras la STJUE de 26 de marzo de 2019, «se han ido sucediendo los autos de juzgados y Audiencias que habían paralizado los procedimientos, levantando las suspensiones y archivando los desahucios con distintas fórmulas: sobreseimiento, denegación de actuaciones, o improcedencia de la ejecución despachada»[10].

Siendo nula la cláusula de vencimiento anticipado por abusiva, surge la duda de si puede ser sustituida por el artículo 24 de la Ley 5/2019 al ser esta una norma imperativa. La STJUE de 21 de enero de 2015 entiende que tal cosa es imposible porque suprime el efecto sancionador que para el profesional tiene la supresión total de la cláusula abusiva (tal sustitución sería contraria al principio de efectividad de la Directiva 93/13)[11].

Otra solución sería la nulidad total del contrato de préstamo, pero la objeción a esta posición es que la cláusula de vencimiento anticipado no es esencial ni forma parte del objeto del contrato de préstamo. Además la nulidad del préstamo haría inoperante la hipoteca por su carácter accesorio[12].

Hay quien defiende que el artículo 24 de la Ley 5/2019 concreta para los préstamos inmobiliarios la regla general sobre resolución por incumplimiento del artículo 1124 del Código civil (PANTALEÓN), pero la irretroactividad de la Ley 5/2019 impediría esta aplicación[13].

Otra solución que apunta la doctrina sería proceder al sobreseimiento y archivo del proceso hipotecario, «si bien se podría preguntar antes, conforme además con la jurisprudencia europea, al consumidor si está de acuerdo con ello o prefiere continuar el proceso» (ALBIEZ DOHRMANN)[14].

El Tribunal Supremo ha resuelto el asunto que fue objeto de la STJUE de 26 de marzo de 2019 por medio de la STS de 11 de septiembre de 2019.

*C) Regulación de un incidente extraordinario de oposición*

Para los procesos de ejecución en curso a la entrada en vigor de la Ley 5/2019 (esto es, a 16 de junio de 2019) se concede la posibilidad de formular un incidente extraordinario de oposición basado en el artículo 557.1.7.ª y en el artículo 695.1.4.ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil, siempre que el procedimiento ejecutivo hubiera estado en curso al entrar en vigor la Ley 1/2013, de 14 de mayo; hubiera transcurrido el plazo para plantear oposición a la ejecución (arts. 556.1 y 557.1 LEC); el procedimiento no hubiera culminado con la puesta en posesión del inmueble al adquirente (art. 675 LEC) y en su día no se hubiese notificado personalmente al ejecutado de la posibilidad de formular un incidente extraordinario de oposición basado en la existencia de cláusulas abusivas (arts. 557.1.7.ª y art. 695.1.4.ª LEC); ni se hubiera formulado por el ejecutado dicho incidente conforme a lo recogido en la disposición transitoria 4.ª de la Ley 1/2013; ni se hubiera admitido la oposición del ejecutado con base en la STJUE de 29 de octubre de 2015 o cuando un juez de oficio ya hubiera analizado la abusividad de las cláusulas contractuales. Con esta disposición se trata de dar cumplimiento a las STJUE de 29 de octubre de 2015 y 26 de enero de 2017. Se trata de otorgar a los deudores hipotecarios contemplados en la disposición transitoria 4.ª de la Ley 1/2013, un nuevo plazo de diez días para formular oposición sobre la base de la posible existencia de cláusulas abusivas. Este nuevo plazo se contará a partir de la notificación que se haga al deudor de su posibilidad de plantear oposición. Notificación que deberá realizar el juzgado en el plazo de 15 días naturales a contar desde el 16 de junio de 2019 (fecha de la entrada en vigor de la Ley 5/2019).

Si se formula el incidente extraordinario de oposición se suspenderá el curso del proceso hasta la resolución del incidente, de acuerdo con el artículo 558 y ss. y 695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Se otorga así a los afectados por ejecuciones hipotecarias una oportunidad para oponerse a la ejecución alegando la existencia de cláusulas abusivas, si en su día no pudieron disfrutar de ella[15].

*D) Información precontractual que debe suministrar el prestamista*

La disposición transitoria 4.ª señala que hasta el 21 de marzo de 2019 (la Ley se publicó en el BOE de 16 de marzo de 2019) los prestamistas podrán

seguir utilizando la Ficha de Información Personalizada (FIPER) prevista en el artículo 22 y en el Anexo II de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, en lugar de la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN) señalada en el artículo 10.2 de la Ley 5/2019, así como la Ficha de Información Precontractual (FIPRE) prevista en el artículo 21 y en el Anexo I de dicha Orden.

Ahora bien, como la Ley 5/2019 entraba en vigor a los tres meses de su publicación, parece que la disposición transitoria 4.ª tampoco lo haría hasta esa fecha. Por lo tanto, correspondería utilizar a los prestamistas hasta el 16 de junio de 2019, en lo relativo a la fase precontractual del préstamo, la FIPER y la Ficha de Información Precontractual tal y como estaban reguladas en la Orden EHA/2899/2011.

La cuestión ha sido aclarada por la disposición final 3.ª de la Orden ECE/482/2019, de 26 de abril, por la que se modifican la Orden EHA/1718/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios, y la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (BOE de 29 de abril de 2019). En dicha disposición, que fija el momento de entrada en vigor de la nueva redacción de la Orden EHA/2899/2011 (16 de junio de 2019), *se señala que subsistirá la obligación de facilitar la FIPER, con arreglo a la redacción anterior de dicha Orden, hasta el 16 de junio de 2019*[16].

*E) Resolución de quejas y reclamaciones*

De acuerdo con la disposición transitoria 5.ª, hasta la entrada en vigor de la ley prevista en la disposición adicional 1.ª de la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo, será el servicio de reclamaciones del Banco de España el que atenderá las quejas y reclamaciones que presentes los potenciales prestatarios, prestatarios o garantes y que deriven de presuntos incumplimientos por los prestamistas de la normativa de transparencia y protección de la clientela o de las buenas prácticas y usos financieros. Las quejas, pues, de quienes todavía no han firmado el contrato de préstamo, de los prestatarios y de los garantes (fiadores, avalistas, hipotecantes no deudores), en relación con materias reguladas por la Ley 5/2019 o su normativa de desarrollo, serán atendidas por el Banco de España *mientras no se apruebe una ley que regule el sistema institucional de protección del cliente financiero consumidor* (como ordena la disposición adicional 1.ª de la Ley 7/2017)[17].

*F) Modificación de diversas normas*

Hay que tener en cuenta que la fecha de entrada en vigor de la Ley 5/2019 «rige igualmente para las demás leyes modificadas por la misma», o sea, Ley de Condiciones Generales de la Contratación, Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley Hipotecaria, Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, …)[18].

## III. PARTICULAR REFERENCIA A LA FASE PRECONTRACTUAL

El Capítulo II de la Ley 5/2019 estable unas normas de protección del prestatario, referidas fundamentalmente a la fase precontractual.

Como principio general se destaca que los prestamistas deben actuar de manera honesta, imparcial, transparente y profesional, respetando los derechos e intereses de los consumidores, tanto en la concesión de préstamos como en la ejecución de los contratos de préstamo. La concesión de préstamos se basará en la información sobre las circunstancias del prestatario y en cualquier requisito específico que este haya dado a conocer (p.e., el prestatario no quiere que como consecuencia del préstamo puedan ser ejecutados bienes diversos del inmueble residencial dado en garantía), así como en hipótesis razonables sobre los riesgos para su situación durante la vigencia del contrato de préstamo. Por lo tanto, el prestatario tiene una obligación de información y el prestamista un deber de evaluar la solvencia (art. 5 en relación con los arts. 11 y 12 LCCI)[19].

La Ley determina la información básica que debe figurar en la publicidad de los préstamos inmobiliarios (art. 6). Entre dichos extremos, cuando proceda, deberá mencionarse la opción del deudor de poder verificar una dación en pago del inmueble hipotecado con carácter liberatorio de la totalidad de la deuda derivada del préstamo garantizado. Además, los prestamistas deben inscribir en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, las condiciones generales utilizadas en los contratos de crédito inmobiliario, debiendo también tenerlas a disposición del público en su página web o, en su defecto, en sus establecimientos abiertos al público (art. 7). El artículo 9 regula la información general, clara y comprensible, sobre los contratos de crédito inmobiliario que los prestamistas deberán facilitar en todo momento en soporte papel o cualquier otro soporte duradero, o en formato electrónico. En esa información debe mencionarse, cuando proceda, una declaración clara y concisa de que el incumplimiento del contrato de crédito no garantiza el reembolso del mismo a través de la garantía hipotecaria accesoria presente en el contrato de crédito inmobiliario, así como una advertencia general sobre las posibles consecuencias de no cumplir los compromisos asociados al contrato de crédito. Igualmente, cuando proceda, la opción del deudor de poder dar en pago del crédito el inmueble hipotecado con carácter liberatorio de la totalidad de la deuda.

Esta opción del deudor debe configurarse como opción para el momento de pago en manos del deudor (so pena de lesionar la prohibición de pacto comisorio de los arts. 1859 y 1884 CC). A su vez, habrá que tener en cuenta que la dación en pago verificada en determinadas condiciones podría lesionar también el espíritu que informa las normas que prohíben el pacto comisorio si se produce una desproporción en el medio de pago, de manera que el acreedor percibe a través de la dación en pago del inmueble un valor superior al importe del crédito (lo que exigiría la devolución en metálico del valor correspondiente al deudor). Si el importe del crédito es superior al valor del bien dado en garantía, el prestamista asume esa pérdida al haber otorgado tal opción de pago liberatoria al deudor[20].

Esta opción es distinta a configurar la hipoteca como hipoteca de responsabilidad limitada del artículo 140 LH en cuyo caso lo que se determina es que el crédito solo puede hacerse efectivo mediante ejecución del bien dado en garantía y no sobre otros bienes del patrimonio del deudor (excluyendo así la aplicación del art. 1911 CC, 105 LH y art. 579 LEC).

Una vez que el prestatario haya dado la información necesaria sobre sus necesidades, situación financiera y preferencias con suficiente antelación, el pres-

tamista le ofrecerá la información personalizada que necesite mediante la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN), que recoge el Anexo I de la Ley y que tiene la consideración de oferta vinculante (arts. 10 y 14.1 LCCI). Hay que tener en cuenta que la FEIN sustituye a la FIPER[21].

Antes de realizar la oferta vinculante, el prestamista deberá haber evaluado la solvencia del potencial prestatario (también del fiador y del garante real). Se trata de verificar la capacidad de reembolso del deudor, teniendo en cuenta los parámetros indicados en el artículo 11.1 Ley 5/2019[22].

La Ley señala expresamente que si el préstamo cuenta con garantía real, la evaluación de la solvencia no podrá basarse predominantemente en el valor de la garantía que exceda del importe del préstamo o en la hipótesis de que el valor de la garantía aumentará, salvo que el préstamo se conceda para la construcción o renovación de bienes inmuebles de uso residencial (art. 11.3 LCCI).

Si el prestamista no evaluara correctamente la solvencia del potencial prestatario, ello no le permite luego resolver o modificar el contrato de préstamo (aunque la información facilitada por el potencial deudor haya sido incompleta), salvo que el prestatario haya ocultado o falsificado conscientemente la información (art. 11.4 LCCI).

En todo caso, el prestamista solo otorgará el préstamo si el resultado de la evaluación de la solvencia es positivo, esto es, indica que es probable que las obligaciones derivadas del contrato de préstamo se cumplirán según lo establecido en dicho contrato (art. 11.5 LCCI). La decisión de no otorgar el préstamo deberá ser motivada. Si se basa en los datos de un fichero de solvencia, deberá entregar una copia del resultado de tal consulta, informando de los pormenores de la base de datos consultada y del derecho de acceso y rectificación, en su caso, de los datos contenidos en la misma (art. 11.6 LCCI).

El prestamista solicitará al potencial deudor la información proporcionada y limitada a lo necesario para la realización de una evaluación adecuada de la solvencia, con los límites establecidos en la Ley de protección de datos. El potencial deudor deberá facilitarla en el marco temporal que se le señale. Además el prestamista deberá consultar el historial crediticio del cliente acudiendo a la Central de Información de Riesgos del Banco de España, así como a alguna de las entidades privadas de información crediticia en los términos y con los requisitos y garantías previstos en la legislación de protección de datos personales, pudiendo comunicar a dichos ficheros de solvencia privados los datos del préstamo si es finalmente concedido (art. 12 LCCI). Cuando el potencial prestatario no facilite la información o la verificación necesaria para llevar a cabo la evaluación de la solvencia, el préstamo no podrá concederse, de lo cual deberá ser advertido previamente el potencial prestatario en esta fase precontractual.

La tasación de los bienes inmuebles ofrecidos en garantía se verificará por un tasador independiente del prestamista utilizando normas de tasación fiables y reconocidas internacionalmente, de conformidad con lo establecido por la Orden ECO/805/2003, de 27 de marzo, sobre normas de valoración de inmuebles y de determinados derechos para ciertas finalidades financieras (art. 14 LCCI). Entiendo que la tasación forma parte de la fase de evaluación de la solvencia del potencial deudor (art. 11.3 LCCI).

En relación con las tipologías de tasación, el Ministerio de Economía y Empresa evaluará en el plazo de 6 meses la conveniencia de modificar dicha Orden Ministerial con la finalidad de incorporar otras tipologías avanzadas de tasación (disp. adic. 10.ª LCCI).

Verificada esta y tomada la decisión por el prestamista de conceder el préstamo, este deberá entregar al potencial prestatario con al menos diez días (naturales) de antelación a la firma del contrato una serie de documentos indicados en el artículo 14 de la Ley 5/2019. La Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN) *que tiene valor de oferta vinculante para la entidad durante el plazo pactado hasta la firma del contrato (diez días al menos*) así como la Ficha de Advertencias Estandarizadas (FiAE) mediante la cual se informa al potencial prestatario de la existencia *de las cláusulas relevantes del contrato*. Por lo menos, de los índices oficiales de referencia utilizados para fijar el tipo de interés remuneratorio aplicable, la posibilidad de vencimiento anticipado, los intereses de demora, que se trata de un préstamo en moneda extranjera y la distribución de gastos derivados del préstamo. Si se trata de un préstamo a interés variable, deberá entregarse un documento separado con las cuotas periódicas a satisfacer en diferentes escenarios de evolución de los tipos de interés. También deberá entregarse una copia del proyecto de contrato, incluyendo de forma desglosada la totalidad de los gastos asociados a la firma del contrato, de los cuales corresponden al prestatario los de tasación y las copias autorizadas de la escritura que solicite. El prestamista asume los gastos de gestoría, aranceles notariales de la escritura de préstamo hipotecario y los gastos de inscripción de la escritura en el Registro de la Propiedad. El pago del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados se realiza de conformidad con lo establecido en la normativa tributaria[23].

Si se pactase una comisión de apertura, la misma se devengará una sola vez y englobará todos los gastos de estudio, tramitación o concesión del préstamo. En el caso de préstamos denominados en divisas, la comisión de apertura incluirá asimismo cualquier comisión por cambio de moneda correspondiente al desembolso inicial del préstamo.

Junto con la documentación mencionada en el artículo 14 de la Ley 5/2019, el prestamista deberá advertir al prestatario cuando esté previsto que el préstamo se formalice en escritura pública, de la obligación de recibir asesoramiento personalizado y gratuito del notario de su elección sobre el contenido y consecuencias de la información contenida en la documentación entregada, lo que no exime al prestamista de dar al prestatario las oportunas explicaciones y aclaraciones sobre los efectos y cargas derivadas del préstamo [art. 14.1.g) en relación con los arts. 14.2 y 15.9 LCCI].

La documentación referida así como una manifestación firmada por el prestatario de haber recibido la documentación y haberle sido explicado su contenido deberá remitirse telemáticamente a través de un sistema informático al notario de la elección del potencial prestatario para que otorgue el acta previa y la escritura[24].

En caso de intervenir un fiador o garante real también estos deberán manifestar con su firma haber recibido la documentación y haberles sido explicado su contenido[25].

Como hemos ido viendo, la Ley regula de forma detallada la fase precontractual y contiene normas de transparencia y de conducta orientadas a la concesión responsable de financiación que afecte a bienes inmuebles residenciales destinados a vivienda habitual (así, la obligación de evaluar la solvencia del potencial prestatario). Además, la Ley incorpora al ordenamiento jurídico el concepto de *transparencia material*. Se trata de que el prestatario tenga la información necesaria para comprender la carga económica y jurídica del préstamo que va a contratar, extremo que deberá comprobar el notario. Es decir, no se trata solo de cumplir unas obligaciones formales de información sino de que verdaderamente el prestatario haya tenido oportunidad de conocer la carga económica y jurídica

del préstamo, lo cual deberá ser comprobado por el notario. De ahí que este tenga que levantar un acta previa al otorgamiento de la escritura de préstamo acreditando dicho extremo.

Por ello, el artículo 15 de la Ley 5/2019 indica que sin perjuicio de las explicaciones adecuadas que el prestamista debe facilitar al prestatario durante el plazo de vigencia de la oferta vinculante para la entidad crediticia, el prestatario debe comparecer ante el notario elegido por él a efectos de obtener presencialmente asesoramiento y otorgar el acta.

El notario debe verificar que ha sido entregada al prestatario la documentación indicada en el artículo 14 de la Ley 5/2019 en tiempo y forma, debe responder a las cuestiones planteadas por el prestatario y prestarle el debido asesoramiento sobre las mismas, así como sobre cada una de las cláusulas específicas recogidas en la FEIN y en la FiAE. El prestatario deberá responder además a un test sobre la documentación entregada y la información suministrada.

Como tarde, el día anterior al de la firma de la escritura pública, el notario deberá extender un acta notarial en el que hará constar: que la documentación del artículo 14 de la Ley 5/2019 se entregó en tiempo y forma; las cuestiones planteadas por el prestatario y el asesoramiento recibido; que ha prestado asesoramiento en relación con todas y cada una de las cláusulas específicas recogidas en la FEIN y en la FiAE y el resultado del test.

La obligación de comparecencia al igual que las normas de protección al prestatario previstas en la Ley, se extienden a toda persona física que sea fiadora o garante real.

En caso de no quedar acreditado documentalmente el cumplimiento en tiempo y forma de las obligaciones previstas en el artículo 14.1 de la Ley 5/2019 (el notario debe poder comprobar a través de la aplicación informática a la que el profesional sube la documentación, la fecha en que los documentos *firmados por el prestatario* fueron incorporados a la aplicación para su puesta a disposición del notario), o en caso de que el prestatario, fiador o garante real no compareciesen en plazo para recibir asesoramiento, el notario expresará en el acta esta circunstancia y en tal caso no podrá autorizarse la escritura pública de préstamo.

El contenido del acta se presume veraz e íntegro [art. 17 bis.2.b) de la Ley del Notariado y artículo 319 de la LEC] y hace prueba del asesoramiento prestado por el notario y *de la manifestación de que el prestatario comprende y acepta el contenido de los documentos descritos* a efectos, señala la ley, de cumplir con el principio de transparencia en su vertiente material.

En la escritura pública del préstamo el notario autorizante insertará una reseña identificativa del acta expresando número de protocolo, notario autorizante, fecha de autorización y la afirmación del notario, bajo su responsabilidad y de acuerdo con el acta, de que el prestatario ha recibido en plazo la documentación y el asesoramiento que prevé la ley. El acta no generará coste arancelario alguno.

El notario autorizante de una escritura de préstamo sujeto a esta ley entregará o remitirá telemáticamente al prestatario sin coste copia simple de aquella. Los registradores de la propiedad también remitirán gratuitamente y de forma telemática al prestatario nota simple literal de la inscripción practicada y de la nota de despacho y de calificación, con indicación de las cláusulas no inscritas y con la motivación de su respectiva suspensión o denegación.

En la escritura se hará constar una dirección de correo del prestatario para la práctica de estas comunicaciones (disp. adic. 8.ª LCCI).

La información precontractual que se facilite a los prestatarios debe ser homogénea en todo el territorio español por lo que la normativa autonómica no puede

exigir adicionar documentación complementaria que pueda producir confusión en el prestatario y debe respetar los modelos normalizados de información que se establezcan por la normativa básica estatal de transparencia, con el fin de que los prestatarios puedan valorar adecuadamente las diferencias entre unas ofertas y otras en todo el territorio español (Disp. Adic. 5.ª LCCI).

Consecuencia de la nueva regulación que se establece de la fase precontractual así como de la supresión a la que luego nos referiremos de la cláusula suelo es la derogación del artículo 6 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, que exigía una expresión manuscrita del prestatario en la escritura pública, junto con su firma, por la que el prestatario manifestase que había sido adecuadamente advertido de los posibles riesgos derivados del contrato.

No obstante, hasta el 15 de junio de 2019 dicha norma ha estado vigente, siendo sustituido, a partir del día 16 de junio de 2019, el control notarial mediante la cláusula de expresión manuscrita, por el acta notarial de transparencia del artículo 15 de la Ley 5/2019, lo que es consecuencia de que la Disposición Derogatoria de dicha ley también entró en vigor el 16 de junio de 2019. Todo ello en relación con contratos de préstamo *perfeccionados* antes del 16 de junio de 2019[26].

## IV. FORMA, CONTENIDO Y EJECUCIÓN DEL PRÉSTAMO INMOBILIARIO

### 1. Forma

*En relación con la forma del contrato de crédito inmobiliario*, la ley indica que los contratos sujetos a su ámbito de aplicación *se formalizarán en papel o en otro soporte duradero. En caso de estar garantizados con hipoteca constituida sobre un inmueble de uso residencial situado en territorio nacional se formalizarán en escritura pública*, pudiendo adoptar el formato electrónico con arreglo a la legislación notarial. En el documento en que se formalice el contrato se harán constar sus elementos esenciales y los datos y elementos que determine el Gobierno reglamentariamente.

El notario no autorizará la escritura pública si no se hubiese otorgado previamente el acta notarial regulada en el artículo 15.3 de la Ley 5/2019 por la que se acredita el cumplimiento del principio de transparencia material.

En cuanto al registrador de la propiedad, tampoco inscribirá ninguna escritura de préstamo hipotecario en la que no conste la reseña que debe hacer el notario conforme al artículo 15.7, del otorgamiento del acta notarial previa (art. 22 LCCI).

Como cabe que contratos sujetos a esta ley no se realicen en escritura pública ante notario, es posible que se verifique la incorporación al contrato de condiciones generales de la contratación en perjuicio de los consumidores de modo no transparente (como indica el art. 5.5 LCGC), lo que tendrá la consecuencia de su nulidad de pleno derecho.

El registrador, en caso de calificación registral favorable de la cláusula de vencimiento anticipado y de las demás cláusulas financieras contenidas en la escritura de préstamo hipotecario, así como del resto de cláusulas de trascendencia real, las hará constar en el asiento en los términos que resulten de la escritura de formalización (art. 12 LH). El registrador debe pues calificar *todas las cláusulas del contrato* y no solo las que tengan trascendencia real (como indicaba la antigua redacción del art. 12 LH), de manera que solo hará constar en el asiento aquellas cláusulas (con trascendencia real o no) que sean válidas.

Solo las cláusulas inscritas podrán ser tenidas en cuenta a efectos de ejecución (art. 130 LH).

De acuerdo con el artículo 258.2 de la Ley Hipotecaria en su nueva redacción (disp. final 1.ª. Cinco) el registrador de la propiedad denegará la inscripción de aquellas cláusulas de los contratos, incluidos los de crédito inmobiliario, que sean contrarias a normas imperativas o prohibitivas (así, a las disposiciones de la Ley 5/2019) o hubieran sido declaradas nulas por abusivas por sentencia del Tribunal Supremo con valor de jurisprudencia o por sentencia firme inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación.

## 2. Contenido

Entre sus novedades más destacadas hay que señalar que la *Ley 5/2019 prohíbe la cláusula suelo* (art. 21.3 LCCI), por lo que el tipo de interés variable podrá bajar en función de que lo haga el índice de referencia con el único límite de que el interés remuneratorio no podrá ser negativo (art. 21.4 LCCI). Es decir, el interés mínimo se establece en un 0%, situación que difícilmente podrá darse dado que las entidades crediticias fijan el tipo de interés variable utilizando un índice de referencia más un diferencial. La ley señala también los requisitos que deben reunir los índices o tipos de referencia utilizados para calcular el tipo de interés (art. 21.2 LCCI)[27].

