REVISTA CRITICA
DE
D E R E C H O
INMOBILIARIO

Año XCV • Septiembre-Octubre • Núm. 775

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 • Septiembre-Octubre 2019 • Núm. 775

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*

MURGA FERNÁNDEZ, Juan Pablo: «Viviendas turísticas y comunidades de propietarios: *status quaestionis* y posibilidades de actuación a la luz del nuevo artículo 17.12 de la Ley de Propiedad Horizontal» / *Tourist housing and community of homeowners: status quaestionis and possibilities of action in light of the new article 17.12 of the Spanish Horizontal Property Act* 2221

SIEIRA GIL, Jesús y CAMPUZANO GÓMEZ-ACEBO, Jimena: *«Blockchain, tokenización* de activos inmobiliarios y su protección registral» / *Blockchain, real estate tokenization and its protection by the land registry* 2277

MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, Luis: «Servidumbres ecológicas o ambientales» / *Conservation easements*..... 2319

DICTÁMENES Y NOTAS / *LEGAL OPINIONS AND NOTES*

ESCRIBANO FERRER, Daniel y VIGIL DE QUIÑONES OTERO, Diego: «La ineficacia práctica del retracto anastasiano y su tutela registral» / *The practical inefficiency of the Anastasiano's legal withdrawal and its registry protection* 2353

DERECHO COMPARADO / *COMPARATIVE LAW*

LACRUZ MANTECÓN, Miguel L.: «Inteligencia Artificial y coches autónomos: análisis jurídicos europeos» / *Artificial intelligence and self-driving cars: European legal analysis* 2373

Págs.

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 2413

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES / *JUDICIAL STUDIES*

1. DERECHO CIVIL:

1.1. Parte general:

— «El derecho del adoptado a conocer su identidad biológica. La importancia de los datos contenidos en la inscripción registral» / *The right of the adopted to know their biological identity. The importance of the data contained in registration,* por María Isabel DE LA IGLESIA MONJE. 2537

1.2. Derecho de familia:

— «La protección jurídica del menor ante el uso de las nuevas tecnologías» / *The legal protection of minors against the use of new technologies*, por Ana Isabel BERROCAL LANZAROT 2548

1.3. Derechos reales:

— «Los acuerdos de la junta de propietarios sobre la instalación de una piscina (elemento común): repaso jurisprudencial» / *The agreements of the board of owners on the installation of the pool (common element): a jurisprudential review,* por María GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA 2587

1.4. Sucesiones:

— «La ausencia de relación familiar como causa de desheredación de los descendientes» / *Lack of family relations as a cause for disinheritance of descendants*, por Rut GONZÁLEZ HERNÁNDEZ 2603

1.5. Obligaciones y Contratos:

— «Responsabilidad de la aseguradora en la delimitación del riesgo en el contrato de seguro» / *Responsibility of*

Págs.

the insurer for the delimitation of risk in the insurance contract, por Beatriz SÁENZ DE JUBERA HIGUERO.. 2625

1.6. Responsabilidad civil:

— «La responsabilidad civil por la contaminación por hidrocarburos derivada del accidente del buque "Prestige"» / *Civil liability for oil pollution arising from the accident of the vessel «Prestige»,* por Eliseo SIERRA NOGUERO .. 2637

1.7. Concursal:

— «Decisiones de los tribunales sobre aspectos controvertidos en la exoneración del pasivo insatisfecho establecido en el artículo 178 bis de la Ley Concursal» / *Judicial interpretations of some controversial issues regarding the discharge of debts for individuals established in article 178 bis of the Spanish Insolvency Act,* por Laura GURREA MARTÍNEZ..... 2651

2. MERCANTIL:

— «La fecha de devengo del pago de intereses en la nulidad de la cláusula de gastos hipotecarios» / *The accrual date of the payment of interest in the nullity of the spending clause,* por Francisco REDONDO TRIGO 2664

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

— «La intervención del Ministerio Fiscal en los procedimientos de expropiación forzosa a propósito de la circular 6/2019, de 18 de marzo, de la Fiscalía General del Estado» / *The intervention of the public prosecutors in the obligatory expropriation procedures regarding the Circular No. 6/2019, of 18 march 2019, of the General Prosecutor's Office*, por Vicente LASO BAEZA..... 2677

4. DERECHO BANCARIO

— «Nulidad de la condición general de resolución anticipada de los préstamos hipotecarios con consumidores conforme a las SSTJUE de 14 de marzo de 2013, de 26 de enero de 2017, de 26 de marzo de 2019, SSTS de 23 de diciembre de 2015, de 18 de febrero de 2016, de 11 de septiembre de 2019 y resto de jurisprudencia

del Tribunal Supremo y jurisprudencia menor» / *Nullity of the general condition of early termination in mortgage loans entered into with consumers according to the judgments of the European Court of Justice rendered on March 14th 2013, January 26th 2017, March 26th 2019, and of the Spanish Supreme Court rendered on December 23rd 2015, February 18th 2016, September 11th 2019 and the remaining case law from the said Court and lower courts*, por Héctor Daniel MARÍN NARROS 2695