*En relación con los préstamos inmobiliarios denominados en moneda extranjera,* la ley incorpora el *derecho del consumidor a convertir dicho préstamo a la moneda en la que el prestatario reciba sus ingresos o la del Estado miembro en el que resida, como mecanismo de protección frente al riesgo de cambio (art. 20 LCCI).* El prestatario elegirá una de estas dos opciones en el momento de solicitar la conversión a la moneda alternativa. El tipo de cambio utilizado en la conversión será el tipo de cambio vigente en la fecha en que se solicite la conversión y publicado por el Banco Central Europeo, salvo que el contrato establezca otra cosa.

Los prestamistas informarán periódicamente al prestatario del importe adeudado con el desglose del incremento que, en su caso, se haya producido como consecuencia de la variación del tipo de cambio y del derecho de conversión en una moneda alternativa y las condiciones para ejercer tal conversión. Esta información se facilitará en todo caso (o sea, particularmente) cuando el valor del importe adeudado por el prestatario o de las cuotas periódicas difiera *en más del 20 por ciento del importe que habría correspondido de haberse aplicado el tipo de cambio vigente al celebrar el préstamo*.

El derecho del prestatario a convertir el préstamo denominado en moneda extranjera a una moneda alternativa se pondrá en conocimiento del prestatario a través de la FEIN y del contrato de préstamo. Igualmente, por dichos medios se le comunicará un ejemplo ilustrativo de los efectos que tendría una fluctuación del tipo de cambio del 20 por ciento (a efectos de que tenga oportunidad de conocer la carga jurídica y económica del préstamo). En caso de que el prestamista incumpla *cualquiera de las exigencias y requisitos señalados en el artículo 20 Ley 5/2019* ello determinará en favor del prestatario consumidor la nulidad de las cláusulas multidivisa y le permitirá solicitar la modificación del contrato de modo que se considere que fue concedido desde el principio en la moneda en que perciba sus ingresos.

*Se favorece también la subrogación y la novación modificativa de préstamos cuando tengan por finalidad la modificación del tipo de interés variable a uno fijo.*

En este sentido, el artículo 23.6.2.º Ley 5/2019 señala que una vez transcurridos los 3 primeros años de vigencia del contrato de préstamo, el prestamista no podrá exigir compensación o comisión alguna cuando se verifique una novación del tipo de interés o una subrogación de acreedor en las que se pacte la aplicación para el resto de vida del préstamo de un tipo de interés fijo.

## 3. Ejecución

### *A) Vencimiento anticipado*

Se establece una nueva regulación del vencimiento anticipado del contrato de préstamo sustituyendo el régimen vigente sujeto a la autonomía de la voluntad por un régimen imperativo (*rectius,* semiimperativo).

El vencimiento anticipado solo pueda tener lugar cuando el incumplimiento del deudor es suficientemente significativo en atención al préstamo contratado. De este modo, el artículo 24 de la Ley 5/2019 (que es norma imperativa, como decimos, contra la que no cabe pacto en contrario en perjuicio del consumidor) señala que en los contratos de préstamo cuyo prestatario, fiador o garante (hipotecante no deudor) *sea una persona física* (consumidor o profesional) y que estén garantizados *con hipoteca u otra garantía real sobre bienes inmuebles de uso residencial* (o sea, sobre la vivienda habitual); o bien en caso de préstamos (incluso no garantizados con hipoteca) cuya finalidad sea *adquirir o conservar derechos de propiedad* sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir *para uso residencial (vivienda habitual del consumidor),* el prestatario perderá el derecho a devolver el préstamo en el plazo estipulado y se producirá el vencimiento anticipado del contrato siempre que se den conjuntamente los siguientes requisitos:

a) El prestatario se encuentra en mora en el pago de una parte del capital del préstamo o de los intereses.

b) Si la mora se produce dentro de la primera mitad de la vida del préstamo, es preciso que la cuantía de las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al menos al 3% del capital concedido, o bien que se hayan impagado doce cuotas mensuales o un número de cuotas equivalente a doce meses. Si la mora se produce dentro de la segunda mitad de la vida del préstamo, es preciso que la cuantía de las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al menos a un 7% del capital concedido, o bien que se hayan impagado 15 cuotas mensuales, o un número de cuotas equivalente a quince meses.

c) Que el prestamista haya requerido de pago al prestatario concediéndole un plazo de al menos un mes para regularizar los impagos, y advirtiéndole de que caso de no proceder a tal regularización reclamará el reembolso total del capital pendiente de pago.

En consonancia con este artículo 24 de la Ley 5/2019 se modifica por la disposición final 5.ª.2 el artículo 693.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que pasa a tener la siguiente redacción:

«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 [habitual] 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*».

Si bien CABANAS TREJO considera que el vencimiento anticipado se configura por el legislador como «un efecto legal de la concurrencia de un determinado supuesto de hecho, sin necesidad de pacto alguno y con independencia de la opción procesal del acreedor, ya acuda a un juicio declarativo, a una ejecución común o hipotecaria, o a la venta extrajudicial ante notario», de manera que la cláusula de vencimiento anticipado pasaría a ser inútil por redundante, aunque de copiarse en el contrato no se cuestionaría su validez, entiendo que es imprescindible hacer constar la cláusula en el contrato y en el asiento registral para que se produzca el vencimiento anticipado de la obligación y se pueda abrir la ejecución hipotecaria, la ejecución ordinaria, el procedimiento declarativo o la venta extrajudicial ante notario si se pactó [art. 129.1.e) LH], pues aparte de lo indicado en el artículo 130 de la Ley Hipotecaria, de la regulación de esta, como señalamos en otro lugar, se desprende que el legislador piensa a falta de tal pacto en préstamos cuyo capital se devuelve íntegramente al final de la vida del préstamo (*vid.,* arts. 114 LH y 693.1 LEC). Además la regla general civil es que el plazo se entiende establecido a favor de acreedor y deudor (arts. 1125, 1127 y 1129 CC). Luego el vencimiento anticipado debe estipularse como cláusula del contrato, si bien su contenido viene marcado por una norma imperativa, siendo nulo de pleno derecho de contravenir tal norma en perjuicio del consumidor (art. 6.3 CC)[28].

La norma del artículo 693.2 LEC no es de aplicación general a cualquier contrato de préstamo hipotecario y tampoco a cualquier contrato de crédito inmobiliario, sino solo a aquellos contratos de crédito inmobiliario en los que concurra la doble necesidad de *estar incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley 5/2019 y gocen de garantía real accesoria*, como se deduciría de la ubicación del artículo 693.2 LEC (en el Capítulo V, Título IV, Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y de la remisión al artículo 24 de Ley 5/2019[29]. Pero el artículo 24 de la Ley 5/2019, en relación con el artículo 1 y 2 de la misma, tendría un ámbito de aplicación mayor que el artículo 693.2 LEC incluyendo los préstamos inmobiliarios a consumidores (incluso sin garantía real accesoria) que tuvieran por objeto la adquisición o conservación de vivienda habitual.

Para los contratos de préstamo (hipotecario o no) excluidos del ámbito de aplicación de la Ley 5/2019 regirán el artículo 693.2 LEC en su primer inciso (si gozan de garantía real) y en términos generales el artículo 1255 del Código civil y las disposiciones del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, Real Decreto Legislativo 1/2007, que proscriben las cláusulas abusivas así como el artículo 1129 del Código civil.

Según hemos explicado antes, el artículo 24 Ley 5/2019 se aplica retroactivamente a los préstamos inmobiliarios suscritos antes del 16 de junio de 2019 en los que todavía no se hubiese producido el vencimiento anticipado a dicha fecha. De tal manera que siempre que dichos préstamos estén incluidos dentro del ámbito de aplicación de la Ley 5/2019, gocen o no de garantía real accesoria, el legislador sustituye el contenido de la cláusula de vencimiento anticipado pactada 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).

*B) Intereses de demora*

En cuanto a los intereses de demora también establece el legislador una regulación semiimperativa. El artículo 25 de la Ley 5/2019 señala que en caso de préstamo «concluido por una *persona física [consumidor o profesional]* que esté garantizado *mediante hipoteca* sobre bienes inmuebles para uso residencial [vivienda habitual]», con independencia de la finalidad del préstamo, el interés de demora será *el interés remuneratorio más tres puntos porcentuales* a lo largo del periodo en que aquél sea exigible. El interés de demora solo podrá devengarse sobre el principal vencido y pendiente de pago y no podrá ser capitalizado en ningún caso, salvo el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 25 LCCI). Las reglas relativas al interés de demora no admitirán tampoco pacto en contrario en perjuicio del consumidor o profesional. Nótese que esta disposición tiene un ámbito de aplicación más restringido que el de la propia Ley 5/2019 (arts. 1 y 2 LCCI), si bien cabría una aplicación analógica de la misma en aras de la protección del consumidor, cuando se trate de préstamos inmobiliarios que tengan por finalidad la adquisición o conservación de vivienda habitual, aunque no gocen de garantía real accesoria [art. 2.1.b) LCCI], ya que para dichos préstamos también se prevé la posibilidad del pacto de vencimiento anticipado (art. 24 LCCI) que es de por sí un elemento suficientemente disuasorio del impago, sin necesidad de fijar una penalización mayor vía tipo de interés de demora.

Consecuencia de esta disposición es la modificación del artículo 114.3 de la Ley Hipotecaria (disp. final 1.ª LCCI), relativo al tercer poseedor de finca hipotecada y en el que se fija en su párrafo tercero (en el marco de la Ley Hipotecaria) el tipo máximo del interés de demora cuando se trate de préstamo o crédito concluido *por persona física con garantía hipotecaria sobre un bien inmueble de uso residencial (vivienda habitual)*. En concreto, como consecuencia del artículo 25 de la Ley 5/2019, el artículo 114.3 de la Ley Hipotecaria establece imperativamente que la cuantía del interés de demora reclamable en dichos préstamos hipotecarios será el interés remuneratorio más tres puntos porcentuales a lo largo del periodo en que aquél sea exigible. El interés de demora solo podrá devengarse sobre el principal vencido y pendiente de pago y no podrá ser capitalizado en ningún caso, salvo el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Aunque CABANAS TREJO considera que el interés de demora regulado es aplicable directamente sin necesidad de fijarlo mediante pacto alguno, entiendo que debe fijarse mediante estipulación expresa que recoja el tenor legal, dados los términos del artículo 1108 del Código civil que prevé la posibilidad de pacto en contra de la existencia de indemnización de daños y perjuicios en caso de mora, y a falta de tal pacto, que la indemnización consista en los *intereses convenidos y si no, en el interés legal del dinero*[30].

*C) El tipo de salida para la subasta*

En relación con el tipo para la subasta se modifica la normativa para el procedimiento extrajudicial notarial de ejecución hipotecaria (art. 129 LH) por la disposición final 1.ª.3, señalándose que «*el valor en que los interesados tasen la finca para que sirva de tipo en la subasta no podrá ser distinto del que, en su caso, se haya fijado para el procedimiento de ejecución judicial directa, ni podrá en ningún caso ser inferior al valor señalado en la tasación que, en su caso, se hubiere*

*realizado en virtud de lo previsto en la Ley 2/1981, de 25 de marzo de regulación del mercado hipotecario*».

Es decir, que de acuerdo con esta nueva redacción del artículo 129.2.a) de la Ley Hipotecaria, *aplicable a cualquier hipoteca y no solo a la que garantice un préstamo sometido a la Ley 5/2019,* el tipo de salida para la venta extrajudicial notarial no puede ser inferior al valor fijado en la tasación del inmueble (realizada, en su caso, en el ámbito del deber de evaluar la solvencia si el préstamo entra dentro del ámbito de aplicación de la Ley 5/2019), *y además debe coincidir con el tipo fijado para la ejecución judicial directa (luego el tipo de salida para la ejecución directa debe ser igual al valor de tasación de la finca)*[31].

Por lo tanto, aunque no se haya modificado el artículo 682.2.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil relativo al tipo para la ejecución judicial directa, dicho precepto está tácitamente derogado por la disposición final 1.ª.3 de la Ley 5/2019, debiendo entenderse que para la ejecución judicial directa tampoco puede fijarse un tipo inferior al valor fijado en la tasación del inmueble. De hecho, el artículo 129 bis que se introduce en la Ley Hipotecaria (disp. final 1.ª.4 LCCI) reproduce la regulación del vencimiento anticipado (art. 24 LCCI) en el ámbito de la venta extrajudicial notarial, dotándola también de carácter imperativo, existiendo pues la misma regulación para el vencimiento anticipado en la ejecución judicial directa (art. 693.2 LEC) y en la venta extrajudicial notarial (art. 129 bis LH). En ambos casos el contenido de la regulación es el mismo que se establece en el artículo 24 Ley 5/2019, ubicado en la Sección 3.ª del Capítulo II de la Ley 5/2019, relativo a la forma, *ejecución y resolución* del contrato de crédito inmobiliario. Luego si tal igualación a *efectos ejecutivos* se hace para el proceso judicial (vía art. 693.2 LEC) y para el extrajudicial (vía art. 129 bis LH) en el ámbito del vencimiento anticipado (que es la cláusula que abre la ejecución), *también en este punto relativo al precio de salida del inmueble para la subasta (judicial o notarial) debe entenderse producida la misma igualación*[32].

## V. OTRAS NOVEDADES DE INTERÉS

### 1. Aplicación de la norma a las novaciones modificativas y subrogaciones activas o pasivas en el préstamo

De acuerdo con las disposiciones adicionales 6.ª y 7.ª, las disposiciones previstas en la Ley 5/2019 son de aplicación en los casos de novación modificativa del contrato de préstamo (bien sea objetiva o subjetiva, ya se trate en este caso de subrogación de un nuevo acreedor *ex* art. 2 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, al que da nueva redacción la disposición final 3.ª LCCI, o de un nuevo deudor con arreglo a los arts. 1203 y 1205 CC) así como en los casos de subrogación de un nuevo deudor en la obligación personal cuando esta se produzca con ocasión de que el antiguo deudor procede a la transmisión del bien hipotecado[33].

Si el propietario transmitente del bien hipotecado es un empresario y va a pactar con el comprador la subrogación de este en la obligación personal de un préstamo inmobiliario sujeto a esta ley, debe comunicarlo con 30 días de antelación, al menos, a la fecha prevista para el otorgamiento de la escritura de compraventa con subrogación del comprador, al objeto de que el prestamista pueda realizar el análisis de la solvencia del nuevo deudor (comprador) y dar cumplimiento a los requisitos de información precontractual y el resto de obli-

gaciones exigidas en la ley y en su desarrollo reglamentario, dando tiempo al potencial prestatario a buscar alternativas de financiación hipotecaria.

En relación con la aplicación de las disposiciones de la Ley 5/2019 a la subrogación de nuevo acreedor, téngase en cuenta la nueva redacción que la Ley da en su disposición final 3.ª al artículo 2 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo (en particular, al art. 2.2 de la Ley 2/1994 en relación con el art. 14 de la LCCI)[34].

### 2. Establecimiento del Código de Buenas Prácticas como mecanismo permanente en el ordenamiento jurídico español

De acuerdo con la disposición final 10.ª, en relación con la disposición adicional 11.ª, se modifica el Real Decreto Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, para convertir el Código de Buenas Prácticas en un mecanismo *permanente y obligatorio* para todas las entidades que a la entrada en vigor de la Ley 5/2019, esto es, 16 de junio de 2019, se encontrasen adheridas al mismo (las cuales pasan automáticamente a estar adheridas a la nueva versión que se da a dicho Código, salvo que manifiesten en el plazo de un mes desde el 16 de junio de 2019, su voluntad de mantenerse en el ámbito de la versión previa que corresponda). Con la nueva versión la dación en pago del inmueble hipotecado como medio de saldar la total deuda derivada del préstamo hipotecario queda estatuida de forma definitiva en el ordenamiento, *si bien solo para las entidades adheridas al Código de Buenas Prácticas y para aquellos deudores, fiadores o avalistas hipotecarios del deudor principal respecto de su vivienda habitual y con las mismas condiciones que las establecidas para el deudor hipotecario*. Como señala la nueva redacción del artículo 2.1 del Real Decreto Ley 6/2012, de 9 de marzo, «las medidas previstas en este Real Decreto Ley se aplicarán a los contratos de préstamo o crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria cuyo deudor se encuentre situado en el umbral de exclusión y *que estén vigentes a la fecha de entrada en vigor [del presente Real Decreto Ley] o que se suscriban posteriormente*». Por lo tanto, bien a contratos sujetos a la nueva Ley 5/2019, o a contratos suscritos con arreglo a la normativa anterior.

La lista de entidades adheridas al Código de Buenas Prácticas puede obtenerse en la sede electrónica de la Secretaría General del Tesoro y Financiación Internacional.

### 3. Reforzamiento del papel del Registro de Condiciones Generales de la Contratación

De acuerdo con el artículo 7 de la Ley 5/2019 los prestamistas tienen la obligación de inscribir en este Registro las cláusulas utilizadas en los contratos de préstamo inmobiliario que tengan el carácter de condiciones generales de la contratación. El artículo 11.2 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales en la Contratación, en la redacción dada por la disposición final 4.ª de la Ley 5/2019 señala que los formularios de los préstamos y créditos hipotecarios comprendidos en el ámbito de aplicación de la Ley 5/2019 deberán depositarse obligatoriamente por el prestamista en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación antes de empezar su comercialización. Para ello se presentarán por duplicado los ejemplares, tipo o modelos en que se contengan[35].

Aparte de la publicidad que ello entraña de las condiciones generales de la contratación, lo que facilita el ejercicio de acciones colectivas por las asociaciones de consumidores, hay que tener en cuenta que según el artículo 19 de la Ley 7/1998 si las condiciones generales se hubieran depositado en el Registro se producirá la prescripción de las acciones colectivas de cesación y retractación a los cinco años del depósito de aquellas siempre y cuando dichas condiciones generales hubieran sido objeto de utilización efectiva. Si bien las acciones colectivas reviven en caso de que se ejercite una acción individual de nulidad o no incorporación pasado tal plazo, caso en que las acciones colectivas podrán ser ejercitadas durante los cinco años siguientes a la sentencia firme que declare la nulidad o no incorporación (art. 19.3 LCGC).

Por otro lado, la misma disposición final 4.ª que modifica la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, establece la *obligación de remitir* al Registro de Condiciones Generales de la Contratación las *sentencias firmes* dictadas en procesos en que se ejerciten acciones colectivas o individuales por las que se declare la nulidad, cesación o retractación en la utilización de condiciones generales abusivas (obligación de capital importancia dados los artículos 12, 18, 258.2 y 130 LH). Ahora bien, como la nulidad de la condición general de la contratación puede venir motivada por abusividad o por falta de transparencia material (art. 5.5 LCGC en relación con el artículo 11.4 de la misma ley en redacción dada por la disp. final 4.ª LCCI), entiendo que también las sentencias firmes que declaren la nulidad por falta de transparencia material deberán ser remitidas para su inscripción al Registro de Condiciones Generales de la Contratación pese a no mencionarse expresamente en el artículo 11.4 de la Ley 7/1998 (art. 18 LH).

En consonancia con lo anterior, la disposición final 5.ª modifica la Ley de Enjuiciamiento Civil añadiendo un apartado 4 al artículo 521 de la misma, según el cual, las *sentencias firmes* dictadas en acciones colectivas o individuales por las que se declare la nulidad, cesación o retractación en la utilización de condiciones generales abusivas, *se remitirán de oficio por el órgano judicial al Registro de Condiciones Generales de la Contratación para su inscripción. Habría que añadir las sentencias firmes dictadas en acciones individuales por las que se declare la nulidad por falta de transparencia material, insistimos, pese a no mencionarse expresamente.*

En realidad ya existía un artículo 22 en la Ley 7/1998 para garantizar la inscripción en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación de las meritadas sentencias y por su parte el artículo 84 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios señalaba (y sigue señalando):

«Artículo 84. Autorización e inscripción de cláusulas declaradas abusivas. Los notarios y los registradores de la propiedad y mercantiles, en el ejercicio profesional de sus respectivas funciones públicas, *no autorizarán ni inscribirán aquellos contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de cláusulas declaradas nulas por abusivas [o por falta de transparencia material] en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación*».

## VI. DESARROLLO REGLAMENTARIO

La Ley 5/2019 prevé que el Gobierno y el titular del Ministerio de Economía y Empresa puedan dictar las disposiciones necesarias para el desarrollo de la ley (y así concluir la incorporación al ordenamiento español de la Directiva 2014/17/UE). De hecho, en la disposición final 14.ª se señala que mediante la

Ley 5/2019 se incorpora solo *parcialmente* al ordenamiento jurídico español 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. Y en la disposición final 15.ª, apartado tercero, se indica que el Gobierno, con carácter urgente, antes de seis meses, *procederá a la adopción de las disposiciones reglamentarias y administrativas pertinentes para la incorporación completa de la Directiva al ordenamiento nacional*.

De acuerdo con la disposición final 15.ª, apartado primero, el Gobierno podrá desarrollar, en particular mediante real decreto, disposiciones relativas a información precontractual, contenido de los contratos y comunicaciones posteriores que permitan el seguimiento de los mismos de modo que reflejen con la máxima claridad los derechos y obligaciones de las partes y los riesgos derivados del préstamo para el prestatario, así como la evaluación por este de si se ajusta a sus necesidades y situación financiera. A tal efecto, el Gobierno podrá, en particular, fijar las cláusulas que los contratos de préstamo habrán de tratar o de prever de forma expresa, así como establecer condiciones básicas de los préstamos de debido cumplimiento para los prestamistas. Se prevé también que el Gobierno pueda establecer un modelo de contrato de préstamo con garantía hipotecaria de voluntaria utilización. El Gobierno también podrá establecer disposiciones sobre las condiciones y efectos de la evaluación de la solvencia del potencial prestatario.

De acuerdo con la disposición final 15.ª, apartado 2, por Orden Ministerial del ministro de Economía y Empresa se podrán dictar disposiciones relativas al contenido específico de la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN) y la Ficha de Advertencias Estandarizadas (FiAE); los principios y criterios a que debe sujetarse la actividad publicitaria de los préstamos, con la finalidad de que resulte clara, suficiente, objetiva y no engañosa y la consideración de diferentes escenarios de evolución de los tipos en los préstamos a interés variable, las posibilidades de cobertura frente a tales variaciones y todo ello teniendo además en cuenta el uso o no de índices oficiales de referencia.

En este sentido, el 29 de abril de 2019 se publicó en el Boletín Oficial del Estado el Real Decreto 309/2019, de 26 de abril, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario y se adoptan otras medidas en materia financiera; Real Decreto que entró en vigor el 16 de junio de 2019 (salvo algunas disposiciones que entraron en vigor al día siguiente de su publicación en el BOE). En su Preámbulo se indica que «este real decreto se centra, en primer lugar, en regular aquellos aspectos necesarios para la plena transposición de la Directiva 2014/17/UE, de 4 de febrero de 2014, ante la urgencia derivada del procedimiento de infracción abierto por la Comisión Europea por la falta de transposición en el plazo previsto por la citada Directiva. *Este hecho explica el uso parcial de las habilitaciones contenidas en la ley, a aquellos aspectos imprescindibles para la plena transposición de la Directiva 2014/17/UE, de 4 de febrero de 2014. La urgencia en la tramitación es la que justifica, por tanto, que el presente real decreto se haya limitado a regular los aspectos imprescindibles para completar la transposición de la citada Directiva europea, desarrollando para ello en lo preciso la Ley 5/2019, de 15 de marzo,…*». Es por este motivo que la disposición transitoria 1.ª del Real Decreto 309/2019 señala que el desarrollo reglamentario de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, se entenderá realizado por la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios *en cuanto esta no sea contraria a dicha Ley 5/2019 y este Real Decreto 309/2019*.

No obstante, también el 29 de abril de 2019 se publicó en el Boletín Oficial del Estado la Orden ECE/482/2019, de 26 de abril, por la que se modifican la Orden EHA/1718/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios *y la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios*. Esta Orden (y por lo tanto, las modificaciones que incorpora en el ordenamiento jurídico) entró en vigor el 16 de junio de 2019, subsistiendo hasta esa fecha, como hemos dicho, la obligación de facilitar la Ficha de Información Personalizada (FIPER).

## VII. CONCLUSIONES

I. La Ley 5/2019, de 15 de marzo y el Real Decreto 309/2019, de 26 de abril transponen al ordenamiento interno 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. El desarrollo reglamentario de la Ley 5/2019 se entiende realizado por la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

II. Por bien inmueble de uso residencial hay que entender la vivienda habitual, bien inmueble de uso residencial por excelencia y al que se refiere sin duda la Directiva 2014/17/UE, al prever en su Preámbulo la extensión de las medidas de protección al *consumidor* a otros bienes inmuebles diferentes (segundas residencias, p.e.).

III. Si el vencimiento de un préstamo inmobiliario se hubiese producido antes del 16 de junio de 2019, se aplicará la normativa anterior. El prestatario, si es consumidor, podrá alegar el carácter abusivo de la cláusula, debiendo estarse a la doctrina fijada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y por el Tribunal Supremo sobre la abusividad de tales cláusulas y sus consecuencias jurídicas. En concreto, habrá que estar a la doctrina fijada por la STJUE de 26 de marzo de 2019 y por los tres ATJUE de 3 de julio de 2019, también relativos a la cláusula de vencimiento anticipado, y a la STS de 11 de septiembre de 2019.

IV. Para los contratos de préstamo inmobiliario celebrados con posterioridad al 16 de junio de 2019, el vencimiento anticipado debe estipularse como cláusula del contrato, si bien su contenido viene marcado por una norma semiimperativa, siendo nula de pleno derecho la cláusula en caso de contravenir tal norma en perjuicio del consumidor o profesional, en su caso.

V. La norma del artículo 693.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no es de aplicación general a cualquier contrato de préstamo hipotecario y tampoco a cualquier contrato de crédito inmobiliario, sino solo a aquellos contratos de crédito inmobiliario en los que concurra la doble necesidad de *estar incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley 5/2019 y gocen de garantía real accesoria*. Pero el artículo 24 de la Ley 5/2019, en relación con el artículo 1 y 2 de la misma tendría un ámbito de aplicación mayor que el artículo 693.2 LEC incluyendo los préstamos inmobiliarios a consumidores (incluso sin garantía real accesoria) que tuvieran por objeto la adquisición o conservación en el patrimonio de la vivienda habitual.

VI. El artículo 24 de la Ley 5/2019 se aplica retroactivamente a los préstamos inmobiliarios suscritos antes del 16 de junio de 2019 *en los que todavía no se hubiese producido el vencimiento anticipado a dicha fecha*. De tal manera que siempre que dichos préstamos estén incluidos dentro del ámbito de aplicación de

la Ley 5/2019, el legislador sustituye el contenido de la cláusula de vencimiento anticipado pactada por el contenido fijado en el régimen legal imperativo.

VII. El artículo 25 de la Ley 5/2019 regula con carácter imperativo el interés de demora para préstamo concluido por una *persona física* que esté garantizado *mediante hipoteca* sobre bienes inmuebles para uso residencial [vivienda habitual], por lo que esta disposición tiene un ámbito de aplicación *strictu sensu* más restringido que el de la propia Ley 5/2019. Si bien cabría una aplicación analógica de la misma en aras de la protección del consumidor.

VIII. Aunque hay doctrina que considera que el interés de demora regulado es aplicable directamente sin necesidad de fijarlo mediante pacto alguno, debe fijarse mediante estipulación expresa que recoja el tenor legal teniendo presente la previsión del artículo 1108 del Código civil.

IX. Aunque no se haya modificado el artículo 682.2.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, relativo al tipo para la ejecución judicial directa, dicho precepto está tácitamente derogado por la disposición final 1.ª.3 de la Ley 5/2019, debiendo entenderse que para la ejecución judicial directa tampoco puede fijarse un tipo inferior al valor fijado en la tasación del inmueble.

X. Tras la Ley 5/2019 la dación en pago del inmueble hipotecado como medio de saldar la total deuda derivada del préstamo hipotecario queda estatuida de forma definitiva en el ordenamiento, *si bien solo para las entidades adheridas al Código de Buenas Prácticas regulado en el Real Decreto 6/2012 y para aquellos deudores, fiadores o avalistas hipotecarios del deudor principal respecto de su vivienda habitual y con las mismas condiciones que las establecidas para el deudor hipotecario*.

XI. También las sentencias firmes que declaren la nulidad por falta de transparencia material deberán ser remitidas para su inscripción al Registro de Condiciones Generales de la Contratación pese a no mencionarse expresamente en el artículo 11.4 Ley 7/1998.

## VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STJUE de 29 de octubre de 2015
- STJUE de 26 de enero de 2017
- STJUE de 26 de marzo de 2019, en los asuntos acumulados C-70/17 y C-179/17
- 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
- STS de 11 de septiembre de 2019

## IX. BIBLIOGRAFÍA

ADÁN DOMÉNECH, F. ¿Ejecuciones hipotecarias por tres impagos? STJUE de 26 de marzo de 2019, sobre el vencimiento anticipado, *Diario la Ley,* núm. 9395, 11 de abril de 2019, 1-11 (formato PDF).

ALBIEZ DOHRMANN, K. J. (2019). La aplicación en el tiempo de la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario y de otras normas, *Diario la Ley,* núm. 9439, 19 de junio de 2019, 1-31 (formato PDF).

ARIAS RODRÍGUEZ, J.M. (2019). Vencimiento anticipado: Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de marzo de 2019, *Actualidad Civil,* núm. 5, 1-10 (formato PDF).

CABANAS TREJO, R. (2019). La nueva Ley reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario, *Diario La Ley,* núm. 9379, 18 de marzo de 2019, 1-18 (formato PDF).

— (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 de abril de 2019, 1-8 (formato PDF).

CUENA CASAS, M. (2017). Evaluación de la solvencia y crédito hipotecario, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 764, 2871-2923.

— (2019) (1). Préstamo responsable y datos de solvencia patrimonial en la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario, en: VV.AA. *Especial Ley Reguladora de los Contratos de crédito Inmobiliario,* Editorial La Ley, Wolters Kluwer. Versión 27/03/2019, 1-13 (formato PDF).

(2019) (2). La ineficiente regulación de la obligación del prestamista de evaluar la solvencia del potencial prestatario, *El Notario del siglo XXI,* núm. 84, 50-55.

ESTEBAN, P. (2019). Los bancos contra las cuerdas: oleada de archivos de desahucios, *Cinco Días, Madrid, 4 de junio de 2019,* disponible en https://cincodias.elpais.com/cincodias/2019/06/04/legal/1559631952_917980.html

JIMÉNEZ PARÍS, T. A. (2017). Capítulo IV. La ejecución del derecho de crédito: ejecución ordinaria e hipotecaria. En M. Cuena Casas, M. (dir.), *La prevención del sobreendeudamiento privado. Hacia un préstamo y consumo responsables.* Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 639-679.

— (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,* núm. 772, 1014-1040.

LINACERO DE LA FUENTE, M. (2019). *Ineficacia y rescisión del negocio jurídico. La ventaja injusta.* Valencia: Tirant lo Blanch.

MÉDICIS BERNAL, E. M.ª. (2019). Aspectos novedosos de la reciente y aprobada Ley Reguladora de Contratos de Crédito Inmobiliario, *Diario La Ley,* núm. 9391, 5 de abril de 2019, 1-6 (formato PDF).

PÉREZ HEREZA, J. (2019). El tortuoso camino de aprobación de la Ley 5/2019. Los cambios introducidos durante la tramitación y su encaje en el texto final, *El Notario del siglo XXI,* núm. 84, marzo-abril, 8-13.

SÁNCHEZ GARCÍA, J. (2019). Los Autos del TJUE de 3 de julio de 2019 sobre el vencimiento anticipado, *Blog. Civil,* 8 de julio de 2019, disponible en https://hayderecho.expansion.com/2019/07/08/los-autos-del-tjue-de-3-de-julio-de-2019-sobre-el-vencimiento-anticipado/

## NOTAS

[1] *Vid.,* JIMÉNEZ PARÍS, 2017, 676-677.

[2] ALBIEZ DOHRMANN, 2019, 23.

[3] CABANAS TREJO, 2019, 2 -5.

[4] Artículo 693.2 LEC en redacción dada por Ley 5/2019, disposición final 5.ª.2: «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».

[5] Considerando (15): «El objetivo de la presente Directiva consiste en garantizar que todos los consumidores que concluyan los contratos de crédito para bienes inmuebles disfruten de un elevado grado de protección. Procede, por tanto, que se aplique a los créditos garantizados mediante bienes inmuebles, con independencia de la finalidad del crédito, a los contratos de refinanciación u otros contratos de crédito que ayuden al propietario de la totalidad o de una parte de un bien inmueble a conservar derechos sobre bienes inmuebles o fincas, y a los créditos utilizados para adquirir bienes inmuebles en algunos Estados miembro, incluidos los que no requieren el reembolso del capital, o, salvo, si los Estados miembro han establecido un marco alternativo adecuado, a los que tienen como finalidad proporcionar financiación temporal en el lapso de tiempo comprendido entre la venta de un bien inmueble y la compra de otro, así como a los créditos garantizados destinados a la renovación de bienes inmuebles para uso residencial».

[6] CABANAS TREJO, 2019, 5.

[7] *Cfr.,* CABANAS TREJO, 2019, 3.

[8] ALBIEZ DOHRMANN, 2019, 14.

[9] ALBIEZ DOHRMANN, 2019, 15; SÁNCHEZ GARCÍA, 2019. *Vid*.: JIMÉNEZ PARÍS, 2019, 1014-1040; ARIAS RODRÍGUEZ, 2019, 1-10; CABANAS TREJO, 2019, 1-8; ADAN DOMENECH, 2019, 1-11.

[10] ESTEBAN, 2019.

[11] ALBIEZ DOHRMANN, 2019, 15.

[12] ALBIEZ DOHRMANN, 2019, 15.

[13] ALBIEZ DOHRMANN, 2019, 15-16.

[14] ALBIEZ DOHRMANN, 2019, 16.

[15] MÉDICIS BERNAL, 2019, 6.

[16] CABANAS TREJO y ALBIEZ DORHMANN opinan que facilitada la documentación precontractual con arreglo a dicha antigua redacción de la Orden EHA/28991/2011, no existiría obligación de levantar el acta notarial de transparencia del artículo 15 de la Ley 5/2019 (ALBIEZ DOHRMANN, 2019, 21). Pero *Vid.,* Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de junio de 2019, sobre la firma de operaciones cuya comercialización, oferta y entrega al consumidor de la información se han desarrollado bajo la vigencia de la normativa anterior, formalizándose el préstamo tras la entrada en vigor de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (BOE 15 de junio de 2019). La Dirección General de los Registros y del Notariado entiende que, aunque se haya entregado la FIPER y la FIPRE antes del 16 de junio de 2019, es imprescindible formalizar el acta previa que acredita el cumplimiento del principio de transparencia material, antes de otorgar la escritura de préstamo hipotecario, ya que el préstamo aún no ha sido perfeccionado (la oferta vinculante es un acto unilateral), salvo que se acredite de forma fehaciente que el prestatario y los demás obligados o garantes han aceptado la oferta /y por lo tanto, perfeccionado el contrato) antes de la entrada en vigor de la Ley 5/2019 (dada la irretroactividad de la norma).

[17] ALBIEZ DOHRMANN, 2019, 21-22. disposición adicional 1.ª de la Ley 7/2017: «1. Para la resolución, con carácter vinculante o no, de litigios de consumo en el sector financiero, será creada por ley, y comunicada a la Comisión Europea, tras su acreditación por la auto-

ridad competente, una única entidad, con competencias en este ámbito. Esta ley obligará a las entidades financieras a participar en los procedimientos ante dicha entidad de resolución alternativa de litigios para el ámbito de su actividad. El resto de entidades acreditadas que den cobertura a reclamaciones de consumo de todos los sectores económicos, podrán conocer igualmente de este tipo de litigios, siempre que ambas partes se hayan sometido voluntariamente al procedimiento.— 2. A estos efectos, el Gobierno remitirá a las Cortes Generales, en el plazo de ocho meses desde la entrada en vigor de esta ley, un proyecto de ley que regule el sistema institucional de protección del cliente financiero, así como su organización y funciones.— 3. Hasta que entre en vigor la ley prevista en el apartado anterior, los servicios de reclamaciones regulados en el artículo 30 de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, acomodarán su funcionamiento y procedimiento a lo previsto en la presente ley y, en especial, se garantizará su independencia organizativa y funcional en el seno del organismo donde están incardinados con el fin de poder ser acreditados como entidad de resolución alternativa de litigios financieros».

[18] ALBIEZ DOHRMANN, 2019, 4.

[19] Según ALBIEZ DOHRMANN, el artículo 5.1 de la Ley 5/2019 y otros preceptos que contienen deberes generales para los prestamistas, a pesar de la irretroactividad general de la norma, sí que han de aplicarse para regir los contratos ya existentes a 16 de junio de 2019 y que siguen produciendo efectos después de esa fecha. P.e., las obligaciones de información del artículo 5.2 en relación con el artículo 20 de la Ley 5/2019. (*Cfr.,* ALBIEZ DOHRMANN, 2019, 5).

[20] Sobre la ventaja injusta, *vid.,* LINACERO DE LA FUENTE, 2019.

[21] CABANAS TREJO, 2019, 5.

[22] Sobre la evaluación de la solvencia en la Ley 5/2019, *vid.,* CUENA CASAS, 2017, 2871-2923; (2019) (1), 1-13 y (2019) (2), 50-55.

[23] Esta regulación de los gastos no constituye regla general para todo préstamo hipotecario, sino solo para los préstamos subsumibles en la Ley 5/2019. Tal regulación también es aplicable a la novación y a la subrogación de nuevo acreedor, con las debidas adaptaciones, incluyendo la ampliación o reducción de la hipoteca o su recarga. No se aplican, en cambio, a la subrogación de nuevo deudor «ya que la asunción de esta deuda afecta al precio de compra, y por tanto, es asunto entre comprador/vendedor… Tampoco la cancelación de hipoteca, cuyos gastos habrán de correr a cargo del hipotecante» (CABANAS TREJO, 2019, 11). Como el sistema legal de reparto de gastos puede perjudicar al prestamista inicial en caso de subrogación de nuevo acreedor, «y al margen de los costes propios de esa subrogación que es asunto entre el nuevo acreedor y el deudor, la Ley 5/2019 ha dispuesto un singular sistema de reparto entre ambos prestamistas de los gastos iniciales» (CABANAS TREJO, 2019, 12). *Vid.,* artículo 14.1.e) LCCI.

[24] *Vid.,* Instrucción de 14 de junio de 2019, de la DGRN sobre el uso de las plataformas informáticas de las entidades financieras y gestorías, para la tramitación de la información previa a las escrituras de préstamo (BOE 15 de junio de 2019). Esta Instrucción trata de resolver el problema de que las entidades crediticias no dispongan todavía de plataformas informáticas con los debidos requisitos a la fecha de entrada en vigor de la Ley. Por ello la DGRN autoriza hasta el 31 de julio de 2019 que se tramite la preparación del acta previa por medios diversos (entrega de documentación en papel, remisión por correo postal, remisión por medios informáticos…), siempre que se asegure la elección de notario por el prestatario y la fehaciencia de la fecha que acredita la entrega de la documentación al prestatario, así como su no modificación desde tal entrega. Ya que el otorgamiento de la escritura solo podrá producirse una vez transcurridos diez días desde tal fecha.

[25] CABANAS TREJO, 2019, 6.

[26] ALBIEZ DOHRMANN, 2019, 22-23. *Vid.:* Instrucción DGRN de 14 de junio de 2019 sobre la firma de operaciones cuya comercialización, oferta y entrega al consumidor de la información se han desarrollado bajo la vigencia de la normativa anterior, formalizándose el préstamo tras la entrada en vigor de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (BOE 15 de junio de 2019).

[27] Señala CABANAS TREJO que «en el ámbito del CCI no se podrá fijar en las operaciones con tipo de interés variable un límite a la baja del tipo de interés. La eliminación

es completa, sin que venga condicionada a la ausencia de un límite paralelo al alza en proporción similar. Al configurarlo como una expresa prohibición legal, ya no cabe discutir sobre su transparencia o eventual carácter abusivo, simplemente pasa a ser ilegal». Ahora bien, «la exclusión del interés remuneratorio negativo tiene carácter legal y no será necesario pactarla en el contrato» (CABANAS TREJO, 2019, 12 y 13). Por su parte MÉDICIS BERNAL señala que «quedan prohibidas totalmente las cláusulas suelo, por lo que, en los contratos de préstamo a interés variable no podrán fijarse límites a la baja, no obstante, el interés mínimo se establece en un 0% y nunca podrá ser negativo. Con ello, los prestatarios podrán beneficiarse de las caídas del Euribor» (MÉDICIS BERNAL, 2019, 4).

[28] CABANAS TREJO, 2019, 14. *Vid.*, JIMÉNEZ PARÍS, 2019.

[29] *Cfr.* CABANAS TREJO, 2019, 14.

[30] CABANAS TREJO, 2019, 15.

[31] CABANAS TREJO, 2019, 10.

[32] Nos manifestamos a favor de la derogación del artículo 682.2.1.º LEC que fijaba el tipo de subasta en un precio no inferior al 75% del valor de tasación en JIMÉNEZ PARÍS, 2017.

[33] *Cfr.* CABANAS TREJO, 2019, 3.

[34] *Vid.*, más extensamente, ALBIEZ DOHRMANN, 2019, 6-11.

[35] *Vid.*, Instrucción de la DGRN de 13 de junio de 2019, sobre el depósito de condiciones generales de la contratación, y el reflejo del mismo en las escrituras de préstamo y en el Registro de la Propiedad (BOE de 14 de junio de 2019). De acuerdo con esta Instrucción, el notario y el registrador de la propiedad, antes del otorgamiento y de la inscripción de la escritura de préstamo hipotecario deberán acceder al Registro de Condiciones Generales de la Contratación para comprobar que se ha cumplido la obligación del previo depósito de las condiciones generales utilizadas en el préstamo. Las entidades pueden optar por depositar cada uno de sus modelos de contrato o bien depositar formularios (listados) de cláusulas ordenados por materias (p.e. formulario de cláusulas sobre comisiones o sobre tipo de interés aplicable) u otro criterio de forma que el contrato se forme eligiendo cláusulas de cada uno de los listados, pudiendo adaptarse al caso concreto. Ello no impide que luego en el contrato se introduzcan modificaciones respecto de dichas condiciones generales para adecuar el contrato a la particular circunstancia del prestatario pudiendo procederse a la autorización e inscripción de la escritura aunque se adviertan diferencias entre la condición general depositada y la que figura en el contrato (que sería, en su caso, una cláusula particular negociada individualmente).

2. DERECHO MERCANTIL

# De nuevo sobre la Fianza y Consumidores

## *Again about guarantee and consumers*

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

*Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Profesor de Derecho Civil y Abogado*

*RESUMEN:* La nulidad de la renuncia de los beneficios de excusión y división en la fianza con consumidores.

Nulidad de las cláusulas de fianza firmadas con consumidores.

*ABSTRACT: The nullity of the waiver of benefits of excussio and division in guarantee clauses signed by consumers.*

*Nullity of guarantee clauses signed by consumers.*

PALABRAS CLAVE: Derecho de contratos. Fianza y consumidores.

*KEY WORDS: Contracts of guarantee and consumers.*

*SUMARIO:* I. INTRODUCCIÓN.—II. El CASO ANALIZADO POR EL TRIBUNAL SUPREMO DESDE LA DOCTRINA DEL ERROR VICIO DEL CONSENTIMIENTO.—III. LA APRECIACIÓN DE OFICIO DE LA NULIDAD DE LA CLÁUSULA ABUSIVA.—IV. BIBLIOGRAFÍA.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

## I. INTRODUCCIÓN

De acuerdo con los precedentes judiciales existentes y sobre el particular citados también por BASTANTE GRANELL[1] hemos admitido[2] la posibilidad de la nulidad de la cláusula de renuncia a los beneficios de excusión y división y que la declaración de nulidad habría de predicarse tan solo de la renuncia a los beneficios de excusión y división, sobre la premisa de que la propia existencia de la fianza sí que ha sido libremente negociada por las partes, resultando que la falta de transparencia se predica tan solo de la meritada renuncia a los beneficios de excusión y división de la fianza, que al no negociarse individualmente es lo que permite analizar el carácter abusivo de dicha cláusula.

«*En el caso de autos, la declaración de abusividad de la renuncia a los beneficios de orden, división, excusión y extinción no afecta a la subsistencia de la relación contractual de afianzamiento y el hecho de declarar la nulidad de la cláusula única y exclusivamente en cuanto a dicha renuncia no supone una integración o modificación de su contenido, sino, simplemente, restaurar el equilibrio real entre los*

*derechos y obligaciones de las partes. Por consiguiente, procede declarar la nulidad de la cláusula única y exclusivamente en cuanto recoge la renuncia a los beneficios de orden, división y excusión por parte de los fiadores, pero no la cláusula de afianzamiento en sí»* [sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa (Sección 2.ª), núm. 180/2015, de 30 de septiembre de 2015 (PROV 2015, 269085); sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa (Sección 2.ª), núm. 197/2015 de 6 de noviembre (PROV 2016, 38610)].

*«Se considera que la nulidad ha de afectar solamente a la mención arriba transcrita en la que la fianza se configura como solidaria con renuncia expresa a los beneficios de orden, excusión y división. De conformidad con el artículo 10 bis vigente en el momento de la contratación [art. 83 del actual TRLGDCU (RCL 2007, 2164 y RCL 2008, 372)] las cláusulas declaradas nulas no surten efecto y se tienen por no puestas. Esta previsión se acomoda a las directrices de interpretación de los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE (LCEur 1993, 1071) marcadas por el TJUE. En efecto, tal y como se recuerda en la sentencia del TJUE de 21 de enero de 2015 (TJCE 2015, 4), Caso Unicaja Banco los jueces de los Estados Miembro deben dejar sin efecto la cláusula abusiva sin poder alterar su contenido […]. En este caso, conviene tener presente que el único aspecto que se ha considerado no negociado y se ha sometido al control de abusividad de la Directiva 93/13/CEE (LCEur 1993, 1071) ha sido el referido a la opción por la fianza solidaria y la renuncia a los beneficios. Su nulidad no afecta al pacto de fianza entre las partes que puede subsistir sin que ello genere un desequilibrio contractual y sin que ello pueda considerarse una modificación del contrato» [sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Donostia-San Sebastián, núm. 56/2016, de 18 de febrero de 2016 (PROV 2016, 88059)]. «Es decir, la apreciación del carácter abusivo de una cláusula contractual conlleva la nulidad de la misma, sin que proceda su moderación por vía judicial. Una vez apreciada la abusividad de una cláusula, la misma resulta totalmente nula e ineficaz, por lo que procede dejar completamente sin efecto la cláusula décima de la escritura de 30 de diciembre de 2003 y de la cláusula decimotercera de la póliza de préstamo de 16 de diciembre de 2008, en lo que estrictamente concierne a la parte actora»* [sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Segovia, de 28 de marzo de 2016 (PROV 2016, 72022)]. En igual sentido, la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de San Sebastián, núm. 323/2014 de 2 de octubre de 2014 *(AC* 2014, 1674); sentencia del Juzgado de lo Mercantil de San Sebastián, núm. 327/2014, de 30 de septiembre de 2014 *(AC* 2014, 1672); auto del Juzgado de Primera Instancia de Almería, de 16 de febrero de 2016 (PROV 2016, 88094).

El tratamiento de la cuestión relativa al carácter abusivo de la cláusula que imponga la renuncia de los beneficios de excusión y división ha sido ya objeto de estudio y análisis detallado en diversos trabajos con numerosas citas jurisprudenciales que exponen la controversia de la cuestión, citando como ejemplo los de BASTANTE GRANELL (*vid. op. cit.*) e IZQUIERDO GRAU[3].

Los argumentos a favor de la posible abusividad son varios destacando la invalidez de la imposición de renuncias o limitación de derechos al consumidor (art. 86.7 TRLGDCU) y la invalidez de la superposición de garantías desproporcionadas al riesgo asumido (art. 88.1 TRLGDCU), aunque en estos instantes no nos vamos a detener en el análisis de las mismas, pero sí señalar las confusiones que tradicionalmente ha levantado el pacto de solidaridad en la fianza y el carácter incluso subsidiario de la fianza solidaria. De hecho, autores como CARRASCO PERERA[4] llegan a afirmar que «…el que pacta un aval solidario no "renuncia" al beneficio de excusión (cfr. art. 1831.2.º CC)», mientras que con carácter previo ha sostenido que «[…] el simple pacto de una fianza o aval como solidario debe

interpretarse como que el garante ha renunciado al beneficio de excusión, y no debe presumirse que por el simple pacto de solidaridad también haya querido el garante que se le pueda reclamar la deuda antes del incumplimiento del deudor. No es que tal esquema no quepa en el ámbito de la fianza, sino que no debe presuponerse que sea ese el significado del acuerdo de las partes cuando pactan el carácter de solidaria»[5].

No obstante, en nuestra opinión el pacto de solidaridad en la fianza en realidad lo que supone es una renuncia tácita al beneficio de excusión puesto que implica un acto indubitado de la voluntad de renunciar y es ese acto indubitado el que en todo caso ha de ser objeto de enjuiciamiento, desde el prisma de la doctrina general de las obligaciones y contratos (ej. error vicio del consentimiento) y desde la aplicación de la normativa de consumo.