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS / *BIBLIOGRAPHY INFORMATION*

«Derecho agroalimentario y ciberseguridad», de E. MUÑIZ ESPADA, por Begoña GONZALEZ ACEBES 2729

ESTUDIOS

Viviendas turísticas y comunidades de propietarios: *status quaestionis* y posibilidades de actuación a la luz del nuevo artículo 17.12 de la Ley de Propiedad Horizontal*

Tourist housing and community of homeowners: status quaestionis and possibilities of action in light of the new article 17.12 of the Spanish Horizontal Property Act

por

JUAN PABLO MURGA FERNÁNDEZ
Profesor Ayudante Doctor de Derecho civil, Universidad de Sevilla

RESUMEN: En el presente trabajo se analiza el complejo marco normativo al que se ven sujetas las viviendas turísticas en el ordenamiento jurídico español y

* El presente trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación Sujetos e instrumentos del tráfico privado (VII): Mercado inmobiliario y crisis económica (DER 2015-66043-P), y de la Red de Excelencia Registro, mercado crediticio y crisis económica (DER16-81966-RED) financiados por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad del Gobierno de España.

se estudian las molestias y principales controversias que generan en los edificios sometidos a un régimen de propiedad horizontal. Se examinan las posibilidades de actuación con las que cuentan las comunidades de propietarios para hacer frente a estas situaciones, a la luz del novedoso apartado 12.º del artículo 17 de la Ley de Propiedad Horizontal introducido por el Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler.

ABSTRACT: This paper analyzes the complex regulatory framework to which tourist housing is subject in the Spanish legal system and studies the nuisances and major controversies that they generate in buildings subject to a horizontal property regime. It examines the possibilities of action available to communities of owners to deal with these situations, in light of the new section 12 of Article 17 of the Spanish Horizontal Property Act introduced by Royal Decree-Law 7/2019 of 1 March, on urgent measures in housing and rental.

PALABRAS CLAVE: Viviendas turísticas. Propiedad horizontal. Actividades molestas.

KEY WORDS: Tourist housing. Horizontal property. Disturbing activities.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: 1. La cuestión terminológica: distintas denominaciones y distinción de figuras afines.—II. CONTEXTO NORMATIVO DE LAS VIVIENDAS TURÍSTICAS: UNA INDESEABLE AMALGAMA DE REGULACIONES AUTONÓMICAS PROPICIADA POR LA REFORMA DE LA LAU DE 2013: 1. Contratos de viviendas turísticas en comunidades autónomas sin normativa sectorial. 2. Contratos de viviendas de fin turístico en comunidades autónomas que sí cuentan con normativa sectorial.—III. LA DIFÍCIL RELACIÓN ENTRE LAS VIVIENDAS DE USO TURÍSTICO Y LAS COMUNIDADES DE PROPIETARIOS: 1. El alquiler de viviendas turísticas como posible actividad molesta para la comunidad de propietarios: ¿una afirmación apriorística o necesitada de prueba según los casos? La acción de cesación como solución ordinaria a la problemática. 2. El destino de la vivienda descrito en el título constitutivo de la propiedad horizontal, ¿posible vía de defensa para las comunidades de propietarios? 3. Una posible medida preventiva que evita la prueba del carácter molesto del alquiler turístico: la prohibición expresa en los estatutos de la comunidad. 4. Una última solución alternativa: incremento de la cuota de gastos para el propietario de la vivienda turística.—IV. BIBLIOGRAFÍA.—V. ÍNDICE DE NORMAS CITADAS EN MATERIA DE VIVIENDAS TURÍSTICAS. JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA OFICIAL CITADA.

I. INTRODUCCIÓN

Las denominadas viviendas turísticas constituyen una novedosa modalidad de alojamiento turístico cuya oferta y demanda se ha visto incrementada exponencialmente en los últimos tiempos como consecuencia de los avances tecnológicos y la aparición de las plataformas P2P («peer-to-peer», de igual a igual, en referencia a la pretendida «economía colaborativa»)[1]. Portales como los de *Airbnb*, *Booking*, *Home Away*, *Niumba* ó *Windu* (plataformas operativas actualmente en España) posibilitan que los propietarios de viviendas privadas (fundamentalmente, pisos) los arrienden por periodos breves de tiempo (por días), consiguiendo así una rentabilidad muy superior a la que se obtendría con un alquiler tradicional para uso de vivienda a medio o largo plazo[2].