Que los beneficios de excusión y división pueden ser objeto de renuncia lo prevén los artículos 1831.2 y 1837 del Código civil. Además, estimamos que la renuncia tácita pese al carácter expreso que prevé el artículo 1831.1 del Código civil también puede ser posible. En este sentido, GUILARTE ZAPATERO[6] nos recuerda tal posibilidad diciéndonos lo siguiente: «…El precepto supedita la eficacia de la renuncia a que sea expresa, exigencia que debe entenderse en los mismos términos precisados en el artículo 1827, al tratar de la constitución de la fianza. Consecuentemente no es precisa la forma escrita; alguna opinión considera que ni puede ser tácita ni derivar implícitamente de actos del fiador (MANRESA, *Comentarios,* XII, 266), pero, en armonía con lo dicho sobre la forma de constituir la fianza, es suficiente con que la voluntad de no oponer el beneficio sea clara e inequívoca, desprendiéndose así de la declaración del fiador o del tenor de la obligación (DÍEZ PICAZO, *Fundamentos,* I, 595; GULLÓN, *Curso,* 439). Es doctrina jurisprudencial admitir la renuncia al beneficio en toda su plenitud, posibilidad que se ha fundamentado por las STS de 5 de julio de 2011 y 8 de mayo de 2016 en que así puede el fiador evitar los mayores perjuicios derivados de obligar al acreedor a acudir al procedimiento de excusión, razonamiento escasamente atendible ya que de la existencia del beneficio no nacen cargas y siempre podrá aquel, antes de oponerlo, ponderar las ventajas e inconvenientes de su alegación y actuar en consecuencia. El requisito de forma expresa se contrae a la renuncia operada al constituirse la fianza o después de tal momento y antes de vencer la obligación, pues en otro caso, si el fiador no tiene interés en ejercitar el beneficio, le será suficiente con no oponerlo, dando lugar a una renuncia impropia (Con matices distintos ALVENTOSA, *Fianza,* 167). Renunciando válidamente al beneficio, no procederá su alegación, a mi juicio, ni en los casos de anulabilidad de la obligación principal (en contra, RIBERA PONT, *BCNG,* 1984, 2041)».

Al hilo de lo anterior, si bien es cierto que el artículo 1827 del Código civil dice que la fianza no se presume, debiendo ser expresa y no extenderse a más de lo contenido en ella, también lo es que la doctrina jurisprudencial ha venido matizando el contenido de tal precepto desde posiciones que mantenían que la fianza había de provenir de una manifestación expresa de voluntad, hasta una evolución posterior favorable a la fianza civil tácita basada en presunciones de hecho, para cuya valoración es soberano el Tribunal de Instancia [STS de 14 de noviembre de 1998 *(RJ* 1998, 8169), 13 de diciembre de 1993 *(RJ* 1993, 9609), 25 de marzo de 1998 *(RJ* 1998, 2050)]. Por lo tanto, admitida la fianza civil tácita, hemos de admitir la renuncia tácita a los beneficios de excusión y división en el caso del pacto de solidaridad al consistir en un acto inequívoco del fiador acerca de la inoperatividad de dichos beneficios en este caso.

Sin embargo, a mi juicio y con carácter erróneo se viene entendiendo lo contrario a lo anterior, en determinadas resoluciones judiciales, como de hecho sucede a título de ejemplo, en el auto de la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 1.ª) núm. 376/2018 de 27 de noviembre de 2018 (*JUR* 2019, 23534), que prevé lo siguiente:

«*Pero el caso es que la cláusula séptima de la póliza suscrita lo que determina es que los fiadores se obligan solidariamente con el deudor principal y después añade "con renuncia expresa a los beneficios de orden, excusión, división y cualquier otro que, con carácter general o particular, pudieran corresponderles". Esto último podía situarse en la órbita de las cláusulas abusivas por suponer una renuncia de derechos de los consumidores, pero ello, aun aceptándose, no quitaría para que antes se hubiesen obligado solidariamente con el prestatario, deudor principal, y que es uno de los casos en los que la excusión no tiene lugar, artículo 1831.2 del Código civil (LEG 1889, 27), por lo que esa solidaridad se derivaría no de la renuncia a ese beneficio de excusión, sino de la solidaridad previa al mismo y que sería aplicable al margen de que se hubiese hecho constar esa renuncia*».

## II. EL CASO ANALIZADO POR EL TRIBUNAL SUPREMO DESDE LA DOCTRINA DEL ERROR VICIO DEL CONSENTIMIENTO

Como decíamos la posible nulidad de la cláusula de renuncia a los beneficios de excusión y división puede analizarse desde la óptica de la doctrina general de las obligaciones y contratos, concretamente, desde el alcance de la existencia o no del error vicio del consentimiento y desde el prisma de la normativa protectora de los consumidores y usuarios.

Nótese que utilizamos la copulativa "y" no la disyuntiva "o", puesto que un análisis de la cuestión huérfano del estudio del caso desde la normativa protectora de los consumidores y usuarios, implica una visión imparcial y a nuestro juicio incorrecta del asunto, lo cual entendemos que debería ser corregido incluso de oficio por el Juzgador, como tendremos ocasión de comentar posteriormente.

El caso a que nos estamos refiriendo ha sido tratado recientemente en la sentencia del Tribunal Supremo núm. 377 de 1 de julio de 2019 (*JUR* 2019, 213834).

Como se recoge en los Antecedentes, el presente caso plantea, como cuestión de fondo, el posible error vicio en el consentimiento prestado respecto de la aceptación de una cláusula de afianzamiento en un préstamo hipotecario, con renuncia a los beneficios contemplados en el Código civil.

Dicha cláusula contenida en la escritura pública del préstamo con garantía hipotecaria, de fecha 7 de junio de 2006, recogía lo siguiente:

«*[…] Decimotercera: Garantía.*

*"Garantía personal.*

*"En cumplimiento de las obligaciones derivadas de este préstamo, además de la garantía personal del PRESTATARIO, se constituyen las siguientes:*

*"AVALISTAS.*

*"Los esposos don Miguel y doña Sonsoles, y los esposos don Rogelio y doña Estrella, se obligan indistinta y solidariamente con el PRESTATARIO al cumplimiento de las obligaciones estipuladas en el presente contrato, con sujeción a los artículos 1144, 1822 y 1831 del Código civil, haciendo renuncia expresa a los beneficios de orden, excusión y división y manifiestan su voluntad de que la garantía que prestan en el presente documento tenga plena eficacia hasta que sean cumplidas y*

*canceladas totalmente las obligaciones nacidas de este contrato y aunque la CAJA VITAL KUTKA no exija a su vencimiento el cumplimiento de ellas o prorrogara la duración del préstamo.*

*"Los AVALISTAS-FIADORES se comprometen a satisfacer a la CAJA VITAL KUTXA, a simple requerimiento de esta, la suma total que arrojen los saldos debidos por el PRESTATARIO en virtud de este contrato, incluso en los casos de resolución del contrato por incumplimiento de las obligaciones del PRESTATARIO o de pérdida del derecho al beneficio del plazo por disminución de la solvencia del PRESTATARIO, conforme a lo previsto en las estipulaciones decimoquinta y decimosexta de este contrato.*

*"Los AVALISTAS-FIADORES se comprometen a hacer frente a todas las cantidades debidas por el PRESTATARIO en virtud del contrato de préstamo incluso en el caso de que, habiéndose realizado el pago de las mismas por el PRESTATARIO, la CAJA VITAL KUTXA tuviera que reintegrar cualquier suma recibida del PRESTATARIO como consecuencia de la retroacción decretada en una situación concursal de este último.*

*"Los AVALISTAS-FIADORES dan su expresa conformidad a cualquier género de tolerancias que, en régimen de excepción, la CAJA VITAL KUTXA, tenga con el PRESTATARIO, consistente en la concesión de alguna virtual moratoria, sin necesidad de que se le notifique».*

D.ª Estrella, interpuso una demanda contra Kutxabank S.A., en la que solicitaba una acción de nulidad por error vicio en el consentimiento prestado, con relación a las citadas cláusulas de afianzamiento de los contratos de fechas de 7 de junio de 2006, y de 28 de marzo de 2007.

La entidad bancaria se opuso a la demanda.

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda. En síntesis, destacó que la fiadora tenía la condición de abogada en ejercicio y que participó activamente en el estudio de las operaciones contratadas como asesora de los intervinientes. Que, además, el aval suscrito no presentaba ninguna condición extraña o abusiva, ni tampoco complejidad, resultando habitual en este tipo de operaciones crediticias.

Interpuesto recurso de apelación por la demandante, la sentencia de la Audiencia estimó dicho recurso y revocó la sentencia de primera instancia. En síntesis, tras declarar la condición de consumidora de la demandante, pues actuó como avalista con un propósito ajeno a su actividad profesional, a los efectos que aquí interesan, declaró lo siguiente:

«*[…] Situado así el fiador solidario que renuncia a todos los beneficios citados, se convierte, sencillamente, en deudor. Lo hace, sin embargo, sin contraprestación alguna. El deudor principal ha recibido el préstamo, lo que justifica la exigencia de las garantías accesorias que aseguren el cumplimiento de la obligación principal, y particularmente, gravar un inmueble de su propiedad con la hipoteca que sirve a esa finalidad. Pero el fiador que renuncia a los beneficios de orden, excusión y división, se coloca en el mismo lugar del deudor, puede ser requerido como este, no puede exigir que primero se persigan bienes de quien debe, ni repartir la garantía dada con los demás fiadores. A cambio de nada, se convierte en deudor.*

«*Solo justifica semejante conjunto de renuncias, a derechos característicos del fiador, el convencimiento de que la fianza constituida no acarreaba la persecución de su patrimonio sino después de haber pretendido, infructuosamente, hacer efectiva la deuda frente al deudor principal, el inmueble hipotecado, la totalidad de su patrimonio, de forma junta con otros fiadores. Sin embargo, se convirtió,*

*sin contraprestación, en deudora solidaria. Es decir, se incurrió en una incorrecta representación de la esencia o sustancia de la fianza que se constituía*».

La entidad bancaria interpuso recurso de casación que resulta estimado por el Tribunal Supremo sobre la base del siguiente razonamiento:

«*El error, en todo caso, resulta inexcusable. Las cláusulas en cuestión, aunque extensas y algo reiterativas, resultan claras y comprensibles, sin mayores dificultades, para una abogada en ejercicio que, por razón de su profesión, debe conocer el instituto de la fianza y la posible renuncia, y sus efectos, de los beneficios concedidos por el Código civil al fiador. Máxime cuando estas cláusulas, con renuncia a dichos derechos, suelen ser habituales en las garantías personales que suelen exigirse para la concesión de los préstamos*».

¿Quiere ello decir que el Tribunal Supremo ha validado las cláusulas de renuncia a los beneficios de excusión y división en el ámbito de la contratación con consumidores? A nuestro juicio, no, sino que en un caso particular lo que ha fallado nuestro más Alto Tribunal es conforme a la doctrina aplicable a su juicio del error vicio del consentimiento, ¿pero es correcto que en el desarrollo del proceso se haya obviado el análisis del problema desde la aplicación de la normativa de consumo? A nuestro juicio, no, en función de la posibilidad que tiene el juzgador de aplicar incluso de oficio dicha normativa y declarar también de oficio dicha nulidad.

## III. LA APRECIACIÓN DE OFICIO DE LA NULIDAD DE LA CLÁUSULA ABUSIVA

La sentencia de Pleno del Tribunal Constitucional 31/2019 de 28 de febrero de 2019 (BOE de 26 de marzo de 2019) otorgando un derecho de amparo en un caso de falta de apreciación de oficio del juez nacional de la abusividad de una cláusula nos recuerda que la STJUE de 26 de enero de 2017, asunto Banco Primus, S.A. y Jesús Gutiérrez García, declaró, por lo que al caso concierne, lo siguiente: «*La Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una norma nacional, como la que resulta del artículo 207 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, modificada por la Ley 1/2013 y posteriormente por el Real Decreto Ley 7/2013, de 28 de junio, de medidas urgentes de naturaleza tributaria, presupuestaria y de fomento de la investigación, el desarrollo y la innovación, y por el Real Decreto Ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal, que impide al juez nacional realizar de oficio un nuevo examen del carácter abusivo de las cláusulas de un contrato cuando ya existe un pronunciamiento sobre la legalidad del conjunto de las cláusulas de ese contrato a la luz de la citada Directiva mediante una resolución con fuerza de cosa juzgada. Por el contrario, en caso de que existan una o varias cláusulas contractuales cuyo eventual carácter abusivo no ha sido aún examinado en un anterior control judicial del contrato controvertido concluido con la adopción de una resolución con fuerza de cosa juzgada, la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que el juez nacional, ante el cual el consumidor ha formulado, cumpliendo lo exigido por la norma, un incidente de oposición, está obligado a apreciar, a instancia de las partes o de oficio, cuando disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello, el eventual carácter abusivo de esas cláusulas*».

A juicio del Tribunal Constitucional lo determinante es si el juez estaba obligado al examen de oficio y cuál es el momento en que este examen le era exigible. Así que, declarada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea la obligación del órgano judicial de conocer, bien de oficio o a instancia de parte,

del posible carácter abusivo de una cláusula contractual, *poco importa el momento y cómo llegaron a él los elementos de hecho y de Derecho necesarios para verse compelido a hacerlo*. Por ello, el órgano judicial ante el cual el consumidor ha formulado un incidente de oposición —expresión utilizada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea—, en este caso a través de un incidente de nulidad, *se encuentra obligado a apreciar el eventual carácter abusivo de la cláusula que se denuncia, con la única excepción de que hubiera sido examinada en un anterior control judicial que hubiera concluido con la adopción de una resolución con fuerza de cosa juzgada*.

El Tribunal Constitucional en la resolución del referido recurso de amparo nos dice efectivamente que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea obliga al juez nacional a apreciar el eventual carácter abusivo de una cláusula, incluso tras el dictado de una resolución con fuerza de cosa juzgada, cuando disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello, siempre que la cláusula denunciada no hubiera sido examinada previamente. Asimismo, nos confirma que tampoco es conforme con lo declarado por la jurisprudencia europea, entender que en los casos en los que el carácter abusivo de una determinada cláusula ha sido confirmado por el Tribunal de Justicia con posterioridad al plazo para poder formular oposición, el incidente de nulidad no sea el cauce para ello o sea extemporánea su formulación. Se ha de tener en cuenta que una vez finalizado dicho plazo, si el órgano judicial no controló de oficio la posible abusividad de la cláusula, al recurrente no le queda más cauce procesal que su denuncia.

Pues bien, es conforme a dicha jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional como hemos de entender la posibilidad que se hubiera podido hacer valer la sentencia de apelación que sirvió de base para el recurso de casación resuelto por la antedicha sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 2019.

Hemos de recordar que pese a que la acción ejercitada fue la de error vicio del consentimiento sí que existen pasajes en la sentencia de la Audiencia Provincial de Álava (Sección 1.ª) sentencia núm. 370/2016 de 23 de noviembre de 2016 que hacen referencia a la problemática desde el derecho de consumo, como pueden ser los siguientes:

*«39. En definitiva, una abogada como la recurrente, que actúa en un ámbito ajeno a la abogacía, avalando deudas de una mercantil de la que no es socia ni administradora social, ha de considerarse que tiene la consideración de consumidora. Los motivos primero y segundo del recurso serán acogidos, y habrá que resolver desde ese entendimiento (…)*

*66. Además la condición de letrada no es incompatible con la de consumidora, como se expresó anteriormente. La consumidora, con la renuncia a sus derechos, jurídicamente queda en una posición menos favorable que sin aquella. Puede entenderse la fianza sin tal renuncia. Pero no que sin recibir a cambio el préstamo, la fiadora esté dispuesta a devolver todo su importe. Padecen así el justo equilibrio de prestaciones que caracteriza los contratos onerosos. Se trata, por ello, de una renuncia de las previstas en la DA 1.º.14 LGDCU, norma actualmente refundida, que se considera abusiva "La imposición de renuncias o limitación de los derechos del consumidor"».*

Sin embargo, la sentencia de segunda instancia falla sin apreciar de oficio la nulidad de la cláusula abusiva y decreta la nulidad de la misma por la existencia del error vicio del consentimiento, circunscribiendo así el sentido y fallo casacional. El fallo de apelación, fue el siguiente:

*«II.1. Declarar la nulidad de la cláusula 13.ª, apartado "garantía personal", suscrita por D.ª Custodia en los préstamos con garantía hipotecaria de 7 de junio de 2006 y 28 de marzo de 2007 con Caja de Ahorros de Vitoria y Álava-Araba esta Gasteizko Aurrezki Kutxa, hoy Kutxabank S.A., números de protocolo 2209 y 1117 de la notaría de D. Fernando Ramos Alcázar, por haberse prestado el consentimiento incurriendo en error».*

A la luz de lo anterior, ¿podría haber declarado de oficio la sentencia de apelación la nulidad de la cláusula de renuncia a los beneficios de excusión y división cuando la parte demandante solo articuló la demanda y su recurso de apelación (inexplicablemente) pidiendo la nulidad solo por error vicio del consentimiento? A nuestro juicio la respuesta ha de ser positiva, en función de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea antes expuesta, sin embargo, la cuestión deja de ser pacífica en nuestras Audiencias Provinciales.

El problema viene por la discorde interpretación que vienen realizando las Audiencias Provinciales del artículo 465.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que expresamente prevé lo siguiente:

*«El auto o sentencia que se dicte en apelación deberá pronunciarse exclusivamente sobre los puntos y cuestiones planteadas en el recurso, y en su caso, en los escritos de oposición o impugnación a que se refiere el artículo 461».*

Una primera postura negativa viene dada por resoluciones como la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (sección 5.ª) núm. 379/2017 de 12 de julio de 2018 *(JUR* 2018, 10821) que razona lo siguiente:

*«La sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) Caso Erika Joros contra Aegon Magyarország Hitel Zrt, sentencia de 30 de mayo de 2013, establece: La Directiva 93/13 /CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que, cuando un tribunal nacional, que conoce en apelación de un litigio sobre la validez de cláusulas incluidas en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor sobre la base de un formulario redactado previamente por ese profesional, está facultado según las reglas procesales internas para apreciar cualquier causa de nulidad que derive con claridad de los elementos presentados en primera instancia, y para recalificar en su caso, en función de los hechos acreditados, el fundamento jurídico invocado para sustentar la invalidez de esas cláusulas, debe apreciar, de oficio o previa recalificación del fundamento jurídico de la demanda, el carácter abusivo de las referidas cláusulas a la luz de los criterios de dicha Directiva». Y que «en lo referente al cumplimiento de esas obligaciones por un juez nacional que resuelve en apelación, es oportuno recordar que, en defecto de normativa en el Derecho de la Unión, la regulación de los procedimientos de apelación destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los justiciables corresponde al Derecho interno de los Estados miembros en virtud del principio de autonomía procesal de estos últimos. No obstante, esa regulación no debe ser menos favorable que la aplicable a situaciones similares de naturaleza interna (principio de equivalencia) ni articularse de tal manera que en la práctica haga imposible o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad) (véanse en ese sentido las sentencias antes citadas Banco Español de Crédito, apartado 46,*

*y Banif Plus Bank, apartado 26). En lo que atañe al principio de equivalencia, hay que señalar que se deduce de él que, cuando el juez nacional que resuelve en apelación esté facultado, u obligado, a apreciar de oficio la validez de un acto jurídico en relación con las reglas nacionales de orden público, aunque esa disconformidad no se haya suscitado en primera instancia, debe ejercer también esa competencia para apreciar de oficio, a la luz de los criterios de la Directiva 93/13 (LCEur 1993, 1071), el carácter abusivo de una cláusula contractual comprendida en el ámbito de aplicación de esa Directiva. En el supuesto de que el tribunal remitente determinara que dispone de esa competencia en las situaciones de naturaleza interna estaría obligado a ejercerla en una situación como la del litigio principal, que afecta a la salvaguardia de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere al consumidor (véanse en ese sentido las sentencias de 6 de octubre de 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C-40/08, Rec. I-9579, apartados 53 y 54, y de 30 de mayo de 2013, Asbeek Brusse y de Man Garabito, C-488/11, Rec. I-0000, apartados 45 y 46).*

*Y nuestro ordenamiento jurídico no faculta ni obliga, aún después de las sucesivas reformas operadas para adaptación a la normativa comunitaria, por norma alguna, apreciar en alzada de oficio lo solicitado. Por el contrario, ni siquiera se permite la introducción de cuestiones nuevas no debatidas en la instancia por las partes, y la resolución que se dicte resolviendo el recurso de apelación ha de circunscribirse a los motivos de impugnación de la resolución recurrida. En efecto para entrar a valorar la abusividad de las cláusulas alegadas hubiese sido necesario haber dado a la parte contraria no solo la oportunidad de realizar alegaciones, sino muy especialmente de proponer y practicar prueba al respecto a fin de determinar si existió o no información suficiente, y dicho trámite de prueba no ha existido.*

*En atención a lo expuesto el recurso de apelación debe ser desestimado».*

En el mismo sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 5.ª) núm. 53/2014 de 25 de marzo de 2014 *(AC* 2014, 537), prevé que:

*«Ello implica que lo alegado en el recurso supone introducir en esta alzada la posible apreciación de oficio de la nulidad de dicha cláusula. En relación a esta cuestión se ha pronunciado recientemente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia núm. C-397/2011, de 30 de mayo de 2013 (TJCE 2013, 194) (Erika Jards vs Aegon) en la que se examinaba una cuestión prejudicial planteada por un tribunal de apelación húngaro, estableciéndose como conclusión que» 38. Por las anteriores consideraciones, se ha de responder a la tercera cuestión que la Directiva 93/13 (LCEur 1993, 194) debe interpretarse en el sentido de que, cuando un tribunal nacional, que conoce en apelación de un litigio sobre la validez de cláusulas incluidas en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor sobre la base de un formulario redactado previamente por ese profesional, está facultado según las reglas procesales internas para apreciar cualquier causa de nulidad que derive con claridad de los elementos presentados en primera instancia, y para recalificar en su caso, en función de los hechos acreditados, el fundamento jurídico invocado para sustentar la invalidez de esas cláusulas, debe apreciar, de oficio o previa recalificación del fundamento jurídico de la demanda, el carácter abusivo de las referidas cláusulas a la luz de los criterios de dicha Directiva».*

*Por tanto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea autoriza a los tribunales de apelación a examinar de oficio la posible nulidad de cláusulas sobre las que no se ha pronunciado el tribunal de primera instancia, pero siempre condicionado a que las reglas nacionales internas le faculten para ello. A dicha conclusión se llega por el Tribunal de Justicia, tras reafirmar en su apartado 25 el carácter imperativo de la norma comunitaria "Para responder a la parte admisible de la cuestión es oportuno recordar que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, según el que las*

*cláusulas abusivas no vincularán al consumidor, constituye una disposición imperativa que trata de reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y las obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre estas (véanse, en particular, las sentencias de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, C-618/10 (TJCE 2012, 143), Rec. I-0000, apartado 40, y de 21 de febrero de 2013 (TJCE 2013, 46), Banif Plus Bank, C-472/11, Rec. I-0000, apartado 20)0", y volver a confirmar su consolidada doctrina sobre la necesidad de actuación de oficio de los tribunales nacionales en el control de cláusulas abusivas cuando afirma en el apartado 28 que «"Por consiguiente, el papel que el Derecho de la Unión atribuye al juez nacional en la materia de que se trata no se circunscribe a la mera facultad de pronunciarse sobre la naturaleza eventualmente abusiva de una cláusula contractual, sino que incluye asimismo la obligación de examinar de oficio esta cuestión tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello (véanse, en particular, las sentencias antes citadas Banco Español de Crédito, apartado 43, y Banif Plus Bank, apartado 23)". Ahora bien esta actuación de oficio no es absoluta en el ámbito del recurso de apelación ante la falta de un derecho procesal propio de la Unión, de forma que la regulación del alcance del recurso de apelación queda limitada en virtud del principio de autonomía procesal reconocido a los Estados miembro (apartado 29), concluyendo que "…No obstante, esa regulación no debe ser menos favorable que la aplicable a situaciones similares de naturaleza interna (principio de equivalencia) ni articularse de tal manera que en la práctica haga imposible o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad) (véanse en ese sentido las sentencias antes citadas Banco Español de Crédito, apartado 46, y Banif Plus Bank, apartado 26)".*