Se trata de un fenómeno que se expande en nuestras ciudades (particularmente en los centros urbanos) y que está provocando innumerables e indeseables consecuencias en distintos ámbitos:

— Encarecimiento del alquiler de las viviendas en los núcleos urbanos de las grandes ciudades hasta extremos que están haciendo inviable los arrendamientos de media y larga duración para uso de vivienda en tales zonas[3].
— Invasión de turistas en los barrios o zonas donde se concentra la oferta de este tipo de viviendas, que está poco a poco acabando con la población residente ordinaria.
— Intensificación de las actividades molestas llevadas a cabo por los usuarios de este tipo de viviendas, que alteran claramente los usos característicos de los residentes habituales (entradas y salidas a horas intempestivas, trasiego de equipaje, organización de fiestas, y un largo etcétera); con el claro impacto que ello genera a nivel medioambiental.
— Competencia desleal e intrusismo frente a los establecimientos hoteleros reglados, pues no compiten en condiciones de igualdad dado el carácter clandestino de un enorme porcentaje de las viviendas turísticas[4]. Acerca de este extremo son encontradas las posturas sostenidas por los empresarios del sector hotelero y la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC), lo cual ha generado la impugnación por parte de esta última de diversas normas autonómicas sectoriales en las que se trata de imponer ciertas limitaciones al establecimiento de viviendas turísticas. Veremos más adelante las voces que se alzan frente al intervencionismo administrativo en la materia, claramente proclives a la libre proliferación de este tipo de turismo y que encabeza la CNMC.
— En el caso de los pisos turísticos, problemas convivenciales en los edificios donde estos se ubican, que en su mayoría no están originariamente concebidos para acoger este tipo de alojamiento turístico que irremediablemente ocasiona un uso excesivo de los elementos comunes.

De entre los distintos aspectos problemáticos que se han destacado, el que más controversia suscita es sin duda el de las molestias causadas por las viviendas turísticas en los edificios sometidos a un régimen de propiedad horizontal. Es precisamente este ámbito material el que ocupará nuestra atención en este estudio: concretaremos los problemas que se suscitan y estudiaremos las vías de defensa con las que cuentan las comunidades de propietarios a este respecto. Prueba de la actualidad e importancia de la controversia son los Reales Decretos Leyes 21/2018, de 14 de diciembre (que no fue convalidado por el Congreso de los Diputados, de modo que quedó derogado por resolución de 22 de enero de 2019, del Congreso de los Diputados[5]), y 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler antes (que sí ha sido convalidado por resolución de 3 de abril de 2019, del Congreso de los Diputados[6]), en los que se introduce un nuevo apartado 12 al artículo 17 de la LPH, que facilita en mayor medida diversos mecanismos de defensa a las comunidades de propietarios para así hacer frente a las molestias causadas por las viviendas turísticas (analizaremos las novedades introducidas por este precepto con detalle más adelante).

Si bien, antes de adentrarnos en la problemática en cuestión, para la mejor comprensión de la materia, es necesario que hagamos una precisión terminológica acerca de las llamadas «viviendas turísticas» (comprobaremos que la denominación con la que se alude a la figura es variopinta en la amalgama de regulaciones autonómicas existentes) y que indiquemos cuál es el contexto normativo en el que nos movemos, ya que se trata de un ámbito regulado por normas autonómicas en el que las soluciones varían enormemente entre unas comunidades y otras.

1. La cuestión terminológica: distintas denominaciones y distinción de figuras afines

Comenzando con la cuestión terminológica, suele ser frecuente referirse a este tipo de viviendas como «viviendas turísticas» o «viviendas de uso turístico»[7], aunque las distintas normativas sectoriales de las comunidades autónomas emplean otro tipo de denominaciones tales como: «viviendas con fines turísticos» (Andalucía[8]), «alojamiento turístico extrahotelero» (Cantabria[9]), «viviendas vacacionales» (Asturias[10] y Canarias[11]), «apartamentos turísticos» (Navarra[12], si bien en este caso incurriendo en cierta imprecisión por los motivos que ahora se verán). Este variopinto panorama en el plano terminológico es un fiel reflejo de la dispersión normativa y de criterios a los que están sometidas este tipo de viviendas, con los graves perjuicios que ello supone desde el punto de vista de la seguridad jurídica que ha de presidir el conjunto del ordenamiento jurídico como principio rector del mismo *ex* artículo 9.3 CE.

¿Cómo podrían definirse las viviendas turísticas y en qué se distinguen de otras figuras afines? Para ello, puede acudirse a la normativa sectorial de la Comunidad Autónoma de Madrid (Decreto 79/2014), en cuyo artículo 2 se define a las viviendas de uso turístico como *«aquellos pisos, estudios, apartamentos o casas que, de forma habitual, amueblados y equipados en condiciones de uso inmediato, son comercializados y promocionados en canales de oferta turística o por cualquier otro modo de comercialización o promoción, para ser cedidos en su totalidad con fines de alojamiento turístico y a cambio de un precio»*[13].

Se trata de una figura distinta de los denominados «apartamentos turísticos», que de acuerdo con el referido artículo 2 del Decreto madrileño son *«los inmuebles integrados por unidades de alojamiento complejas, dotadas de instalaciones, equipamientos y servicios en condiciones de ocupación inmediata, destinados de forma habitual por sus propietarios o representantes, al alojamiento turístico ocasional, sin carácter de residencia permanente para los usuarios, mediante precio (…)»*. Como bien apunta CABEZUELO ARENAS a este último respecto, los apartamentos turísticos, a diferencia de las viviendas turísticas, «han de ubicarse en la totalidad de un edificio o, al menos en una parte independizada del mismo con entradas y escalera de uso exclusivo; además, incluyen no solo alojamiento, sino la prestación de servicios de restauración, bar, vigilancia, servicio de conserjería y recepción, entre otros, en función de su categoría»[14]. Es decir, que los apartamentos turísticos vienen a ser los típicos apartoteles, que como indica el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española son un «hotel de apartamentos»[15]. Las características de las viviendas turísticas son totalmente distintas: basta con ceder el uso de un solo piso o apartamento para alojamiento a cambio del pago de un precio. Es cada vez más frecuente que las viviendas turísticas oferten servicios adicionales como los de limpieza de la habitación, aparcamiento, o incluso desayuno, aunque no suele ser lo más frecuente y distan mucho de los ofrecidos por los hoteles (o apartoteles) tradicionales.

II. CONTEXTO NORMATIVO DE LAS VIVIENDAS TURÍSTICAS: UNA INDESEABLE AMALGAMA DE REGULACIONES AUTONÓMICAS PROPICIADA POR LA REFORMA DE LA LAU DE 2013[16]

La determinación de la normativa aplicable a las viviendas turísticas exige con carácter previo desengranar (aunque sea sucintamente), la naturaleza jurídica de la figura[17], que es ciertamente compleja por diversos motivos: fundamentalmente, dado el variopinto contenido que pueden reunir los contratos en la práctica, lo que hace que puedan ajustarse a distintos moldes de contratos de carácter típico y atípico (fundamentalmente, contrato de arrendamiento de temporada, contrato de hospedaje en los casos en que se presten servicios complementarios

al mero alojamiento); y como consecuencia de la ya anunciada multiplicidad y heterogeneidad de normas que regulan esta novedosa modalidad contractual, señaladamente normas reglamentarias de carácter administrativo dictadas por las comunidades autónomas en materia de viviendas de alojamiento o fin turístico a raíz de la controvertida reforma de la LAU operada en 2013.

En efecto, nos encontramos ante contratos cuyo contenido puede variar enormemente, pues en ocasiones ofrecerán el mero alojamiento de una vivienda o habitación (es la modalidad característica de vivienda turística, como ya hemos subrayado anteriormente) y en otras vendrán acompañados de servicios complementarios diversos, como el desayuno, la limpieza diaria, asesoramiento turístico, etcétera (no es lo más habitual, aunque reiteramos que estos servicios adicionales son cada vez más frecuentes). Es evidente que el elemento preponderante en todos los casos será precisamente el alojamiento y esto justifica que encuentre encaje en la categoría del arrendamiento de cosas, al implicar el uso y disfrute temporal, en este caso, de un inmueble; de ahí la aplicación de la LAU, si bien en los términos un tanto *sui generis* que veremos a continuación. La prestación de servicios adicionales hace que pueda llegar a calificarse el contrato como de hospedaje, en cuyo caso nos encontraríamos ante un contrato atípico y mixto, pues seguirá contando con elementos característicos del arrendamiento y otros propios del contrato de prestación de servicios[18]. Con independencia de que se acoja la teoría de la absorción, de la aplicación analógica o aquella de la combinación aplicable a los complejos contratos mixtos[19], de lo que no cabe duda es que la normativa sobre arrendamientos debe aplicarse (reiteramos, con las particularidades que ahora veremos impulsadas por la reforma de 2013 de la LAU) y por extensión, la teoría general del contrato para los restantes aspectos civiles del contrato: a saber, todo lo concerniente particularmente a la dinámica, eficacia y posible ineficacia del contrato. Justifiquemos lo que acaba de afirmarse.