*En virtud de dicho principio de equivalencia, señala en su apartado 30 que "…cuando el juez nacional que resuelve en apelación esté facultado, u obligado, a apreciar de oficio la validez de un acto jurídico en relación con las reglas nacionales de orden público, aunque esa disconformidad no se haya suscitado en primera instancia, debe ejercer también esa competencia para apreciar de oficio, a la luz de los criterios de la Directiva 93/13, el carácter abusivo de una cláusula contractual comprendida en el ámbito de aplicación de esa Directiva…". Por el principio de efectividad, recuerda el apartado 32, "…se debe recordar que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, cada caso en el que se plantee la cuestión de si una disposición procesal nacional hace imposible o excesivamente difícil la aplicación del Derecho de la Unión debe analizarse teniendo en cuenta el lugar que ocupa dicha disposición dentro del conjunto del procedimiento y el desarrollo y las peculiaridades de este ante las diversas instancias nacionales…".*

*Aplicada la citada doctrina jurisprudencial al derecho procesal civil español se puede apreciar que nuestras normas procesales no permiten el examen de oficio en segunda instancia ni de nulidades de carácter procesal ni tampoco de nulidades en relación a cláusulas abusivas no alegadas en primera instancia, por ser tratadas procesalmente como hecho nuevo en la alzada. Nuestro recurso de apelación queda circunscrito al examen de aquellas cuestiones que fueron planteadas en primera instancia y que se alegan expresamente en el recurso de apelación. Así, el artículo 227.2.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) se prohíbe expresamente decretar la nulidad de actuaciones de contenido procesal que no haya sido expresamente solicitada en el recurso, a excepción de normas imperativas de competencia objetiva o funcional. Sobre el fondo del recurso la situación es semejante pues, de acuerdo con lo previsto en el artículo 465.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la resolución del recurso deberá de pronunciarse exclu-*

*sivamente sobre los puntos y cuestiones planteados en la alzada, sin que en ningún caso pueda perjudicar dicha resolución al apelante, lo que supone la plasmación legal de la prohibición de la "reformatio in peius" en los recursos de apelación. Dicha previsión legal hay que ponerla en relación con el ámbito del recurso de apelación conforme al artículo 456.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en virtud del cual se pretende la revocación de una resolución dictada en primera instancia "…con arreglo a los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas ante el tribunal de primera instancia…". Del juego conjunto de dichos artículos queda claro que la fijación de los hechos y la base jurídica en primera instancia condiciona el contenido del recurso de apelación, de forma que está vedado el examen en la alzada de hechos nuevos no planteados en primera instancia, tal como reiteradamente viene sosteniendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo y esta misma sección en las SSAP Murcia (5.ª) de 3 de septiembre de 2007 (rollo 352/07), la de 24 de marzo de 2011 (AC 2011, 1895) (rollo 387/10) y la de 12 de junio de 2012 (rollo 125/12): "La segunda instancia, a pesar de su carácter plenamente revisorio de los hechos y del derecho derivado de su carácter de recurso ordinario, no supone un nuevo juicio ni autoriza a la Audiencia Provincial a resolver cuestiones o excepciones distintas de las ya planteadas en legal forma y en los momentos procesales oportunos en primera instancia, por lo que no pueden ser examinadas cuestiones nuevas, salvo aquellas que puedan ser apreciadas de oficio por el tribunal, ya que de lo contrario se vulneraría el derecho de defensa de la parte contraria, pues la misma no podría alegar ni probar sobre las cuestiones extemporáneamente planteadas, y vulneraría los principios de igualdad de parte, preclusión, contradicción y dispositivo. En consecuencia no es factible a las partes alterar los términos del debate en el recurso de apelación, planteando cuestiones nuevas, introduciendo en el escrito de recurso argumentos no articulados en la primera instancia que alteren sustancialmente la causa de pedir, o de oposición a los pedimentos de la parte actora y sobre los que es evidente no habrá podido pronunciarse el Juzgado "a quo" ni acerca de las cuales nada habrá podido alegar ni probar en consecuencia la contraparte con quiebra en caso contrario de los principios de contradicción e igualdad de las partes en el proceso y sobre todo con infracción de las exigencias derivadas del artículo 24 CE (RCL 1978, 2836) y así lo señala una doctrina jurisprudencial reiterada uniforme y abundante [SSTS y entre otras como la de fechas 2 de abril de 1962, 15 de abril (RJ 1991, 2691) y 14 de octubre de 1991 (RJ 1991, 6920), 3 de abril de 1993; 10 de diciembre de 2003 (RJ 2003, 9282), como más reciente la STS de 9 de mayo de 2005]".*

O sea, ambas resoluciones judiciales expuestas, parten de una interpretación estrictamente literal de lo previsto en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de mayo de 2013 (asunto Brusse C-488/11), que expresa que:

*"La Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que […] cuando el juez nacional que conoce de una demanda formulada por un profesional contra un consumidor acerca de la ejecución de un contrato esté facultado, según las normas procesales internas, para examinar de oficio la disconformidad entre la cláusula en la que se fundamenta la demanda y las normas nacionales de orden público, deberá apreciar de oficio de igual manera, una vez haya determinado que dicha cláusula entra en el ámbito de aplicación de esa Directiva, el carácter abusivo en su caso de esa cláusula a la luz de los criterios enunciados en la Directiva".*

Es decir, entienden que como la normativa procesal española no permite expresamente el debatido control de oficio, su desatención en segunda instancia no supone un incumplimiento del Derecho de la Unión Europea en la interpretación ofrecida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Del lado contrario y mucho más abundantes, destacamos la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 17.ª) núm. 278/2018 de 13 de marzo de 2018 *(JUR* 2018, 103107) que acuerda que:

*"Con base en todo lo anterior; y partiendo de que, tras lo establecido en la sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de marzo de 1978 (caso Simmenthal), el juez nacional está obligado a inaplicar aquella normativa interna que, aunque tenga rango de ley, sea contraria a la normativa comunitaria; puede concluirse la inaplicabilidad en estos casos de lo dispuesto en el artículo 465.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) y, por tanto, la consagración de que la normativa nacional (interpretada conforme a lo manifestado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea) permite al tribunal que conoce de un proceso en su segunda instancia que aprecie, tanto de oficio como a instancia de parte, la abusividad o falta de transparencia de las condiciones generales de la contratación incluidas en un contrato celebrado con consumidores y que tenga incidencia en la resolución del recurso de apelación".*

El Auto de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 11.ª) núm. 28/2018 de 31 de enero de 2018 *(AC* 2018, 641), establece que:

*"Ello implica que el juez debe abstenerse siempre de aplicar la cláusula si es abusiva, salvo que lo sea en contra de la voluntad del consumidor, cuando se opone a que no se le aplique, salvando, incluso, los problemas de congruencia y atemperando las rigideces del proceso (así, si se ha solicitado la nulidad por abusividad de las cláusulas, en su análisis no es preciso un ajuste formal a la estructura de los recursos, ni la exactitud del fallo al suplico de la demanda), hasta el punto de que el principio de eficacia exige que el Tribunal nacional interprete las disposiciones nacionales de modo que contribuya a cumplir el objetivo de garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los justiciables, de modo que de no ser ello posible, dicho Tribunal está obligado a dejar inaplicada, por su propia iniciativa, la disposición nacional contraria, como pueden ser las normas procesales nacionales que recojan la vinculación estricta a la pretensión deducida", ya que, si bien el principio de autonomía procesal atribuye a los Estados la regulación del proceso, esta autonomía tiene como límite que tales normas "no hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los consumidores (principio de efectividad) con lo que deviene inaplicable el artículo 465. 5 de la LEC (RCL 2000, 34), y los principios "tantum devolutum, quantum apellatum", "in apellatione nihil innovetur" y el prohibitivo de la "reformatio in peius"*».

El Auto de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 3.ª) núm. 305/2018 de 11 de julio de 2018 *(JUR* 2018, 310497), expone que:

«*Y a tales efectos se debe partir como señala la STS de 9 de mayo de 2013, de la obligación de que el juez nacional examine de oficio el carácter abusivo de las cláusulas abusivas de los contratos celebrados por un profesional con los consumidores para el cumplimiento de los derechos que les confiere la Directiva 93/13 (LCEur 1993, 1071) (LA LEY 4573/1993). Así advierte el Informe de la Comisión 2000 que la sanción prevista en el apartado 1 del artículo 6 de la Directiva implica atribuir a las disposiciones de la directiva el carácter de norma "imperativa", de "orden público económico", que tiene que reflejarse en los poderes atribuidos a los órganos jurisdiccionales nacionales. Ello implica que el juez debe abstenerse siempre de aplicar la cláusula si es abusiva, salvo que lo sea en contra de la voluntad del consumidor, cuando se opone a que no se le aplique, salvando, incluso los problemas de congruencia y atemperando las rigideces del proceso (así, si se ha*

*solicitado la nulidad por abusividad de las cláusulas, en su análisis no es preciso un ajuste formal a la estructura de los recursos, ni exacto del fallo al suplico de la demanda), hasta el punto de que el principio de eficacia exige que el Tribunal nacional interprete las disposiciones nacionales de modo que contribuya a cumplir el objetivo de garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los justiciables, de modo que de no ser ello posible, dicho Tribunal está obligado a dejar inaplicada, por su propia iniciativa, la disposición nacional contraria, como pueden ser las normas procesales nacionales que recojan la vinculación estricta a la pretensión deducida", ya que, si bien el principio de autonomía procesal atribuye a los Estados la regulación del proceso, esta autonomía tiene como límite que tales normas «no hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los consumidores (principio de efectividad) con lo que deviene inaplicable el artículo 465. 5 de la LEC (LA LEY 58/2000), y los principios "tantum devolutum, quantum apellatum", "in apellatione nihil innovetur" y el prohibitivo de la "reformatio in peius"».*

En función de lo anterior, somos de la opinión que efectivamente una interpretación acorde con el Derecho de la Unión Europea de la posibilidad de que el control de oficio se produzca en segunda instancia ha de suponer la inaplicación de lo previsto en el artículo 465.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y por tanto que la Audiencia Provincial de Álava en el caso analizado en este trabajo, debería haber entrado a controlar de oficio la nulidad de la cláusula de renuncia de los beneficios de excusión y división de la fianza prestada por la consumidora, debiendo por lo tanto haber tenido el pleito otro resultado en relación con este particular.

El control de oficio que estamos predicando, ¿podría efectuarse también por el Tribunal Supremo en la decisión del recurso de casación? Igualmente, entendemos que sí. De hecho en un recurso de casación donde se solicitaba la apreciación de oficio por la Sala de las cláusulas abusivas, la misma no se efectúa por no haberse ofrecido información durante el proceso de los elementos relativos a las cláusulas abusivas cuya nulidad se pretendían. De esta forma, la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 318/2019 de 4 de junio de 2019 *(RJ* 2019, 2261), razonó lo siguiente:

*«5. Igualmente, resulta inatendible la solicitud de declaración de oficio de la abusividad de dos cláusulas que el tribunal ni siquiera puede conocer, porque no han sido transcritas —ni siquiera mencionadas— en la demanda ni en ningún otro escrito del procedimiento. Una cosa es que los tribunales deban velar de oficio porque en los contratos celebrados con consumidores no se incluyan cláusulas abusivas y otra convertir a un tribunal de casación en una especie de ventanilla o mostrador en donde, sin alegación previa alguna y sin facilitar la mínima información, el tribunal deba examinar no se sabe exactamente qué documentos para detectar posibles cláusulas abusivas. Máxime cuando la parte ha dispuesto, desde el primer momento, de defensa jurídica profesional.*

*Debe tenerse en cuenta que, según la jurisprudencia del TJUE en la materia [por todas, SSTJUE de 4 de junio de 2009, caso Pannon GSM (C-243/08 [TJCE 2009, 155]) y de 28 de julio de 2016, caso Tomášová (C-168/15 (TJCE 2016, 304)), el control de oficio respecto del carácter abusivo de una cláusula contractual comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 (LCEur 1993, 1071), requiere que los tribunales nacionales dispongan de los elementos de hecho y de*

*Derecho necesarios para ello. Lo que no sucede en este caso, toda vez que la parte recurrente no ha ofrecido la más mínima información al respecto*».

Además hemos de tener presente que en un caso como el presente en el que no se ha controlado la abusividad de la cláusula en las instancias y ha habido desestimación de la pretensión del consumidor en la casación civil, ¿podría hacer valer el consumidor el referido control de oficio mediante la interposición del correspondiente incidente de nulidad de actuaciones en la instancia? En nuestra opinión, sí, mediante la denuncia del correspondiente derecho fundamental. Otra concepción supondría igualmente a nuestro entender una clara vulneración del artículo 6.1 de la Directiva 93/13 en clara contradicción con la primacía del Derecho de la Unión Europea. Ello implicaría, la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva por indefensión (art. 24.1 CE), y por ser contraria al derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, en relación con el principio de primacía del Derecho comunitario y a la selección razonable de la norma aplicable (arts. 10.2 y 93 CE). La desestimación del incidente de nulidad de actuaciones, en su caso, abriría la puerta para la interposición del recurso de amparo.

En el desarrollo de la vía judicial previa en la jurisdicción social, tenemos el ejemplo más reciente el que recoge el Auto del Tribunal Constitucional 135/2017, que desestima un recurso de amparo por desestimación de un recurso de súplica razonó que:

«*Bajo esas circunstancias, como ha quedado dicho, en atención a la doctrina de la STC 39/2003, antes de impetrar el amparo constitucional, tras la inadmisión por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo del recurso de casación para la unificación de doctrina, era necesario interponer un incidente de nulidad de actuaciones ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, garantizando con ello la subsidiariedad del amparo respecto a la indefensión que por esa sentencia se dice causada, ya que, de haberse obtenido un pronunciamiento favorable por ese cauce de reparación, la lesión que se dice causada en su derecho de defensa podría haber resultado paliada*».

Esta doctrina es la que sigue el propio Tribunal Supremo, ya que en su auto de 11 de diciembre de 2017 de la Sala Tercera declara expresamente (FJ 5.3) que si el recurso de casación se inadmite «*es en ese momento, y esto es lo novedoso de la resolución que dictamos, cuando se puede afirmar la imposibilidad de interponer recurso ordinario o extraordinario contra la resolución judicial impugnada*». *Por tanto, «es esta resolución […] la que abre la posibilidad de interponer el incidente de nulidad de actuaciones*».

Es decir, en los casos de lesión de un derecho fundamental es necesario primero el planteamiento del recurso de casación y si este resultara inadmitido, con carácter previo al recurso de amparo, habría que interponer el incidente de nulidad de actuaciones en la instancia para entender agotada la vía jurisdiccional previa a la interposición del recurso de amparo.

## IV. BIBLIOGRAFÍA

BASTANTE GRANELL. La cláusula de afianzamiento en préstamos hipotecarios: su abusividad a debate. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 3/2017.

CARRASCO PERERA, A.; CORDERO LOBATO, E.; MARÍN LÓPEZ, M. J. Fianza y solidaridad de deudores, en *Tratado de los Derechos de Garantía*. Nuevos Clásicos Civitas, T. I.

CARRASCO PERERA. El consumidor no sabe qué es renunciar al beneficio de excusión https://www.ga-p.com/publicaciones/el-consumidor-no-sabe-que-es-renunciar-al-beneficio-de-excusion/

GARCÍA ABURUZA. Problemática en relación a los avalistas y sobre su posible condición de consumidores. *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 1/2017.

GUILLARTE ZAPATERO. *Comentarios al Código civil,* Ministerio de Justicia, 1990, T. II.

IZQUIERDO GRAU. La posible abusividad de la cláusula de afianzamiento solidario con renuncia expresa de los derechos de excusión y de división. *Revista de Derecho Privado,* número 04/2019. Editorial Reus.

REDONDO TRIGO. Fianza y Consumidores. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 769, 2018.

## V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de mayo de 2013
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de enero de 2017
- Sentencia de Pleno del Tribunal Constitucional 31/2019 de 28 de febrero de 2019
- Auto del Tribunal Constitucional 135/2017
- Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 1993
- Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 1998
- Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 1998
- Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio de 2019
- Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 2019
- Auto del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2017
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 25 de marzo de 2014
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 30 de septiembre de 2015
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 6 de noviembre de 2015
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava Sentencia de 23 de noviembre de 2016
- Auto de la Audiencia Provincial de Valencia de 31 de enero de 2018
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 13 de marzo de 2018
- Auto de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 11 de julio de 2018
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 12 de julio de 2018
- Auto de la Audiencia Provincial de Córdoba de 27 de noviembre de 2018
- Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de San Sebastián de 2 de octubre de 2014
- Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de San Sebastián de 30 de septiembre de 2014
- Auto del Juzgado de Primera Instancia de Almería, de 16 de febrero de 2016
- Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Segovia, de 28 de marzo de 2016

## NOTAS

[1] Vid., sobre el particular: BASTANTE GRANELL. La cláusula de afianzamiento en préstamos hipotecarios: su abusividad a debate. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 3/2017; GARCÍA ABURUZA. Problemática en relación a los avalistas y sobre su posible condición de consumidores. *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 1/2017.

[2] REDONDO TRIGO. Fianza y Consumidores. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 769, 2018, 2833-2844.

[3] IZQUIERDO GRAU. La posible abusividad de la cláusula de afianzamiento solidario con renuncia expresa de los derechos de excusión y de división. *Revista de Derecho Privado,* número 04/2019, 51-67. Editorial Reus.

[4] CARRASCO PERERA. «El consumidor no sabe qué es renunciar al beneficio de excusión» https://www.ga-p.com/publicaciones/el-consumidor-no-sabe-que-es-renunciar-al-beneficio-de-excusion/

[5] CARRASCO PERERA, A.; CORDERO LOBATO, E.; MARÍN LÓPEZ, M. J. Fianza y solidaridad de deudores, en *Tratado de los Derechos de Garantía.* Nuevos Clásicos Civitas, T. I.

[6] GUILARTE ZAPATERO. *Comentarios al Código civil,* Ministerio de Justicia, 1990, T. II, 1803.

3. URBANISMO

# Fincas parcialmente incluidas en un ámbito reparcelatorio: su fraccionamiento y la enajenación de aprovechamientos o cuotas indivisas

# *Real estates partially included in a plot-redivision area: division and sale of buidling rights or percentages of ownership*

por

EUGENIO-PACELLI LANZAS MARTÍN
*Abogado*

*RESUMEN:* En este comentario se analiza el tratamiento jurídico de las fincas incluidas parcialmente en un ámbito sujeto a reparcelación y las diferentes posibilidades de transmitir a un tercero los derechos sobre la parte interior para su consideración en el correspondiente proyecto de equidistribución, como son la segregación de la finca por el propio proyecto o anterior a él, la técnica del aprovechamiento urbanístico o la transmisión de cuotas indivisas.

*ABSTRACT: This comment analyzes the legal treatment of plots partially included in an area subject to plot-redivision and the different possibilities of selling the internal part to a third party for consideration in the corresponding plot-redivision Project, such as the segregation of the plot by the Project itself or prior to it, the technique of the urban development rights or the sale of percentages of ownership.*

PALABRAS CLAVE: Proyecto de reparcelación. Segregación. División. Parcelación. Licencia. Aprovechamiento. Cuota indivisa.

*KEY WORDS: Plot-redivision project. Segregation. Division. Parcelling. License. Buidling rights. Urban development rights. Percentage of interest.*

Resolución de 10 de julio de 2018, de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

*SUMARIO:* I. RESUMEN DE LOS HECHOS.— II. EXTRACTO DE LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO.—III. COMENTARIOS: 1. Consideraciones previas. 2. Posibilidades de individualización registral de los derechos sobre la parte de finca interior a la unidad reparcelatoria: *A) Por razón del objeto en que se concreta la porción interior. B) Por razón del título inscribible y del momento de la inscripción*

*de la transmisión.* 3. La segregación de fincas por el proyecto de reparcelación: *A) La licencia de parcelación y la declaración municipal de su innecesariedad. B) Posibles obstáculos para la obtención de licencia de parcelación. C) La posible inoponibilidad de la suspensión de licencias a la segregación o división de la finca dirigida a separar la superficie interior y exterior a las unidades de ejecución.* 4. La inscripción de la segregación o división con carácter previo a la del proyecto de reparcelación. 5. La técnica del aprovechamiento urbanístico interior, su transmisión y su inscripción registral. 6. La transmisión e inscripción de cuotas indivisas que prefiguren la futura separación de la parte interior y exterior de la finca.

## I. RESUMEN DE LOS HECHOS

La calificación recurrida suspende la inscripción de una escritura de 2014, rectificatoria de determinados extremos de otra de 1997 previamente inscrita, por la que se había protocolizado un proyecto de compensación aprobado en 1991.

La rectificación de la escritura de protocolización obedecía, fundamentalmente, a la circunstancia de que en el proyecto de compensación se había incluido entre las fincas de origen o aportadas la totalidad de determinada finca registral, afirmándose ahora que esta tenía en realidad una cabida mayor que la consignada en el proyecto y que su aportación al mismo debería haberse limitado a la parte de finca incluida en la unidad de ejecución correspondiente, por lo que se entiende que el proyecto de compensación debería haber efectuado la previa segregación de la finca registral para separar la parte interior a la unidad de la exterior a ella y aportar al expediente tan solo la primera.

Se da además la circunstancia de que la finca de resultado adjudicada por el proyecto de compensación inscrito en correspondencia con la aportada fue transmitida por el adjudicatario a favor de un tercero, titular registral actual de la misma.

El registrador suspende la inscripción solicitada por entender que mediante el título presentado se pretende hacer constar la segregación de una finca registral que fue incluida en su totalidad entre las fincas aportadas cuando solo parte de ella era interior a la unidad de ejecución y que dicha finca de origen aparece extinguida y cancelada en el Registro de la Propiedad como consecuencia de la inscripción del proyecto de parcelación, estando además la finca de resultado correspondiente inscrita a favor de terceros adquirentes. La calificación registral termina apuntando que «en todo caso, si se estima la existencia de una realidad física que no accedió al Registro, podría acudirse a un procedimiento inmatriculador siempre que se cumplan los requisitos de titularidad y concordancia catastral que disponen los preceptos de la Ley y el Reglamento Hipotecario».

## II. EXTRACTO DE LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO

La resolución del recurso confirma la calificación registral con base en una fundamentación jurídica de la que seguidamente reproducimos las afirmaciones más relevantes a los efectos de este comentario.

«1. El objeto de este recurso es decidir si es inscribible una escritura de rectificación de un proyecto de compensación urbanístico, según la cual se manifiesta que dicho proyecto resulta erróneo en cuanto a la cabida de la finca

aportada, por reflejar una superficie inferior a la real, así como por haber incluido la totalidad de la finca de origen, estimando que una parte de dicha finca no debió incluirse por encontrarse fuera del perímetro de la unidad de ejecución a que se refiere el citado proyecto.

La escritura de rectificación fue otorgada por el representante de la entidad mercantil promotora del proyecto de compensación y que era titular registral de la finca de origen. En el momento de la presentación en el Registro de la escritura de rectificación el proyecto de compensación consta inscrito en el Registro, cancelado el folio de la finca de origen y las fincas de resultado inscritas a favor de personas distintas de la citada mercantil aportante de la finca de origen (…).

3. Nuestro ordenamiento jurídico contempla el expediente de distribución de beneficios y cargas (en sus distintas variantes) como un medio para ejecutar las previsiones legales y del planeamiento y hacer efectivos el conjunto de derechos y obligaciones inherentes a la propiedad urbana (vid. de la Ley de Suelo, Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre). El efecto esencial del expediente es la transformación de la propiedad sustituyéndose las fincas aportadas por otras de nueva creación adaptadas a las previsiones legales y de planeamiento, la cesión obligatoria a la Administración de los terrenos destinados a usos dotacionales así como de aquellos terrenos en que se materializa el aprovechamiento correspondiente. El momento en que se produce este efecto legal ha sido fijado por el ordenamiento en la aprobación definitiva por parte de la administración del proyecto de actuación. Así lo estableció el artículo 167 del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, y hoy lo contempla el artículo 23.1 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre (con el antecedente común de los artículos 128 del Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, 179 del Reglamento de Gestión Urbanística de 1978, y 18.1 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio).

Estos acuerdos aprobatorios de los instrumentos de equidistribución de beneficios y cargas producen el efecto de la subrogación de las fincas de origen por las de resultando y el reparto de su titularidad entre los propietarios, el promotor de la actuación, cuando sea retribuido mediante la adjudicación de parcelas incluidas en ella y la Administración (cfr. art. 23 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) (…).

Una vez firme en vía administrativa el acuerdo de aprobación definitiva de la distribución de beneficios y cargas, se procederá a su inscripción en el Registro de la Propiedad en la forma que se establece en el artículo 68 del texto refundido (…). Se trata de un procedimiento que no produce, hasta que se verifique la inscripción del título correspondiente y la cancelación de las fincas de origen, o su agrupación con las restantes y la adjudicación respectiva, el cierre al Registro de los títulos que se refieran a las fincas de origen —cfr. resolución de 4 de noviembre de 2013— (…).

8. Todo lo anterior conduce asimismo a la confirmación del defecto relativo a la falta del consentimiento de los titulares de las fincas de resultado, por aplicación del principio del tracto sucesivo (…).

Como ya señalara este Centro Directivo (véanse resoluciones de 27 de junio de 1989, 11 de enero de 1999 y demás expresadas en los «Vistos»), es principio básico del sistema registral español que la rectificación de los asientos del Registro presupone, como regla, el consentimiento del titular o la oportuna resolución judicial supletoria (cfr. arts. 1 y 40 Ley Hipotecaria). Es cierto que del mismo modo que cabe la rectificación de actuaciones jurídico-reales

por resolución de la Administración, aunque estén inscritas en virtud de título no administrativo, con no menor razón debe admitirse la rectificación de situaciones jurídicas reales inscritas en virtud de título administrativo, si en el correspondiente expediente, este, por nueva resolución de la Administración es alterado (…). Lo que ocurre en el caso debatido es que habiendo ganado firmeza en vía administrativa el acuerdo de aprobación definitiva de un proyecto de compensación y estando inscrito bajo la salvaguardia de los tribunales, no cabe ya, ni so pretexto de alteración del planeamiento ni de una reiteración íntegra de todos los trámites previstos para el expediente de equidistribución originario, ni de un expediente de operaciones jurídicas complementarias (vid. resoluciones de 26 de marzo de 2007 y 1 de diciembre de 2008), ni mucho menos mediante una actuación unilateral de la que fuera entidad titular de la finca de origen (subrogada realmente por las de resultado actualmente inscritas a favor de terceros distintos de dicha entidad) introducir en aquel una modificación del alcance que la que ahora se cuestiona, que desborda claramente lo que es un mero error material o de hecho, ni es tampoco una mera previsión complementaria plenamente respetuosa del contenido básico que se completa ya que introduce alteraciones sustanciales del contenido de los derechos inscritos, pues afecta no solo a la configuración física de la finca de origen sino incluso a su misma titularidad dominical al pretender revivir la antigua titularidad de la finca aportada respecto de la parte de la finca que se entiende no formaba parte de la unidad de ejecución.

En consecuencia, sobre la imposibilidad de acceder al reflejo registral de la modificación pretendida por referirse a una finca que jurídica y registralmente ha quedado extinguida y sustituida por las correlativas fincas de resultado, se suma una segunda causa que impide acceder a la pretensión del recurrente, igualmente señalada en la calificación impugnada, cual es la falta del consentimiento de los titulares registrales afectados, esto es, los que lo son de las fincas de resultado que por subrogación real han sustituido a la de origen, o la oportuna resolución judicial supletoria.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación del registrador».

## III. COMENTARIOS

### 1. Consideraciones previas

La resolución cuyo contenido se acaba de exponer aborda un problema que surge con frecuencia durante la tramitación de los expedientes de equidistribución, reparcelación o compensación, consistente en el tratamiento que ha de darse en el correspondiente instrumento reparcelatorio a las fincas que solo en parte se encuentran incluidas en el ámbito o unidad de ejecución, quedando el resto fuera de los límites de esta.

En el caso contemplado por la resolución, se podían haber evitado las dificultades de adecuación registral a la realidad si se hubiera seguido el procedimiento previsto legal y reglamentariamente para esta clase de situaciones, en que lo procedente es aportar al proceso reparcelatorio, no la finca registral en su totalidad, sino tan solo la parte de ella que efectivamente se encuentre dentro de las fronteras de la unidad de ejecución correspondiente. Normalmente en estos casos es el propio proyecto de reparcelación el instrumento que efectúa

la separación de la parte interior y la exterior de la finca afectada mediante la oportuna segregación.

Sin embargo, en algunas ocasiones resulta preciso proceder a dicha separación con anterioridad a la redacción y aprobación del proyecto de reparcelación. Así sucederá, por ejemplo, en los casos en que el titular de la finca pretenda transmitir, antes de tal aprobación, la porción que efectivamente se encuentra dentro de los límites de la unidad reparcelatoria, desligándose así del expediente reparcelatorio pero conservando la propiedad de la parte exterior, acaso ajena a los intereses del adquirente.

La legislación urbanística, lejos de regular detenidamente las condiciones de la transmisión de derechos sobre la parte de finca interior al ámbito reparcelatorio, en general introduce un elemento de duda en esta operación al prohibir el otorgamiento de licencias de parcelación durante la tramitación del expediente reparcelatorio sin introducir matización alguna favorable de esta clase de negocios. Según la interpretación que se haga del alcance de esta prohibición, la misma puede constituir un obstáculo para efectuar la segregación o división de la finca que se encuentra en la situación que contemplamos con el fin de separar la parte interior de la exterior al ámbito y proceder a la transmisión de la primera.

En el presente comentario vamos a analizar los problemas que plantea esta clase de operaciones, así como las diversas fórmulas alternativas que pueden emplearse para la concreción jurídica y registral del objeto de la transmisión que represente la parte de finca registral interior al ámbito de que se trate, como son: la posibilidad de segregación o división de esta con anterioridad a su aportación al expediente, el empleo de la técnica del aprovechamiento urbanístico y la transmisión de cuotas indivisas.

## 2. Posibilidades de individualización registral de los derechos sobre la parte de finca interior a la unidad reparcelatoria

En las situaciones descritas se hace preciso concretar e individualizar la porción de la finca interior al ámbito con el fin de permitir su acceso al Registro de la Propiedad y el de su transmisión.

Esta individualización registral puede recaer sobre la finca en sí misma, mediante su segregación o división, pero también caben otras fórmulas alternativas. A su vez, estas operaciones pueden realizarse e inscribirse con anterioridad a la inscripción del proyecto de reparcelación o precisamente en virtud de este mismo instrumento.

Las circunstancias anteriores permiten acudir a dos criterios de clasificación de las operaciones de concreción a las que nos venimos refiriendo.

### *A) Por razón del objeto en que se concreta la porción interior*

Desde esta perspectiva, cabe distinguir tres objetos de derecho o modalidades de concreción del objeto de la transmisión:

a) La manera más simple —al menos teóricamente— de conseguir la individualización de los derechos correspondientes a la porción de suelo incluida en el ámbito en orden a su transmisión es proceder a la correspondiente división o segregación separando como fincas registrales independientes la exterior y la

interior para seguidamente transmitir la segunda, solución que debe que contrastarse, como adelantamos, con el régimen legal de suspensión o prohibición de licencias de parcelación.

b) Como alternativa al fraccionamiento de la finca registral, es posible operar, no con la materialidad de la misma, sino con los derechos que recaen sobre ella a fin de transmitir exclusivamente aquellos que se correspondan con la porción de suelo incluida en el ámbito sin necesidad de segregación o división. Nos referimos, en primer lugar, a la posibilidad de transmisión del aprovechamiento urbanístico que se atribuya a dicha porción por el planeamiento urbanístico vigente, supuesto en que el adquirente podrá intervenir en el proceso reparcelatorio en las mismas condiciones que cualquier propietario de suelo y obtener en él las fincas de resultado correspondientes al aprovechamiento adquirido.

c) La tercera modalidad de transmisión de los derechos sobre la superficie interior al ámbito, como alternativa a su fraccionamiento y transmisión de la finca interior y a la transmisión de unidades de aprovechamiento, consistiría en la enajenación de una cuota indivisa sobre la finca que representara la superficie de suelo interior y cuya aportación al proceso reparcelatorio daría lugar a la adjudicación de fincas de resultado al adquirente de dicha cuota.

*B) Por razón del título inscribible y del momento de la inscripción de la transmisión*

Como queda dicho, la inscripción de las operaciones que analizamos puede tener lugar con anterioridad a la inscripción del proyecto de reparcelación o bien en virtud de este.

Así, si se formaliza la segregación o división de la finca y la transmisión del suelo incluido en la unidad de ejecución y el título se inscribe antes que el proyecto, el adquirente podrá aportar su finca interior al proceso reparcelatorio como cualquier otro titular registral de suelo. Pero también es posible que el título en que se formalicen estas operaciones no se presente para su inscripción con anterioridad a la aprobación e inscripción del propio proyecto. En este segundo caso, aportado por el adquirente su título al expediente reparcelatorio, deberá ser considerado en él como propietario aunque aún no sea titular registral, siendo el proyecto título suficiente para hacer constar la inscripción de la correspondiente segregación de la finca de origen y su adquisición como paso previo para la posterior sustitución de la misma por la de resultado, por la vía de la subrogación real, y la inscripción de esta a nombre del adquirente.

Lo mismo cabría decir respecto de la transmisión de una cuota indivisa que representara la superficie interior al ámbito de la finca y respecto de la transmisión de las unidades de aprovechamiento correspondientes a dicha superficie. Si la inscripción de la transmisión fuera previa a la del proyecto de reparcelación, este se encargaría de realizar las correspondientes modificaciones de entidades hipotecarias y de considerar al adquirente como titular de la finca de origen y como adjudicatario de la de resultado que la sustituyera. Si, por el contrario, la transmisión de la cuota o del aprovechamiento no se hubiera inscrito, habría que aportar el título al proceso reparcelatorio para que el proyecto realizara las oportunas inscripciones y operaciones de modificación de entidades hipotecarias respecto de las fincas originarias, teniendo al adquirente por aportante y realizando directamente a su favor las adjudicaciones correspondientes.

### 3. La segregación de fincas por el proyecto de reparcelación

Los proyectos de reparcelación tienen la virtualidad de evitar los obstáculos que se ponen de manifiesto en el caso contemplado por la resolución objeto de este comentario. Como hemos visto, en él se aportó a la reparcelación la totalidad de una finca registral que, supuestamente, solo en parte estaba incluida en la unidad de ejecución, en lugar de aprovechar la eficacia del expediente de equidistribución para aislar la parte interior y limitar a ella la actuación, dejando al margen de ella el resto exterior al ámbito.

Cuando se pretendió la inscripción de la rectificación del supuesto error cometido, fueron dos las razones en las que se basó su rechazo: de un lado, la imposibilidad de acceder al reflejo registral de la modificación pretendida por referirse a una finca —la de origen o aportada— que jurídica y registralmente ha quedado extinguida y sustituida por las correlativas fincas de resultado y, de otro, la falta del consentimiento de los titulares registrales adquirentes de tales fincas de resultado, de la oportuna resolución judicial supletoria o de la revisión o modificación del proyecto a través de los cauces administrativos legalmente previstos al efecto.

Para salvar esta clase de inconvenientes, la legislación urbanística habilita a los proyectos de equidistribución para realizar la oportuna segregación de las fincas de origen como operación preliminar de la propiamente reparcelatoria; de este modo, lo aportado al expediente no es la totalidad de la finca registral parcialmente incluida en el ámbito, sino tan solo la parte resultante de dicha segregación que quede dentro de sus límites.

Esta posibilidad es prevista expresamente en el artículo 68.5 del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, según el cual «El título en cuya virtud se inscribe el proyecto de distribución de beneficios y cargas será suficiente para la modificación de entidades hipotecarias, rectificación de descripciones registrales, inmatriculación de fincas o de excesos de cabida, reanudación del tracto sucesivo, y para la cancelación de derechos reales incompatibles, en la forma que reglamentariamente se determine».

De igual modo, el artículo 8.2 del Real Decreto 1093/1997, por el que se dictan las normas complementarias al Reglamento Hipotecario en materia de inscripción de actos de naturaleza urbanística, establece que «La aprobación definitiva del proyecto de equidistribución será título suficiente para: (…) 2. La realización de las operaciones de modificación de entidades hipotecarias que sean precisas para la formación de las fincas que han de ser incluidas en la unidad de ejecución».

Por tanto, esta norma permite realizar las segregaciones que con la finalidad apuntada pudieran resultar precisas para la depuración física y jurídica de la unidad reparcelable, operaciones que, realizadas sobre las fincas de origen, constituyen un paso previo necesario para determinar los bienes y derechos aportados y proceder a la sustitución de aquellas fincas por las de resultado del proceso reparcelatorio mediante su distribución equitativa.

De este modo, cuando la finca afectada por el expediente solo lo está de manera parcial por no estar íntegramente incluida entera en el sector, ámbito o unidad de ejecución, el proyecto opera sobre ella la segregación correspondiente para que solo sea aportada al proceso reparcelatorio la finca segregada. En el apartado del proyecto de reparcelación relativo a la definición de las fincas de origen se hace constar la segregación de la finca registral matriz, con descripción de la parte interior —que será la finca aportada— y de la exterior —a la que no se extiende la actuación urbanística— y con expresión de las circunstancias

exigidas, en particular, en el artículo 9 de la Ley Hipotecaria, modificado por la Ley 13/2015, de 24 de junio, y en los artículos 47 y 51 de su Reglamento.

En este supuesto, el objeto concreto de la transmisión parcial podría consistir en la parte de finca interior en virtud de un título no inscrito que sería aportado al expediente de equidistribución y en el que se previera la constatación de la segregación por el futuro proyecto de reparcelación. Pero también sería posible la aportación al expediente de un título que documentara la transmisión de una cuota indivisa o del aprovechamiento de la finca que se correspondieran con la superficie efectivamente incluida en el ámbito para que el proyecto se encargara de realizar las segregaciones y adjudicaciones oportunas.

No obstante, estas operaciones también pueden constatarse registralmente con anterioridad a la inscripción del proyecto de reparcelación, lo que plantea una serie de problemas que se abordan en los apartados siguientes.

## 4. La inscripción de la segregación o división con carácter previo a la del proyecto de reparcelación

### *A) La licencia de parcelación y la declaración municipal de su innecesariedad*

La primera fórmula que vamos a analizar es la posible segregación o división de la finca afectada parcialmente por el expediente, realizadas por su titular antes de la aprobación del proyecto de reparcelación, con el fin de proceder a la transmisión de la porción resultante interior al ámbito, supuesto en que será el adquirente quien la aporte al proceso como cualquier otro titular registral de fincas originarias.

Estas operaciones de fraccionamiento de suelos deben sortear un primer obstáculo: el relativo al cumplimiento de los requisitos urbanísticos, entre los que destaca la exigencia de la previa obtención de la correspondiente licencia de parcelación recogida desde antiguo por la legislación del suelo, tanto estatal como autonómica.

El artículo 26.2 del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana establece al respecto lo siguiente:

«La división o segregación de una finca para dar lugar a dos o más diferentes solo es posible si cada una de las resultantes reúne las características exigidas por la legislación aplicable y la ordenación territorial y urbanística (…).

En la autorización de escrituras de segregación o división de fincas, los notarios exigirán, para su testimonio, la acreditación documental de la conformidad, aprobación o autorización administrativa a que esté sujeta, en su caso, la división o segregación conforme a la legislación que le sea aplicable. El cumplimiento de este requisito será exigido por los registradores para practicar la correspondiente inscripción (…)».

La norma transcrita hace clara referencia a la licencia de parcelación prevista por las leyes urbanísticas autonómicas, pero también debe entenderse incluida en ella la declaración municipal de innecesariedad contemplada en algunas de ellas como alternativa a dicha licencia, posibilidad que fue introducida de manera expresa por el artículo 259.3 del texto refundido de la Ley del Suelo de 1992, de tal modo que la propia exigencia de la licencia lleva implícita la posibilidad de proceder a la inscripción de la parcelación mediante aquella declaración municipal, como ha admitido desde antiguo la Dirección General de los Registros y del Notariado, por ejemplo, en sus resoluciones de 16 de junio y 12 de julio de 1995.

Por su parte, el Real Decreto 1093/1997 se refiere a ambos instrumentos en su artículo 78, según el cual «Los Registradores de la Propiedad exigirán para inscribir la división o segregación de terrenos, que se acredite el otorgamiento de la licencia que estuviese prevista por la legislación urbanística aplicable, o la declaración municipal de su innecesariedad, que deberá testimoniarse literalmente en el documento».

El problema surge cuando no resulta posible la obtención de licencias de parcelación como sucedería, por ejemplo, en los casos de suspensión del otorgamiento de licencias, en los casos en que no esté todavía aprobada la ordenación pormenorizada o en los de contravención de las normas sobre parcela mínima, supuestos que pasamos a exponer.

### *B) Posibles obstáculos para la obtención de licencia de parcelación*

Nos referimos en este apartado a varias circunstancias que pueden dificultar la obtención de la licencia, así como a las posibilidades de sortearlas.

En primer lugar, normalmente las leyes autonómicas prohíben los actos de parcelación urbanística en el suelo urbano no consolidado y en el urbanizable sectorizado o programado en tanto no se haya aprobado la correspondiente ordenación pormenorizada[1]. Por tanto, de concurrir este supuesto de hecho, habría de acudirse a las fórmulas alternativas de concreción a que se refieren los apartados siguientes para la separación y transmisión de la parte de finca interior al ámbito.

En segundo término, hemos de referirnos también a las normas autonómicas en materia de parcela mínima. Si la pretendida segregación o división no cumpliera los requisitos legales relativos a ella, no sería posible la segregación o división por lo que también en estos casos habría de acudirse a las fórmulas alternativas aludidas.

El tercero de los posibles obstáculos anunciados viene determinado por la suspensión de licencias regulada en las leyes del suelo autonómicas, que suelen contemplar dos supuestos: la suspensión por la aprobación inicial del planeamiento urbanístico y la vinculada a los procesos reparcelatorios.

La suspensión de licencias en el seno de la tramitación de los instrumentos de planeamiento no es relevante a los efectos de este comentario porque opera precisamente hasta el momento de la aprobación definitiva del plan correspondiente, que determina el momento a partir del cual puede iniciarse el proceso de gestión urbanística.

Por tanto, nos centraremos en el segundo supuesto de suspensión, que tiene lugar en la fase de gestión al iniciarse el proceso reparcelatorio, inicio que la legislación aplicable suele situar en el momento de la aprobación definitiva de la delimitación de la unidad reparcelatoria. Producida esta, se prohíbe el otorgamiento de las licencias de parcelación —entre otras— hasta el fin de la operación reparcelatoria. Así, el artículo 104.1 del Real Decreto 3288/1978, de 25 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de Gestión Urbanística, dispone que «La iniciación del expediente de reparcelación llevará consigo, sin necesidad de declaración expresa, la suspensión del otorgamiento de licencias de parcelación y edificación en el ámbito del polígono o unidad de actuación hasta que sea firme en vía administrativa el acuerdo aprobatorio de la reparcelación».

Ahora bien, entendemos que esta suspensión no debe impedir la segregación o división que estamos tratando por las razones que exponemos seguidamente.

*C) La posible inoponibilidad de la suspensión de licencias a la segregación o división de la finca dirigida a separar la superficie interior y exterior a las unidades de ejecución*

A nuestro juicio, hay razones para sostener que la suspensión del otorgamiento de licencias de parcelación debida a la delimitación de la unidad de ejecución no serían aplicables a las concretas circunstancias de las segregaciones o divisiones que estamos contemplando, esto es, a las de aquellas operaciones que persiguen sencillamente separar la parte de finca afectada por la actuación de aquella que queda fuera del ámbito correspondiente.

Así resultaría, en primer lugar, del criterio lógico, al que se refiere el artículo 3.1 del Código civil cuando dispone que en la labor interpretativa ha de atenderse «fundamentalmente al espíritu y finalidad» de la norma. Si se atiende a este criterio o elemento hermenéutico, resulta que el espíritu y finalidad de las normas de suspensión que estamos considerando es evitar el excesivo fraccionamiento de las fincas incluidas en la unidad de ejecución de que se trate, de tal manera que quedan fuera de la *ratio* de las mismas aquellas modificaciones de las entidades hipotecarias que no impliquen tal fraccionamiento. Y este sería precisamente el caso de las segregaciones y divisiones que contemplamos, ya que tales operaciones no supondrían fraccionamiento alguno «dentro» de la unidad de ejecución, sino que solo operarían «por fuera» precisamente para separar las fincas parcialmente incluidas en ella sin afectar a su parte interior. Esta idea se refuerza aún más si se tiene presente que la subsiguiente fase de ejecución de la unidad va a conllevar inevitablemente, mediante la correspondiente reparcelación, que se proceda a la separación de la parte interior y la exterior de la finca, por lo que no tiene sentido impedir que tal separación pueda realizarse de manera anticipada. No se olvide que la suspensión de licencias a que nos referimos dura hasta la firmeza en vía administrativa de la operación reparcelatoria, operación cuyo contenido en relación con las fincas parcialmente incluidas en una unidad de ejecución tiene como presupuesto ineludible la división o segregación de esta clase de fincas, que constituye un paso previo necesario para realizar la operación reparcelatoria como tal, según prevé el artículo 8.2 del Real Decreto 1093/1997, ya referido. En consecuencia, en modo alguno podría decirse que la separación de fincas registrales de que se trata resulta contraria al planeamiento de cuya ejecución se trate.

Esta tesis resulta acorde con la finalidad de la suspensión de licencias que, como se desprende de la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) de 29 de mayo de 1990 *(RJ* 1990, 4288), consiste en evitar la realización de operaciones «que pueden prejuzgar la imputación de propiedades y resultar contradictorias con la ordenación de linderos y superficies que resulten de la nueva distribución de parcelas propuesta por el proyecto de reparcelación». No en vano, el apartado 2 del citado artículo 104 del Reglamento de Gestión Urbanística aclara que «se entenderán comprendidas en la suspensión todas las licencias de obras de nueva planta o reforma de las edificaciones existentes, movimientos de tierras y cualesquiera otras que afecten a la configuración física de las fincas o puedan perturbar el resultado de la reparcelación en curso»; es evidente que la división o segregación de que tratamos no solo no puede perturbar la reparcelación sino que, al contrario, la facilita al hacer coincidir la realidad jurídica de las fincas con la unidad reparcelable.

A idéntica conclusión cabe llegar mediante la aplicación del criterio literal de interpretación ya que el artículo 104.1 del Reglamento de Gestión limita la sus-

pensión a los «terrenos interiores al ámbito del polígono o unidad de actuación», de modo que tratándose de una finca cuyos linderos sobrepasen los límites del ámbito que se ejecuta, la segregación o división coincidente con tales límites no implicaría parcelación alguna de dichos terrenos interiores.

En definitiva, entendemos que, aunque la solución que preconizamos no se encuentra reflejada de manera explícita en la legislación urbanística, sí se desprende implícitamente de ella y es una consecuencia lógica del sistema de suspensión de licencias durante la reparcelación. Por eso no sorprende que dicha solución sí haya sido recogida con claridad en algunas normas autonómicas como tal consecuencia necesaria, como es, por ejemplo, el caso de la legislación canaria: si bien el artículo 281.1 de la Ley 4/2017, de 13 de julio, del Suelo y de los Espacios Naturales Protegidos de Canarias dispone que «la delimitación de la unidad de actuación coloca los terrenos en situación de reparcelación, con prohibición de otorgamiento de licencias de parcelación y edificación hasta la firmeza en vía administrativa de la operación reparcelatoria», se exceptúa de esta prohibición el caso de la previa segregación de fincas parcialmente incluidas en la unidad reparcelable, en los términos del artículo 35.4 del Decreto 183/2018, de 26 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Gestión y Ejecución del Planeamiento de Canarias, según el cual «cuando la superficie afecta a la actuación sea inferior a la superficie registral determinada en función de sus linderos, la segregación correspondiente se practicará en el propio instrumento reparcelatorio, debiendo contener al efecto un apartado específico para la descripción del resto de la finca no afectada por la reparcelación. El propietario afectado podrá proceder también a la previa segregación de la finca mediante la pertinente licencia, incorporando al proceso la finca ya segregada». Esta posibilidad de obtención de licencia es aplicable una vez iniciado el expediente reparcelatorio y, por consiguiente, estando vigente la regla general de prohibición de su otorgamiento, de la cual, por tanto, la norma reglamentaria constituye una excepción lógica.

De igual modo, el artículo 20 del Decreto 64/2014, 13 de mayo, que aprueba el Reglamento sobre protección de la legalidad urbanística de Cataluña, establece que «se pueden dividir los terrenos comprendidos en un ámbito de actuación urbanística para constituir fincas de conformidad con las determinaciones del planeamiento urbanístico que detalle la ordenación del suelo», añadiendo seguidamente que «se pueden dividir los terrenos comprendidos en una finca afectada parcialmente a la ejecución de un ámbito de actuación urbanística para aportar el lote correspondiente a la gestión inmediata de este ámbito, aunque el lote restante no reúna las características de solar o, en su caso, que su superficie sea inferior a la unidad mínima de cultivo o forestal, según corresponda».