Nótese, que los contratos de viviendas de fin turístico consisten fundamentalmente en la cesión del uso y disfrute de un inmueble (o parte del mismo) a cambio del pago de un precio. Siendo así, este tipo de contratos tienen perfecta cabida en la categoría de los arrendamientos para uso distinto del de vivienda, particularmente en los denominados «arrendamientos celebrados por temporada», de conformidad con el artículo 3.2 de la LAU. ¿Sigue resultando de aplicación dicha normativa? Dependerá de los casos. Con la reforma de la LAU operada por la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas, se introduce un nuevo apartado e) al artículo 5, por el que quedan excluidos del ámbito de aplicación de la LAU los contratos que consistan en *«la 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»[20]. Esto es, como puede apreciarse, quedan excluidas precisamente en lo que a nosotros interesa, las viviendas turísticas, siempre que estas se comercialicen o promocionen en canales de oferta turística (o por cualquier otro modo de comercialización o promoción), ello se haga con finalidad lucrativa y en la medida en que estén sometidas a un régimen específico, derivado de su normativa sectorial. La coletilla final del precepto enunciado no puede entenderse plenamente si no se pone en conexión con lo expresado en el Preámbulo de la referida Ley 4/2013 y aún tras su lectura se comprobará que da pie a controversias de tipo competencial que encuentran difícil solución[21]. En el último párrafo del punto II del Preámbulo se afirma lo siguiente: *«(…) en los últimos años se viene produciendo un aumento cada vez más significativo del uso del alojamiento privado para el turismo, que podría estar dando cobertura a situaciones de intrusismo y competencia desleal, que van en contra de la calidad de los destinos turísticos; de ahí que la reforma de la Ley propuesta los excluya específicamente para que queden regulados por la normativa sectorial específica o, en su defecto, se les aplique el régimen de los arrendamientos de temporada, que no sufre modificación»*. Es decir, existe una remisión (de alcance «pretendidamente» general) de este tipo de contratos a la normativa sectorial que, en su caso, dicten las respectivas comunidades autónomas, de forma que aquellas en las que no exista tal normativa reglamentaria, se seguirán aplicando las disposiciones de la LAU sobre arrendamiento para uso distinto del de vivienda. Comunidades autónomas que pueden dictar tales normas en ejercicio de la competencia con la que cuentan en materia de promoción y ordenación del turismo, *ex* artículo 148.1.18.ª CE. ¿Pero acaso la normativa sectorial puede regular todos los aspectos de estos contratos? Nada más lejos de la realidad, pues los aspectos civiles del contrato son propios de la competencia en materia de legislación civil que es exclusiva del Estado, en virtud del artículo 149.1.8.ª CE[22], y no pueden ser objeto de regulación por parte de tales normas administrativas de carácter reglamentario. Así las cosas, nos encontramos ante un complejo panorama a la hora de determinar la normativa aplicable y su concreto alcance. De ahí la imperiosa necesidad de deslindar los aspectos puramente administrativos de aquellos civiles del contrato[23], ya que la existencia de normativa sectorial no convierte al contrato (puramente civil) en administrativo[24], ni los requisitos impuestos por tales normas a estos contratos tienen incidencia alguna sobre la validez o eficacia del contrato. De este modo, el incumplimiento de estos requerimientos reglamentarios llevará aparejada la correspondiente sanción de carácter administrativo prevista en la propia norma, pero no hará al contrato en ningún caso ineficaz.

Hechas estas advertencias, debemos deslindar el alcance de cada una de las normas en presencia, distinguiendo los diversos supuestos a los que nos podemos enfrentar en la práctica en atención a las circunstancias. Para ello,

debemos distinguir entre aquellas comunidades autónomas que cuentan con una normativa específica (reiteramos, estrictamente administrativa) en materia de viviendas de alojamiento turístico, de aquellas otras que carecen de la misma:

— *Comunidades autónomas con normativa específica en materia de viviendas turísticas*: los aspectos civiles (señaladamente, su perfección, contenido, eficacia e ineficacia) se regirán por las disposiciones generales del contrato de arrendamiento de cosas contenidas en el Código civil, lo que supone aplicar la teoría general del contrato del Código civil, dando enorme juego a la autonomía de la voluntad de las partes (art. 1255 CC), al tratarse de una regulación escasa y desfasada que incide particularmente en el contenido del contrato (derechos y obligaciones que deben asumir las partes); mientras que los aspectos administrativos se someterán a lo dispuesto en la norma sectorial de carácter reglamentario reguladora de tales viviendas.
— *Comunidades autónomas sin normativa específica en materia de viviendas de fin turístico*: en este caso, el único marco regulatorio viene determinado por la LAU y en lo no dispuesto en ella por las disposiciones generales del contrato de arrendamiento de cosas contenidas en el Código civil, lo cual, al igual que acaba de subrayarse, supone la aplicación de la teoría general del contrato del Código civil en muchos extremos (particularmente en todo lo concerniente a la dinámica y régimen de eficacia del contrato).