Por otro lado, el criterio que venimos sosteniendo es idéntico al seguido por el Consejo Consultivo de Aragón en su Dictamen 68/2014, de 20 de mayo, cuando afirma que «En el caso planteado, aunque no consta suficientemente acreditado, existen indicios que ponen de manifiesto que la segregación autorizada, lo que hizo es separar el ámbito superficial sujeto a la reparcelación de aquel otro no afectado por la misma (así lo declara el titular de la autorización y así se infiere de la expresión utilizada por la licencia en referencia a la parte segregada como «terreno en la partida de la Era, incluido dentro del SAU2 de las Normas Subsidiarias de Fiscal, de una superficie de 1.191 metros cuadrados»). En tal supuesto, incluso carecería de sentido la objeción principal del solicitante de la revisión, pues la prohibición legal de otorgamiento de licencias que predica lo es en referencia a los terrenos afectados por la reparcelación y, en nuestro caso no se segrega ningún terreno afectado por la reparcelación. No se produce división

alguna dentro del límite superficial de la SAU2 y sí, solamente, se separa el terreno afectado por la reparcelación de aquel otro en el que no incide el expresado instrumento urbanístico.

Por otra parte, como expuso la mercantil «B» en trámite de audiencia, la finalidad de la reparcelación es equidistribuir beneficios y cargas en el ámbito de que se trate. Y dicha equidistribución no queda alterada en modo o manera alguna con la segregación autorizada. Y, efectivamente, hemos de valorar que la finalidad de la reparcelación la constituye el «distribuir justamente los beneficios y las cargas de la ordenación urbanística, regularizar la configuración de las fincas, situar su aprovechamiento en zonas aptas para la edificación con arreglo al planeamiento y localizar sobre parcelas determinadas y en esas mismas zonas el aprovechamiento que corresponda al municipio, en su caso» (hoy, art. 147.2 LUA09). Y de los alegatos presentados por la solicitante de la revisión no se muestra, no se expone, ni cabe inferir en modo alguno que hayan sido o puedan ser vulneradas o incumplidas alguna de las citadas finalidades con la autorización de segregación que se quiere invalidar».

Finalmente, en apoyo de esta tesis cabe citar también la resolución de la Dirección General de 27 de enero de 2012, cuando afirma lo siguiente: «los notarios y los registradores de la propiedad no podrán autorizar e inscribir, respectivamente, escrituras de división, parcelación o segregación de fincas o terrenos en cualesquiera de las clases de suelo, incluida la de suelo no urbanizable, sin la acreditación de la preceptiva licencia municipal, que deberá testimoniarse por los primeros en la correspondiente escritura. Alternativamente podrán exigir y testimoniar el certificado administrativo de la innecesariedad de la licencia. La Administración expedirá este certificado de innecesariedad de la licencia bien cuando la división o segregación sea consecuencia o presupuesto de proyectos de reparcelación u otros actos necesarios para la mejor ejecución del planeamiento o de las obras públicas, bien cuando denunciada la mora en el otorgamiento de la licencia para segregar, en la forma y en los plazos previstos para las licencias de obra mayor y acompañando a la denuncia los títulos de propiedad y la documentación expresiva de la segregación pretendida, el Ayuntamiento o el órgano competente para conocer del asunto advierta que ha transcurrido el tiempo para resolver expresamente y no aprecie en la división pretendida infracción manifiesta de una prohibición legal». Resulta razonable entender que la división o segregación que constituye «presupuesto de la reparcelación» no es otra que aquella que tiene por objeto individualizar la parte de finca registral interior a la unidad para hacerla coincidir con ella.

## 5. La técnica del aprovechamiento urbanístico interior, su transmisión y su inscripción registral

Una fórmula alternativa a la segregación o división de la finca sería la concreción de la parte interior a la actuación refiriendo su transmisión, no al suelo, sino al aprovechamiento urbanístico correspondiente a aquella parte.

La concepción del aprovechamiento urbanístico como objeto de derecho, cuestión que fue tratada por la doctrina[2] ya desde los pasados años 80, inició su recepción en la jurisprudencia del Tribunal Supremo a partir de la sentencia de 18 de mayo de 1987 (Ar. 5532) en la que se puso de manifiesto la que fue denominada «espiritualización, por decir mejor, la desmaterialización del derecho de propiedad, pues el suelo que pertenece a una persona es solo un dato para determinar el contenido del derecho».

A su vez, sin perjuicio del carácter estatutario del derecho de la propiedad en el ámbito urbanístico y la consideración como supuesto indemnizatorio del debido a la alteración del planeamiento cuando por encontrarse en la fase final de su ejecución se entendiera consumada la incorporación del aprovechamiento al dominio, la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado viene reconociendo, en línea con la actual regulación del artículo 26.1.a) del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, que «nada impide, en vía de principios, que sea el aprovechamiento, y no la finca, el objeto del negocio ni que el aprovechamiento se disocie de la propiedad de la finca de que procede», a lo que se añade que se trata de «bienes jurídicos de contenido patrimonial actual e independiente y no simples derechos expectantes que hayan de concretarse en un fundo determinado, siendo derechos perfectamente transmisibles de forma aislada»[3].

Una vez determinada la superficie de finca que efectivamente estuviera incluida en la unidad reparcelable, se trataría de calcular el aprovechamiento urbanístico que correspondiera a dicha parte interior y transmitirla a un tercero, todo ello antes de la aprobación del proyecto de reparcelación.

La inscripción del aprovechamiento debe respetar, naturalmente, los principios hipotecarios. En particular, el principio de especialidad exige que se acredite la existencia del aprovechamiento de cuya inscripción se trata y que se identifique debidamente el suelo de donde se genera. Parece que la cuantificación del aprovechamiento debe realizarse mediante la correspondiente certificación del Ayuntamiento de la que resulte el número de unidades de aprovechamiento correspondientes. Así parece entenderlo el Real Decreto 1093/1997, que en su artículo 42.1, relativo a la ocupación directa, contempla como título inscribible la certificación municipal en que consten las circunstancias que enumera, entre las cuales la letra e) incluye la «descripción de las fincas o partes de fincas objeto de ocupación junto con plano de las mismas, sus datos registrales, la superficie ocupada, las unidades de aprovechamiento que le correspondan y la unidad de ejecución donde han de hacerse efectivos estos aprovechamientos». En esta línea, la resolución de 13 de abril de 2016 señala que la determinación del aprovechamiento de la finca «no queda sin más sometida a la voluntad del titular o de los titulares de la mismas, sino que en todo caso requerirá su conformidad con la legislación y el planeamiento urbanístico circunstancias que solo podrán acreditarse mediante la intervención de la Administración actuante».

En cuanto a la forma de inscripción del aprovechamiento, entendemos que cabe sostener la apertura al mismo de folio registral independiente por la vía prevista en el artículo 39.4 del Real Decreto 1093/1997, según el cual «El aprovechamiento urbanístico se inscribirá como finca especial disgregada del suelo y mediante apertura de folio independiente, en los siguientes casos: (…) 4. En los sistemas de gestión privada en que la ejecución de la urbanización corresponde a los particulares, cuando una cuota de valor de las mismas se haga constar en unidades convencionales de aprovechamiento y se adjudiquen estas a empresas urbanizadoras o se transmitan por cualquier título a tercero, antes de la aprobación definitiva del proyecto de equidistribución correspondiente».

Por lo tanto, el aprovechamiento de la finca interior a la unidad de ejecución sería susceptible de transmisión a un tercero y de abrir folio registral como finca independiente del suelo. En este caso, la finca de origen o aportada a la reparcelación sería la registral correspondiente al aprovechamiento, posibilidad expresamente prevista por el Real Decreto 1093/997 cuando dispone en su artículo 4, párrafo primero, que «quedarán sujetos al procedimiento de equidistribución

que resulte aplicable las fincas, partes de fincas o derechos de aprovechamiento urbanístico, comprendidos dentro de los límites de la unidad de ejecución (…)». Y tal aportación del aprovechamiento como finca de origen dará lugar a la adjudicación de las correspondientes fincas de resultado.

Por lo demás, ya vimos que aun en el caso de no haberse inscrito el título adquisitivo del aprovechamiento con anterioridad a la inscripción del proyecto de reparcelación, no parece haber obstáculo alguno en admitir la posibilidad de que dicho título sea aportado al expediente para que sea tenido en cuenta a los efectos de la distribución de las fincas de resultado. Si el proyecto de equidistribución puede lo más, como es inmatricular fincas que no tuvieran reflejo registral alguno previo, no es difícil entender que también puede lo menos, como reflejar la transmisión del aprovechamiento no inscrita previamente.

### 6. La transmisión e inscripción de cuotas indivisas que prefiguren la futura separación de la parte interior y exterior de la finca

En este último apartado nos ocupamos de la que en nuestra opinión puede constituir una tercera modalidad de concreción de los derechos sobre la parte de finca interior a la unidad de ejecución en orden a su transmisión: la que opera sobre cuotas indivisas. De este modo, el propietario de una finca parcialmente incluida en un ámbito reparcelatorio puede transmitir, en lugar del suelo interior —previa la correspondiente segregación o división— y en lugar del aprovechamiento, una cuota indivisa sobre dicha finca que se corresponda con dicho suelo. Se constituiría así entre el transmitente y el adquirente una comunidad de bienes transitoria que se disolvería con el proyecto de reparcelación, en el cual se adjudicaría la finca de resultado al adquirente de la cuota.

Esta posibilidad se encuentra admitida, si bien con carácter incidental, por la resolución de la Dirección General de 13 de abril de 2016, cuando señala lo siguiente: «si la Administración autoriza la transferencia por entender correctos, conforme a la legislación aplicable, tanto los aprovechamientos atribuidos a las fincas como su transmisión, no habría inconveniente en abrir folio independiente de conformidad con el artículo 39.4 y 43 del Real Decreto 1093/1997 (…). En caso contrario lo procedente sería la transmisión de una cuota en proindiviso de la finca originaria, lo que permitiría al adquirente de dicha cuota intervenir en el procedimiento para conseguir la adjudicación de la finca resultante de la actuación».

En estos casos habría que especificar en el título que la cuota transmitida se corresponde con la parte de finca incluida en el ámbito y que en el expediente reparcelatorio la disolución de la comunidad dará lugar a las segregaciones que procedan y al reconocimiento, a favor del adquirente, del derecho a recibir las fincas de resultado procedentes de ella.

Al igual que sucede con las modalidades analizadas en los apartados precedentes, cabrían dos posibilidades en orden a la inscripción de la transmisión de la cuota: esta inscripción podría tener lugar en virtud de la del propio título reparcelatorio, o bien con anterioridad a la constatación registral de este.

En este último caso, es decir, si la inscripción del título traslativo de la cuota indivisa accediera al Registro antes que el proyecto de reparcelación, cabría preguntarse sobre la posibilidad de inscripción de los pactos relativos a la distribución material de las partes de finca registral resultantes de la división de la cosa común que tendría lugar en el propio proyecto. Sin embargo, debe tenerse

en cuenta que las normas reguladoras de la comunidad de bienes, y entre ellas las referentes a la división de la cosa común, son subsidiarias de lo que se establezca en los pactos o disposiciones especiales a los que se refiere el artículo 392, párrafo segundo, del Código civil, que constituyen por tanto la principal fuente jurídica de sus reglas de funcionamiento.

Teniendo en cuenta lo precedente, la Dirección General admite desde antiguo la inscripción del régimen estatutario de la comunidad de bienes y, dentro de él, en particular lo referente a la forma de su disolución. Así, por ejemplo, la resolución de 18 de abril de 1988, relativa a la usualmente conocida como «comunidad valenciana» así lo entiende afirmando que el régimen pactado se hace constar «en el folio de la finca común, en cuanto acuerdo modificativo del régimen de la comunidad (cfr. art. 2, numero 2, de la Ley Hipotecaria)».

De modo análogo, la resolución de 4 de diciembre de 2004 considera inscribible una escritura por la que los copropietarios de una finca establecen las reglas de funcionamiento de una comunidad al amparo del artículo 7 del Reglamento Hipotecario, a las que califica como «estatutos de la comunidad».

De esta manera sería posible la inscripción de la transmisión de la cuota indivisa con expresión del régimen de comunidad estipulado, sin que en este caso resulte exigible la licencia de parcelación o la declaración municipal de innecesariedad, a menos que se hubiera estipulado la asignación de derechos de uso exclusivo de zonas determinadas de la finca, estipulación que sí podría encubrir una verdadera parcelación según ha reiterado la Dirección General en sus resoluciones de 6 de septiembre de 2016 y de 22 de marzo de 2018, entre otras muchas.

## NOTAS

[1] Es el caso, por ejemplo, del artículo el artículo 145.3 de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid.

[2] LASO MARTÍNEZ, J. L., Ed. Montecorvo, 1982.

[3] Resoluciones de 14 de junio de 2011, 13 de abril y 22 de julio de 2016 y 17 de marzo de 2017.

# ACTUALIDAD JURÍDICA

# Información de actividades

## ANDALUCÍA

El día 7 de junio de 2019 en la Facultad de Ciencias del Trabajo de Sevilla, pronunció una conferencia D.ª Margarita ARANDA MÍNGUEZ Registradora de la Propiedad de Ibi (Alicante), sobre el tema *«Registro de la Propiedad y protección de datos».*

Organizada por la Cátedra de Derecho Registral de la Universidad de Sevilla y el Departamento de Derecho civil e Internacional Privado.

El miércoles 12 de junio, organizada por la Cátedra Bienvenido Oliver de Derecho Registral de la Universidad de Córdoba, el decano del Ilustre Colegio de Abogados de Córdoba, el director de la Cátedra Bienvenido Oliver de Derecho Registral de la Universidad de Córdoba y la directora de la Escuela de Práctica Jurídica «Rafael YLLESCAS MELENDO», se celebró la conferencia impartida por el Ilmo. Sr. D. Juan José PRETEL SERRANO, registrador de la propiedad y mercantil, decano territorial del Colegio de Registradores de Andalucía Occidental, con el título: *«La gestación subrogada. Perspectiva política y jurídica».*

Se ha celebrado en Sevilla el:
V CONGRESO NACIONAL DE REGISTRADORES DE ESPAÑA

Programa:
Jueves 3 de octubre

9:00-10:00 h. Acreditación de asistentes
10:00-10:45 h. Inauguración del Congreso
10:45-11:30 h. Conferencia inaugural

Juan GONZÁLEZ MELLIZO. *Representación de la Comisión Europea en España*

Coordinadores del Congreso:
Enrique MASIDE PÁRAMO. Vocal de Relaciones Institucionales del Colegio de Registradores
Sebastián DEL REY BARBA. Vocal de Responsabilidad Social Corporativa del Colegio de Registradores.

BLOQUE: *INNOVACIÓN TECNOLÓGICA*

12: 00-13: 00 h. MESA 1: *LA INNOVACIÓN EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS*

Ponentes:
Carlos BALMISA. Director del Departamento de Control Interno. Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.
Miguel Ángel BERNAL. Profesor titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Zamora. Ex Director General de Patrimonio de Aragón.
Sofía DUARTE DOMÍNGUEZ. Directora General de Modernización de la Justicia. Desarrollo Tecnológico y Recuperación. Gestión de Activos.
Luis CLAVO-PARRA MARTÍNEZ. Inspector de Hacienda del Estado.

Modera: Silvino NAVARRO. Registrador de la propiedad. Comisión de Innovación CORPME.

13:00-14:00 h. MESA 2. *TECNOLOGÍA Y MEDIOS DE COMUNICACIÓN*

Ponentes:
Guillermo CID. Redactor en El Confidencial Tebanadas.
Mar CABRA VALERO. Periodista. Miembro del Consorcio Internacional de Periodistas de Investigación (ICI) y de la Junta directiva de la *Global Editors Networtk.*
Susana BLÁZQUEZ. Editora fundadora BckE *Blockchain* Economía.
Eugenio MALLOL. Director editorial de Innovadores by Inndux.

Modera: Borja ADSUARA. Profesor, abogado y consultor experto en Derecho, Estrategia y Comunicación Digital.

16:00-17:00 h. MESA 3. *BLOCKCHAIN: RETOS Y POSIBILIDADES*

Ponentes:
Miguel CABALLERO. CEO Tutellus.

Montserrat GUARDIA GÜELL. Directora General de Alastria. Presidenta de la *Quantum Blockchain Alliance.*
Almudena DE LA MATA. *Managing partner Blockchain Intelligence/BI Law Institute. Co-founder Innovation for Change, Impact Hub.*
Carmen PASTOR. Directora BAES *Blockchain Labs.* Profesora de Derecho mercantil.

Modera: María CURTO. Registradora de la propiedad. Comisión Innovación CORPME

17:00-18:00 h. MESA 4. *BLOCKCHAIN JURÍDICO: PRUEBA DE IDENTIDAD*

Ponentes:
Yolanda RÍOS. Magistrada. Directora del Grupo del Consejo del Poder Judicial especializado en Blockchain Observatory.
Cristina CARRASCOSA. Of *Counsel Pinsent Masons. Core Working Group Blockchain Observatory.*
Rafael FERNÁNDEZ MORLANES. Fiscal. Miembro de la Comisión de Investigación Tecnología *Blockchain* del Consejo del Poder Judicial.
Pablo FERNÁNDEZ BURGEUÑO. Director del Bufete SmartHC y cofundador de *NevTrace y Abanlex.*

Modera: Jesús SIEIRA. Registrador de la propiedad. Comisión Innovación CORPME.

Viernes 4 de octubre

10:00-11:00 h. MESA 5. *AI & DATA ANALYTICS*

Ponentes*:*
Carlos TABERNERO. Socio de Sector Público de Everis
Moisés BARRIO. Letrado del Consejo de Estado
Gloria SÁNCHEZ. Directora de Transformación de la Asesoría Jurídica del Banco Santander
Pablo HAYA. Director del Área de *Social Business Analytics* (SBA) del Instituto de Ingeniería del Conocimiento (IIC)

Modera: Diego HERMOSO. Registrador de la propiedad

11: 00-12:00 h. MESA 6. *LA INNOVACIÓN EN EL ÁMBITO INMOBILIARIO*

Ponentes:
Rosa GARCÍA TERUEL. Prof. Dra. Universidad Rovira i Virgili
Manuel GÓMEZ. Director General de Control y Riesgos. Sareb
Vicente ORTIZ. Socio Vicente Ortiz & Co *Lawyers.* Fundador de EDP *Innovation Partners.*
Miguel LINERA ALPERI. CEO & *Co-founder* en AREX *Real Estate Technologies.*

Modera: Jimena CAMPUZANO. Registradora de la propiedad. Comisión de Innovación CORPME.

12:30-13:30 h. MESA 7. *LA INNOVACIÓN TECNOLÓGICA AL SERVICIO DE LA SOCIEDAD*

Ponentes:
Toni FERRER. PSOE
Teodoro GARCÍA EGEA. Partido Popular
Ignacio PRENDES. Ciudadanos
Esperanza GÓMEZ CORONA. Podemos
Ricardo CHAMORRO. Vox.

Modera: José M.ª DE PABLOS. Director del Servicio de Sistemas Información del Colegio de Registradores.

13:30-14:30 h. MESA 8. *LEGAL TECH*

Ponentes:
María Jesús GONZÁLEZ-ESPEJO. Socia Directora de *Emprendelaw* y cofundadora del Instituto de Innovación Legal.
Mirari BARRENA. *Legal Fintech&Blockchain.* Directora *Blockhain* Deusto *Business School*
Jorge MORELL. Abogado. Fundador de *Legaltechies* y de términosycondiciones.es
Gonzalo GARCÍA-VALDECASAS. Socio Écija Abogados.

Modera: Carlos TOCINO. Registrador de la propiedad. Comisión de Innovación CORPME.

15:30-16:00 h. Acto de clausura del congreso

María ANDRÉS MARÍN. Directora de la Oficina del Parlamento Europeo en España.

Ana GALLEGO. Directora General de Cooperación Jurídica Internacional.
Pedro GARRIDO. Director General de los Registros y del Notariado.

Coordinadores del Congreso:
Enrique MASIDE PÁRAMO. Vocal de Relaciones Institucionales del Colegio de Registradores
Sebastián DEL REY BARBA. Vocal de Responsabilidad Social Corporativa del Colegio de Registradores.

El día 28 de octubre de 2019, se celebró en la Facultad de Derecho de Sevilla, la conferencia impartida por la Profesora Dr.ª Monika NIEDERMAYR. Profesora titular de Derecho civil. Universidad de Innsbruck (Austria), sobre el tema «El ABGB austríaco y el sistema registral en Austria».

Organizan: la Cátedra de Derecho registral de la Universidad de Sevilla y el Departamento de Derecho civil e Internacional Privado.

## ARAGÓN

El día 16 de septiembre, dentro del solemne Acto de Apertura del Curso Académico de la Universidad de Zaragoza, tuvo lugar la conferencia «*El conocimiento es poder: Alianzas para la Innovación»* a cargo del Dr. John TRACY, doctor en Física por la *California State University-Dominguez Hills,* doctor en Ingeniería por la University of California-lrvine y vicepresidente y director de Tecnología de *The Boeing Company* de 2006 a 2016, actualmente jubilado.

El día 19 de septiembre, dentro del Acto de la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación que dio comienzo al nuevo curso académico, la académica electa y magistrada del Tribunal Supremo, doña María Ángeles PARRA LUCÁN, pronunció la conferencia «*Hacia una reforma del régimen de la discapacidad: La doctrina del Tribunal Supremo y la Convención de Nueva York*».

El día 30 de septiembre, el Consejo Económico y Social de Aragón presentó el Informe sobre la situación económica y social de Aragón en 2018, en el mismo don José Luis ESCRIVÁ, presidente de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal (AIReF) pronunció la conferencia «*Demografía: Uno de los grandes retos de la economía española*».

El día 3 de octubre, la Fundación Manuel GIMÉNEZ ABAD de Estudios Parlamentarios y del Estado de Derecho, organizó, en colaboración con la Asociación de Comunicación Política la Jornada: «La nueva opinión pública» con el siguiente programa:

Inauguración a cargo de don José TUDELA ARANDA, secretario general de la Fundación, y de doña Verónica FUMANAL, presidenta de la Asociación.

Conferencia magistral a cargo de doña Berta BARBET, Investigadora post-doctoral en *Democracy, Electrion and Citizenship* (UAB). Editora de @politikon.es.

Mesa redonda de académicos:

Don Toni AIRA, Universidad Pompeu Fabra
Don Carlos ARCILA, Universidad de Salamanca
Doña Paloma PIQUEIRAS, Universidad Complutense de Madrid

Moderador don Francisco SEOANE, Universidad Carlos III de Madrid.

Coloquio

Mesa redonda de consultores:
Doña Verónica FUMARAL, Presidenta de ACOP
Don Nacho CORREDOR, Consultor Político
Don Xavier PEYTIBI, Consultor, Ideograma

Moderador don Francisco SEOANE, Universidad Carlos III de Madrid.