1. Contratos de viviendas turísticas en comunidades autónomas sin normativa sectorial

Siguiendo lo que acaba de apuntarse, en atención a lo dispuesto en el artículo 5. e) de la LAU y el último párrafo del punto II del Preámbulo de la Ley 4/2013, en aquellas comunidades autónomas que carezcan de normativa sectorial sobre viviendas de uso turístico, les será de aplicación el régimen de los arrendamientos de temporada contenido en la LAU. El régimen sobre arrendamientos de temporada es el propio de las viviendas para uso distinto del de vivienda, caracterizado por dejar un amplio margen a la autonomía de la voluntad de las partes, tal y como se desprende de lo preceptuado en el artículo 4.3 de la LAU: *«(…) los arrendamientos para uso distinto del de vivienda se rigen por la voluntad de las partes, en su defecto, por lo dispuesto en el título III de la presente Ley y, supletoriamente, por lo dispuesto en el Código civil»*. Esto es, solo existe un Título específico destinado a la regulación de este tipo de arrendamientos, de alcance muy limitado (apenas siete artículos: 29-35, ambos inclusive) y de naturaleza puramente dispositiva. A lo que debe añadirse la

aplicación de determinadas disposiciones de carácter imperativo contenidas en el Título IV de la LAU, que junto al Título I (referido al «ámbito de la Ley») se aplican a todos los arrendamientos regulados por la LAU, de acuerdo con el artículo 4.1 LAU. Veamos cuáles son estos requisitos imperativos que deben observarse y que pueden incidir a la hora de celebrar un contrato de vivienda de uso turístico, así como aquellos de carácter dispositivo que eventualmente pueden resultar de aplicación con carácter subsidiario (en defecto de previsión contraria en el propio contrato).

Comenzando con los aspectos imperativos, el contrato de viviendas de uso turístico deberá cumplir las siguientes exigencias:

— De un lado, en virtud del artículo 36 LAU, a la celebración del contrato será obligatoria la exigencia y prestación de fianza en metálico en cantidad equivalente a dos mensualidades de renta, al tratarse de un arrendamiento para uso distinto del de vivienda; a lo que podrá añadirse cualquier otro tipo de garantía adicional que acuerden las partes. Como puede apreciarse, siendo el prototipo de contrato de vivienda turística de duración inferior al mes, cuando no incluso inferior a una semana en una gran mayoría de los casos, la exigencia de prestación de fianza por cantidad equivalente a dos mensualidades roza el absurdo. ¿Puede imaginarse la celebración de un contrato de vivienda para pasar un fin de semana donde se nos exija fianza equivalente a dos meses? Tendríamos que desembolsar una cantidad desproporcionada, que, si bien podríamos recuperar, nos hará replantearnos la idoneidad de esta modalidad de arrendamiento. Existen comunidades autónomas que para salvar este escollo han dictado normas relativas a las fianzas donde ajustan expresamente la cuantía de la fianza a la duración efectiva del contrato[25]. Tales normativas parecen ampararse en la nueva puerta que la LAU deja abierta a las comunidades autónomas en materia de recaudación de las fianzas arrendaticias: en efecto, la disposición adicional tercera establece que *«las comunidades autónomas podrán establecer la obligación de que los arrendadores de finca urbana sujetos a la presente ley depositen el importe de la fianza (…), sin devengo de interés, a disposición de la Administración autonómica o del ente público que se designe hasta la extinción del correspondiente contrato»*. Así se advierte igualmente en el punto 4 del Preámbulo de la LAU, haciendo hincapié en las ventajosas consecuencias que para las políticas de vivienda se derivan de esta posibilidad: *«(…) se permite a las comunidades autónomas con competencias en materia de vivienda que regulen su depósito obligatorio en favor de la propia comunidad, ya que los rendimientos generados por estos fondos se han revelado como una importante fuente de financiación de las políticas autonómicas de vivienda, que se considera debe de mantenerse»*.

— Por otra parte, si bien el contrato de arrendamiento es de carácter consensual, las partes podrán compelerse recíprocamente a la formalización del

contrato por escrito, en cuyo caso, deberá hacerse constar la identidad de los contratantes, la identificación del inmueble arrendado, la duración pactada, la renta inicial del contrato y las demás cláusulas acordadas (art. 37 de la LAU).

Pasando a los aspectos dispositivos, que solo regirán en defecto de previsión contraria en el propio contrato de arrendamiento, pueden destacarse los siguientes (muchos de los cuales son verdaderamente descabellados e injustificados atendiendo a las características de este tipo de viviendas):

— Si la vivienda arrendada se enajena, el adquirente quedará subrogado en todos los derechos y obligaciones del anterior arrendador, salvo que el primero se ve protegido por la fe pública registral, *ex* artículo 34 LH (art. 29 de la LAU).

— Todo lo referente a la conservación, mejora y obras del arrendatario quedará sujeto al mismo régimen previsto en la LAU para los arrendamientos de vivienda (art. 30 de la LAU, con remisión a los arts. 19, 21, 22, 23 y 26 de la LAU).

— Se reconoce un derecho de adquisición preferente al arrendatario en caso de venta del inmueble arrendado, en los mismos términos previstos para el arrendamiento de vivienda (arts. 31 y 25 de la LAU).

— El arrendatario del inmueble puede subarrendar la finca arrendada, sin necesidad de contar con el consentimiento del arrendador, siempre que en la finca arrendada se ejerza una actividad empresarial o profesional (art. 32 de la LAU).

— El fallecimiento del arrendatario que ejerza alguna actividad empresarial o profesional provocará la subrogación en el arrendamiento del heredero o legatario que continúe el ejercicio de la actividad (art. 33 de la LAU).

— Finalmente, si el arrendatario ha ejercido alguna actividad comercial de venta al público en los cinco años previos al transcurso del término convencional del contrato de arrendamiento, tiene derecho a una indemnización por parte del arrendador en los términos previstos en el artículo 34 de la LAU.

Puede constatarse que ninguna de las previsiones de este régimen dispositivo casa con las características de los arrendamientos de viviendas de uso turístico, pues la LAU en estos casos piensa en arrendamientos de cierta duración destinados al ejercicio de algún tipo de actividad fundamentalmente comercial o empresarial. ¿Puede imaginarse a un turista que arriende un piso turístico durante una semana en periodo estival ejercitando un derecho de adquisición preferente al saber que el propietario enajena el inmueble a un tercero? «Me ha cautivado hasta tal extremo la vivienda arrendada en mis vacaciones veraniegas que he decidido comprarla y vivir en ella…»; la hipótesis puede llegar a darse en la práctica. Ateniéndonos a la literalidad de estos preceptos y ante la ausencia de previsión contraria en el contrato, la respuesta debería ser afirmativa. Los supuestos de hecho de las restantes disposiciones no encajarían con los casos de viviendas turísticas, de ahí que pueda descartarse su aplicación, si bien la cuestión de los derechos de adquisición preferente y todo lo relativo

a la conservación, mejora y obras sí cabría aplicarse a supuestos de viviendas de uso turístico. En definitiva, el régimen de la LAU sobre los arrendamientos de temporada se antoja claramente insuficiente para la figura de las viviendas turísticas, aunque la solución no puede consistir en remitir esta cuestión a la potestad reglamentaria de las Administraciones Públicas, ya que los aspectos civiles del contrato, reiteramos, que han de regularse por leyes estatales y es precisamente un texto legal a nivel estatal sobre viviendas de alojamiento turístico lo que se hace necesario dado el auge exponencial de este tipo de contratos[26].

Mientras tanto, cabe aconsejar a los distintos agentes implicados (propietarios de viviendas de fin turístico, usuarios, etc.) que hagan uso del amplio margen que el estado de la cuestión proporciona a la autonomía de la voluntad, a través de la redacción de contratos de arrendamiento detallados donde se deje poco lugar para la integración de vacíos mediante las clásicas disposiciones del Código civil (al más puro estilo anglosajón[27], dadas las circunstancias).

Merece la pena que analicemos los principales requisitos constitutivos (de relevancia, reiteramos, pura y simplemente administrativa), de los contratos de viviendas de uso turístico celebrados en comunidades autónomas que cuentan con normativa sectorial en la materia. Aunque antes es preciso determinar los motivos, si es que los hay, que justifican una intervención administrativa en este ámbito. Se trata de una cuestión controvertida, sobre la que pueden encontrarse argumentos a favor y en contra y prueba de ello son las reiteradas impugnaciones sufridas por las reglamentaciones administrativas sobre las viviendas de alojamiento o fin turístico a manos de la CNMC y diversas asociaciones y colectivos del ámbito de la hostelería.

2. Contratos de viviendas de fin turístico en comunidades autónomas que sí cuentan con normativa sectorial

La controvertida reforma de la LAU operada por la Ley 4/2013, particularmente en lo que concierne a la exclusión (de alcance *sui generis*, como acabamos de comprobar) de las viviendas de alojamiento turístico de su ámbito de aplicación, ha supuesto el pistoletazo de salida a la promulgación de normas reglamentarias en distintas comunidades autónomas, cuya necesidad, al margen del escenario propiciado por la Ley 4/2013, se justifica sobre la base a una serie de razones no exentas de polémica.

Los argumentos favorables a la reglamentación administrativa en esta materia estriban en las mayores garantías ofrecidas a los usuarios, en razones de seguridad pública, intrusismo, en la necesidad de hacer frente a la competencia desleal que las viviendas de fin turístico ocasionan a otros establecimientos turísticos, su opacidad económica así como en la protección del medio ambiente y el entorno urbano[28].