Coloquio

Clausura

En el mes de octubre, el Grupo de Investigación y Desarrollo del Derecho civil de Aragón, de la Universidad de Zaragoza, organizó la Reunión científica de los investigadores del Grupo IDDA - Avance en el conocimiento, con el siguiente programa:

Viernes, 4 de octubre

*Fiscalidad y Derecho civil aragonés*
Don Francisco POZUELO ANTONI, director general de Tributos del Gobierno de Aragón

*La reforma del Derecho navarro*
Doña María Ángeles EGUSQUIZA BALMASEDA, catedrática de Derecho civil, Universidad Pública de Navarra

*La libertad de testar y sus límites*
Dra. Doña María Elena BELLOD FERNÁNDEZ PALENCIA, profesora titular de Derecho civil, Universidad de Zaragoza
Dr. Don Antoni VAQUER ALOY, catedrático de Derecho civil, Universidad de Lleida

Viernes 18 de octubre

*La competencia en materia de fuentes del Derecho civil foral o especial «Standum est chartae»*
Dra. Doña Carmen BAYOD LÓPEZ, catedrática de Derecho civil, Universidad de Zaragoza
D. Ignacio MARTÍNEZ LASIERRA, magistrado Sala de lo civil y penal del TSJA

*El artículo 80 del COFA: ajustes y desajustes*
Dr. Don José Antonio SERRANO GARCÍA, catedrático de Derecho civil, Universidad de Zaragoza
D. Julián Carlos ARQUÉ BESCÓS, magistrado APZ (sección 2.ª)
D. Fernando BARINGO GINER, abogado, Zaragoza

*Derecho civil aragonés: Observancia en Notarías y Registros*
Dra. Doña Aurora LÓPEZ AZCONA, prof. titular de Derecho civil, Universidad de Zaragoza
Don Fernando AGUSTÍ BONAGA, notario, Calatayud
Doña Carmen LERMA RODRIGO, registradora de la propiedad, La Almunia de doña Godina

Viernes 25 de octubre

*Ética y Derecho: Big data e inteligencia artificial*
Dr. Don Miguel L. LACRUZ MANTECÓN, profesor titular de Derecho civil, Universidad de Zaragoza
Dr. Don Andrés GARCÍA INDA, profesor titular de Filosofía del Derecho, Universidad de Zaragoza
Dr. Don Pedro BUESO GUILLÉN, profesor titular de Derecho mercantil, Universidad de Zaragoza

# RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS

CARTWRIGHT, J., *Introducción al Derecho inglés de los contratos,* (Traducción: Juan Pablo Murga Fernández. Edición: Francisco Capilla Roncero, T.O.: *Contract law: An introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer*, 3.ª edición, Hart Publishing, 2016), Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019.

por

MANUEL ESPEJO LERDO DE TEJADA
*Catedrático de Derecho civil. Universidad de Sevilla*

El libro constituye una exposición del Derecho de contratos inglés realizada de un modo profundo, pero concebida para su perfecta comprensión por juristas formados en una tradición jurídica continental, muy diversa a la inglesa, como expresa el título original del mismo, que no ha conservado la versión española. Su autor reúne las condiciones idóneas para realizar este propósito con toda la competencia, precisión y claridad con que lo ha llevado a cabo, pues conoce de primera mano tanto el derecho inglés como la mentalidad jurídica continental; no en vano ha desempeñado durante muchos años sus tareas docentes como Profesor de Derecho de los contratos en la Universidad de Oxford, y también ha sido profesor en las Universidades de Leiden y Panthéon-Assas de París (en la que sigue impartiendo docencia actualmente), y ha investigado con gran rigor sobre el Derecho comparado.

A lo largo de toda la obra se advierte un manejo muy seguro y bien informado de esta doble perspectiva, tan conveniente a la hora de analizar los casos y supuestos concretos y de explicar la solución que merecen en los diversos sistemas jurídicos. También ha resultado muy oportuno este solvente manejo del Código civil francés para los extremos en que se advierte la influencia continental en alguna solución del Derecho inglés: es el caso, por ejemplo, de la necesidad de que los daños derivados del incumplimiento fueran previsibles para que sean indemnizables, tema al que se refiere el autor en las páginas 397 y sigs.

Contando con este mismo doble punto de vista, el autor puede moverse con seguridad para proporcionar las claves que informan al lector sobre las características básicas del Derecho inglés. A esta tarea se dedica la primera parte del trabajo, en la que se hace una utilísima presentación de casi sesenta páginas acerca de algunos rasgos generales del *common law;* en palabras de John CARTWRIGHT se trata de explicar «cómo piensan, razonan y encuentran las fuentes del Derecho sus juristas». Para desentrañar esta imprescindible gramática del Derecho se describen sucinta y claramente diversas cuestiones tales como: el origen histórico y el significado del término *common law*, la relación que presenta con la *equity*, el sistema de fuentes del Derecho, y el trascendental papel

que desempeña la jurisprudencia en todos los ordenamientos que siguen esta tradición, así como los usos empleados en la redacción de las normas jurídicas y los criterios acerca de su interpretación. Aunque no constituyan el objeto principal del libro, son páginas muy sugerentes y luminosas que no se deben pasar por alto e incluso pueden ser útiles al lector como una introducción general a las particularidades del *common law*.

Un punto de partida más concreto que hay que tomar en consideración para el estudio del Derecho de contratos inglés es que en Inglaterra no existe un código civil que establezca las reglas fundamentales de este sector del ordenamiento, por lo que estas reglas se han formado en la jurisprudencia, es decir, en los casos resueltos por los Jueces y Tribunales. No obstante, este *common law o case law* está situado en un orden jerárquico inferior a la Ley escrita: es decir, la legislación puede desplazarlo, y de hecho muchos textos normativos así lo hacen. En este sentido, el autor, en su presentación de la edición española, afirma expresamente que el libro está actualizado desde el punto de vista legislativo, pues se ha tomado como base de la traducción la tercera edición inglesa del año 2016, última publicada por ahora. Así, por ejemplo, a lo largo de todas sus páginas se analiza con especial esmero cuando ello resulta pertinente la influencia en cada materia de la *Consumer Rights Act 2015*, que refunde en un solo texto las normas relativas a los contratos de consumo, aunque no llega a constituir un verdadero código que contenga todas las reglas relativas a los mismos, que se tienen que buscar, todavía, en el *common law*.

En la segunda parte del trabajo realiza, de un modo detallado y completo una exposición general del Derecho de los contratos en el ordenamiento jurídico inglés, de acuerdo con una sistematización que también está pensada para que resulte familiar a los juristas continentales: las negociaciones para contratar, la perfección del contrato, la forma, la *consideration* y la voluntad, los vicios del contrato (y la consecuente ineficacia de los mismos), la determinación de las cláusulas del contrato, el control del contenido, los derechos derivados del contrato para las partes y los terceros, el cambio de las circunstancias y, finalmente, los remedios frente al incumplimiento. Se hace en cada capítulo un tratamiento de los principios generales que fundamentan la materia objeto de explicación, y se subrayan particularmente aquellos aspectos en los que existen mayores diferencias, teóricas y/o prácticas, entre el Derecho inglés y los sistemas jurídicos de Derecho continental. Previamente a todo ello, dentro de un capítulo general introductorio, donde se tratan otros interesantes temas como el contexto europeo y las características fundamentales del contrato en el Derecho inglés, se dedican unas páginas muy sugerentes y precisas a la delimitación temática del contrato con instituciones que resultan fronterizas con el mismo también en la tradición continental: la relación de los daños contractuales y los extracontratuales (*torts*) y la transmisión de la propiedad como consecuencia del contrato.

Otro mérito general de la obra es que, aunque se centra en el Derecho inglés, también contiene interesantes referencias a otros sistemas de *common law*, particularmente cuando la evolución en una determinada materia ha llevado a soluciones divergentes entre ellos: valga como ejemplo, la exigibilidad de una promesa en el derecho estadounidense, cuya solución se basa en la idea de que «el receptor la ha tenido en cuenta o ha confiado» en dicha promesa; aproximación al problema que, para el autor, constituye «una visión mucho más amplia que la que se tiene en Derecho inglés»; y lleva consigo que «los tribunales estadounidenses no tienen tanta necesidad de "encontrar" la *consideration* para hacer que una promesa sea exigible» (p. 224). Asimismo, puedo citar un caso más de

este buen manejo de las soluciones a las que se llega en otras naciones de *common law* diferentes de Inglaterra*:* la exposición de la solución que ha merecido en Australia la retirada de las negociaciones de modo inadecuado (lo que, entre nosotros, llamaríamos responsabilidad precontractual: cfr. pp. 137-138).

El enfoque del trabajo subraya de una forma muy perceptible cómo influyen los principios fundamentales de cada ordenamiento en los razonamientos jurídicos que, a partir de ellos, pretenden dar soluciones prácticas a los problemas que los contratos suscitan; es verdad que los resultados finales a los que se llega en los diferentes ordenamientos serán a veces parecidos, porque hay una suerte de exigencia intrínseca de la realidad misma, pero la manera de razonar será distinta y, a veces, determinados principios presentan obstáculos formidables para reconocer la eficacia de determinadas cláusulas contractuales, o, finalmente, también, las soluciones concretas terminan por ser diversas. Se puede apreciar, por ejemplo, la absoluta simetría de los problemas y las soluciones relativamente similares en las páginas dedicadas a la oferta y a la aceptación en las que comparecen cuestiones tan familiares para cualquier ordenamiento como son la formación de un contrato en un supermercado, o como respuesta a un anuncio público; o, también, en aquellos casos en que las partes se comunican por correo u otros métodos similares; o el debate acerca de si la oferta es o no revocable; o el tratamiento de si el silencio puede constituir o no aceptación, o las dudas en relación a si la muerte del oferente extingue o no la oferta. En cambio, en cuanto a los deberes de información de los contratantes, pueden advertirse mayores diferencias de criterio entre las dos tradiciones, precisamente por partirse de principios básicos muy diferentes.

El autor nos explica que el origen de la mayor parte de los principios generales que rigen en materia de Derecho de contratos se encuentra en la segunda mitad del siglo XIX, y el tono que los inspira es claramente comercial, pues parten de que el contrato es un negocio jurídico llamado a facilitar el tráfico entre los sujetos que pueden hacer valer por sí mismos sus respectivos intereses. A partir de esta constatación otro de los valores que encuentro en esta obra es la acertada explicación de la evolución del sistema, a lo largo del siglo XX, para poner mayor énfasis en la protección de los intereses legítimos de los consumidores, lo que se ha traducido en una influencia que atraviesa todos los momentos de la vida del contrato.

Los ordenamientos de Derecho continental (y así el español) suelen distinguir una serie de principios generales, esto es unas reglas aplicables a todos los contratos, y un conjunto de principios y reglas especiales aplicables a las particulares modalidades contractuales. Esta tipificación de los contratos resulta muy significativa para el jurista continental a la hora de negociar un contrato o de analizarlo cuando ya se ha perfeccionado. En cambio, en el Derecho inglés, casi todos los contratos se rigen por los mismos principios generales: sea para su formación o perfección, sea en cuanto a su contenido o sea en relación con los remedios del incumplimiento contractual. Por esta razón, el jurista de *common law* no identifica al contrato por su tipo, ni tiene que buscar después en una norma el contenido típico de esa modalidad contractual; en cambio lo que hace fundamentalmente es estudiar el pacto al que han llegado las partes. Es verdad que si estas no acuerdan expresamente los términos, condiciones y cláusulas que resulten necesarios el *common law* suple esas carencias con los llamados *implied terms* (los términos, condiciones o cláusulas implícitas); y qué duda cabe que esto supone una cierta aproximación del sistema inglés al Derecho continental, pero en Inglaterra las partes tienden a no quedar sujetas a cláusulas o términos

implícitos, y los evitan estableciendo clausulados muy detallados; al contrario de lo que sucede más frecuentemente en la tradición continental en la que el contrato puede ser más breve, porque las partes confían más en el contenido contractual que las normas le deparan.

Hay casos excepcionales, no obstante, en que existe en el Derecho inglés una regulación legal para algún tipo contractual, como sería el caso de la compraventa o de los contratos de consumo. En los supuestos en que así sucede, el libro aborda el contenido de esas normas dando cuenta circunstanciada de las consecuencias que tienen en cada una de las materias tratadas a lo largo del libro, pero no se les da un tratamiento unitario en un epígrafe que describa pormenorizadamente cada uno de esos contratos.

Resulta especialmente interesante el tratamiento de la doctrina de la *consideration,* que significa que el contrato debe ser oneroso, e implicar un intercambio de prestaciones entre las partes. De modo que el contrato es, en Derecho inglés, un negocio jurídico bilateral y oneroso en el que cada parte lleva a cabo una prestación o promete algo a cambio de la promesa o prestación de la parte contraria; no existen, pues, contratos de naturaleza gratuita, si bien las partes pueden otorgar fuerza contractual a lo que sustancialmente sería un negocio gratuito, mediante el empleo de un *deed* (un documento escrito, que reúne una forma particular), o proporcionándole *consideration* aunque sea en una medida reducida y simbólica.

Asimismo, la exigencia de *consideration,* junto con la ausencia de un principio general de buena fe en las negociaciones contractuales también constituye una dificultad para el jurista de Derecho continental en cuanto a la solución que puede dar a la promesa de mantener vigente una concreta oferta en un determinado período de tiempo, o el derecho de adquirir con preferencia un determinado objeto; estas promesas solo tendrán fuerza obligatoria en Derecho inglés cuando queden amparados por la *consideration*, o cuando se contengan en un válido *deed*.

En Derecho inglés los Tribunales aplican un test objetivo para determinar si ha existido o no un verdadero acuerdo: se entiende que una parte queda obligada no porque tenga la simple intención de obligarse, sino porque ha actuado de un modo tal que una persona razonable entendería, desde la posición de la contraparte, que aquella ha asumido la obligación. Desde esta perspectiva, el error, muy rara vez sirve como motivo de anulación del contrato en Derecho inglés, y también los principios de la interpretación del contrato presentan diferencias considerables con los que nos resultan más familiares. Así, la interpretación contractual se ocupa de analizar el sentido objetivo de las palabras empleadas en el documento que recoge el acuerdo, y tradicionalmente existía incluso reticencia a otorgar relevancia hermenéutica a todo aquello que estuviera fuera del documento escrito, como las propias negociaciones precontractuales. No obstante, en algunos casos de los últimos veinte años se ha ido admitiendo una «interpretación contextual» del contrato, tomándose en consideración el contexto comercial y la finalidad perseguida por el mismo.

Está también muy brillantemente tratada la cuestión relativa a los derechos que los terceros puedan derivar del contrato, dando cuenta de todos los esfuerzos conducentes a hacer posible la exigibilidad de los mismos. Es cierto que, hasta el año 1999, el Derecho inglés seguía la doctrina del *privity of contract*: un tercero no podía instar la ejecución del contrato, ni siquiera cuando las partes lo hubieran celebrado en su beneficio. Era la falta de *consideration* la que dificultaba a los Tribunales afirmar la existencia de derechos de terceros, de modo que tuvo que ser el legislador quien interviniera: con la *Contracts (Rights of Third Parties)*

*Act de 1999* (que se transcribe como apéndice del libro) si el contrato atribuye derechos a terceras personas, estas pueden instar su ejecución.

Ya hemos mencionado que no existe en derecho inglés una doctrina general de la buena fe que sea aplicable a la negociación y a la ejecución del contrato. En este punto existen diferencias dentro del *common law*, pues en el Derecho estadounidense o el Derecho australiano sí se acepta un deber general de actuación de buena fe, al menos en la fase de ejecución del contrato. Ciertamente hay materias cubiertas por la doctrina de la buena fe en los sistemas de Derecho continental que en la práctica están igualmente contempladas en Derecho inglés bajo el ropaje de doctrinas distintas, pero no siempre sucede de ese modo.

En el Derecho inglés el remedio primario frente al incumplimiento contractual es la indemnización por daños y perjuicios y no la ejecución forzosa de la prestación, que es un remedio excepcional al que solo se puede acudir cuando la indemnización no compense adecuadamente las pérdidas sufridas por la parte demandante. La indemnización se dirige a compensar las legítimas expectativas que haya perdido el demandante, o, dicho de otro modo, a situarle en la misma situación en la que estaría si el contrato hubiera sido cumplido. No existen, en cambio, indemnizaciones punitivas, ni tampoco se indemnizan las pérdidas no dinerarias, salvo cuando el propósito perseguido con el contrato sea el de causar un determinado placer o evitar la decepción, tal como ocurre en los contratos de viaje vacacionales. No existe necesidad de notificar el retraso en el cumplimiento antes de solicitar la correspondiente indemnización frente al cumplimiento tardío, sino que la indemnización procede desde el preciso momento en que la prestación no se cumpla en sus justos términos.

Las partes pueden incluir en el contrato cláusulas para la cuantificación de la indemnización ante la eventualidad de un concreto incumplimiento contractual, si bien los Tribunales analizan con rigor si tales cláusulas constituyen solamente la cuantificación anticipada de los posibles daños derivados del incumplimiento o si, por el contrario, se trata de una cláusula penal. Si se tratara de una cláusula penal, esta cláusula quedaría excluida y la cuantía de la indemnización se calculará de acuerdo con las normas ordinarias.

Por su parte, la resolución extrajudicial del contrato realizada por la parte lesionada solo es posible cuando haya sido prevista por las partes, para cuando acaezca un determinado evento, o también, cuando el incumplimiento sea esencial o fundamental. Se trata de un remedio que produce sus efectos desde el momento en que el perjudicado notifica su ejercicio al incumplidor, sin que sea precisa orden judicial alguna, ni tampoco un requerimiento previo para que el incumplidor cumpla. Finalmente, esta resolución no produce efectos con carácter retroactivo.

En la edición española se ha optado acertadamente por conservar la lengua original inglesa de algunos términos que, o bien son suficientemente conocidos, como *common law*, *civil law*, o *equity*; o bien carecen de un equivalente suficientemente preciso en el Derecho español; en este último caso, se ha sugerido, mediante el uso de paréntesis, una traducción aproximada. En cualquier caso, el significado exacto de cada una de esas instituciones queda explicado en el libro. Por eso, y por la existencia de un índice analítico final que se ofrece en versión inglesa y española, esta publicación constituye también un autorizado y extenso glosario de términos jurídicos, que pueden ser útiles en el manejo directo del lenguaje técnico de otras obras doctrinales, de la jurisprudencia o de los contratos redactados en lengua inglesa.

La versión española ha sido redactada por Juan Pablo MURGA FERNÁNDEZ, joven profesor de la Universidad de Sevilla, y *Visiting Research Fellow* del Instituto

de Derecho Europeo y Comparado de la Universidad de Oxford, que ha dedicado muchas horas a contrastar la traducción con el propio autor, y ha sido también revisada de modo exhaustivo por Francisco CAPILLA RONCERO, Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Sevilla, que lleva muchos años profundizando y explicando el Derecho comparado. Pienso que el magnífico resultado final de la traducción debe mucho a la intensidad y al rigor en el trabajo de los tres, y también a la generosidad con que han dedicado su tiempo a una tarea tan compleja y delicada. El resultado bien puedo afirmar que ha valido la pena, por poner a disposición de muchos lectores de habla hispana este libro señero que tanto nos puede enseñar.

SERRANO CHAMORRO, M.ª Eugenia, *El ejercicio del cargo de patrono en las fundaciones*. Editorial ARANZADI. 2019. 236 págs.

por

ALBERTO LÓPEZ SOTO
*Presidente de Fundación Kumen.*
*Abogado en Lex Negotia, SLP.*

He tenido el honor de prologar esta obra de gran importancia en la biblioteca jurídica de asesoramiento específico en materia fundacional.

Son muchas las personas que de manera directa o indirecta se unen a las fundaciones. En mi caso formo parte del patronato de una fundación «Kumen», pero hay muchas personas que colaboran de forma desinteresada en la misma.

La sociedad debe saber el gran papel que cumplen las fundaciones en un sentido muy amplio, por eso el estado debe facilitar su creación, su funcionamiento y su supervivencia. Fiscalmente deben recibir un trato favorable dada la gran labor social que realizan.

Las fundaciones han ido adquiriendo más reconocimiento social. Han existido desde muy antiguo, pero con unos fines muy limitados, benéficos sobre todo y con gran limitación en su actuar. Su auge se debe principalmente al reconocimiento constitucional, a su regulación jurídica más permisiva y al interés social que desempeñan.

La sociedad es sensible a las necesidades de sus integrantes, se desea un bien común y general para el país, y eso hace que las personas generosas dispongan de unos bienes para alcanzar intereses generales, la preocupación de esas personas hace que el estado deba reconocerlas y darlas un trato de favor, es lógico que si se trata de conseguir un interés público sin lucro se faciliten los trámites para su creación y mantenimiento. A nivel estatal se reconoce en la CE en su artículo 34, dentro de los derechos y libertades el derecho de fundación para fines de interés general. Este reconocimiento constitucional implica una actualización de las fundaciones. Se trata de ofrecer una regulación sistemática, ordenada y precisa de las fundaciones, acorde con la trascendencia económica, jurídica y social del hecho fundacional.

La obra que se presenta demuestra el gran manejo que presenta la autora en esta materia. Al tener el honor de prologar este libro puse de relieve la colaboración de la autora con nuestra fundación. El libro que se publica tiene una gran preocupación práctica, ha querido reflejar el gran papel que realizan todas las

personas que colaboran con una fundación. Una fundación inicia su andadura desde que una o varias personas (fundadores) desean crear esta organización con el fin de conseguir un futuro mejor para la sociedad, tratando de solucionar los problemas que la aquejan, ayudando a conseguir una mejora en las condiciones de vida de las personas y buscando alcanzar unos fines de interés general que contribuyan a alcanzar el bien común. La unión y el trabajo en equipo, valor necesario y permanente de la Fundación Kumen que presido, son también comunes a la mayoría de las fundaciones existentes en nuestro ordenamiento. Los patronos son personas que tratan de alcanzar un proyecto social cuya meta es el bien general. Sus intenciones y deseos son dignos de elogio y su esfuerzo no tiene límites. Se comprometen y aceptan un cargo fundacional, dedican parte de su vida al beneficio de la comunidad.

La obra objeto de este prólogo contiene una estructura que considero muy práctica y acertada: un primer capítulo que supone el inicio del camino fundacional, arranca con su creación, es obligatorio la observancia de una serie de exigencias legales, la fundación puede ser *inter vivos* o *mortis causa*, siendo su base la voluntad fundacional que se expresa en sus estatutos, norma básica y fundamental para su funcionamiento. La clave de toda fundación son sus estatutos, la ley permite que la fundación se gestione por el patronato o por otros órganos, así nos encontramos ante el auge que han adquirido los gerentes en las instituciones sin ánimo de lucro; se permite que los patronos sean vitalicios o de duración determinada; el número puede ser distinto en cada fundación, la ley habla de un mínimo: tres patronos, pero este varía en función de la actividad fundacional. La fundación debe cumplir con las pautas normativas e inscribirse en el registro fundacional, desde los actos constitutivos ya se puede apreciar una responsabilidad de los patronos quienes deben aceptar su cargo para que no exista duda de su compromiso, de ahí la rúbrica de este capítulo inicial «el negocio fundacional y la responsabilidad de sus constituyentes».

Su capítulo segundo se dedica a la actuación del patronato, su composición y requisitos que deben cumplirse, funcionamiento y adopción de acuerdos. Este es un capítulo muy interesante para saber cómo deben actuar las fundaciones, quien las gobierna y las representa, cuando han de reunirse, cómo deben adoptarse sus acuerdos, etc. De su funcionamiento depende que su actuación se haya realizado correctamente. El patrono debe tener una capacidad para actuar, pero debe aceptar su cargo de forma clara. En toda fundación la figura del patrono es clave, tanto para su creación como para el funcionamiento de la misma. Si no hubiera patronos dejarían de existir las mismas, estos ayudan al fundador en la consecución de sus fines pero para ello deben cumplir con las pautas legales.

Su capítulo tercero y cuarto se refieren a un posible conflicto de intereses, se plantea si cabe la remuneración y la autocontratación con los patronos de una fundación. La autora analiza el posible conflicto de interés en relación al principio de fidelidad y lealtad. Dado que los patronos velan por el interés social es lógico que no busquen una remuneración en su actuar, pero también es lógico que no sufran perjuicios.

Donan su trabajo pero no su dinero, de ahí que, con cautelas, se pueden aceptar posibles actuaciones de los mismos sin dañar su patrimonio, se puede igualmente permitir la autocontratación en los casos que se señalan en esta obra. Se ve el tratamiento estatal y el análisis de las normativas autonómicas más avanzadas.

El tema central de la obra y que más preocupa a los patronos es sin duda su responsabilidad, analizado en el capítulo quinto. Dado que muchas fundaciones

siguen el modelo mercantilista en su estructura algunos autores han establecido numerosas equiparaciones y paralelismos, sin embargo el Tribunal Supremo ha negado la analogía en estos supuestos, la profesora SERRANO CHAMORRO analiza los casos de responsabilidad fundacional, sus presupuestos, ámbito, legitimación y sus efectos, dedicando un apartado especial a la responsabilidad de los patronos de una fundación en concurso.

La obra se cierra con un capítulo referente al buen gobierno, debido a que cada vez es más frecuente que las fundaciones dicten reglas de buen gobierno y buenas prácticas para alcanzar un mayor reconocimiento social de las mismas. Hoy, en la sociedad de la transparencia, resulta no solo aconsejable sino imprescindible que toda fundación desarrolle estas pautas de actuación.

Este libro analiza el ejercicio del cargo de patrono desde el punto de vista estatal, ahora bien las distintas comunidades autónomas han legislado sobre esta materia, de ahí la necesidad de incluir en todos sus capítulos las especialidades autonómicas al respecto, principalmente por parte de la legislación catalana, alguna de cuyas referencias son dignas de elogio.

Como presidente de una fundación, y como asesor jurídico por mi actividad profesional, considero, por todo lo indicado, que nos encontramos ante una obra muy útil en el campo fundacional tanto para expertos jurídicos como para legos en derecho.

# 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.

Suscripción anual: 120,99 €
Número suelto: 23 €

ISSN 0210-0444

9 770210 044002

Calidad de Revistas Científicas Españolas
FECYT | FUNDACIÓN ESPAÑOLA PARA LA CIENCIA Y LA TECNOLOGÍA | 2014