En efecto, en las distintas normas autonómicas se pretenden garantizar unos estándares mínimos de calidad y seguridad para las personas usuarias[29], a través de la exigencia de determinadas características que han de reunir las viviendas que se destinen a un fin turístico con ánimo lucrativo: viviendas suficientemente amuebladas, dotadas de electrodomésticos y enseres para hacerlas inmediatamente habitables, con sistemas de refrigeración o calefacción según la época, con servicio de limpieza a la entrada de los clientes, con botiquín de primeros auxilios, entre otras exigencias; en determinados casos las viviendas han de reunir igualmente unas dimensiones mínimas que varían en función de la ocupación de la vivienda e incluso se llegan a establecer límites relativos a tal ocupación.

Por lo que respecta a la seguridad pública, las reglamentaciones autonómicas prevén la cumplimentación de un libro-registro y la presentación de los partes de entrada de los viajeros por parte de los titulares de las viviendas de fin turístico. Con ello, se da cumplimiento a lo preceptuado en el artículo 25 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, en el que se contempla las actividades de hospedaje como relevantes para la seguridad ciudadana, imponiendo obligaciones de registro documental e información sobre los viajeros. En definitiva, se asegura así el control de los múltiples usuarios que acceden a este tipo de alojamientos turísticos.

Las reglamentaciones autonómicas suelen imponer la inscripción de las viviendas de uso turístico en registros administrativos, fundamentalmente los turísticos, para así combatir la clandestinidad, el intrusismo y la competencia desleal en la actividad turística. En el plano fiscal, esta medida también contribuye a evitar situaciones de economía sumergida. Se trata de aspectos que vienen criticándose desde hace años por parte de los profesionales hoteleros, pues se denuncia que no pueden competir en condiciones de igualdad con propietarios de viviendas particulares que hacen las veces de «hosteleros»[30].

Por último, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, constituye otra de las razones que suelen apuntarse como justificativas de la necesidad de regulación de la materia. En este sentido, el Decreto sobre viviendas con fines turísticos de Andalucía señala que *«no se puede obviar la importancia del impacto y la incidencia que este tipo de actividad y, en concreto, este tipo de alojamiento produce sobre el territorio, la comunidad donde se integra y su repercusión directa sobre la convivencia vecinal»*. De ahí la necesidad de establecer normas reglamentarias que aseguren *«la protección de los recursos turísticos de acuerdo con el principio de sostenibilidad»*[31].

Frente a estos argumentos se alzan voces críticas con el intervencionismo administrativo en la materia. Desde esta perspectiva, se considera que la imposición de determinados requisitos lo único que produce es un encarecimiento de costes exigiendo la prestación de un servicio que no tiene por qué ser el querido —ni mucho menos— el esperado por el usuario. El objetivo de la legislación en este punto, añaden, no debería consistir en asegurar un nivel de calidad mínimo

y uniforme de los servicios prestados, sino reducir las asimetrías informativas existentes entre los usuarios y los empresarios del sector. Lo pernicioso, a juicio de este sector crítico de la reglamentación administrativa, no estriba en que la calidad de los servicios ofrecidos sea relativamente baja, si los usuarios son conscientes de ella y están dispuestos a pagar un precio acorde, sino en que estos no puedan conocer *ex ante* y con una razonable certeza cuál es dicha calidad[32]. Esta es la línea seguida precisamente por la CNMC, actora en diversos recursos contencioso-administrativos interpuestos frente a sendas normas autonómicas[33], por los que se denuncia que algunas de las exigencias contenidas en ellas crean *«un obstáculo a la competencia efectiva de los mercados»*[34] contrario a la normativa europea y española vigente sobre libertad de empresa y libre competencia en el mercado[35]. La postura acogida por la CNMC se pone claramente de manifiesto en el interesante Informe Económico sobre el Decreto 113/2015, de 22 de mayo, por el que se aprueba el reglamento de las viviendas vacacionales de la Comunidad Autónoma de Canarias realizado en el marco del proceso de recurso tramitado ante el referido Decreto[36]. En su parte introductoria, la CNMC afirma que *«la entrada de las viviendas vacacionales está dinamizando el mercado de alojamiento turístico (…) de forma extraordinaria, incrementando el nivel de presión competitiva, reduciendo los precios, proporcionando incentivos para una mayor calidad y eficiencia, y aumentando la variedad disponible para los consumidores. Al obstaculizar de forma sustancial la entrada de este operador y limitar su capacidad de competir, el Decreto (lo cual puede hacerse extensivo a las restantes reglamentaciones autonómicas en materia de viviendas de fin turístico) reduce el nivel de competencia que enfrentan los operadores establecidos —fundamentalmente hoteles y apartamentos turísticos— y evita que los efectos positivos de una mayor competencia —en términos de precios, calidad, variedad e innovación— se trasladen al conjunto de la sociedad, reduciendo el bienestar general»*[37].

En definitiva, bajo esta óptica toda restricción impuesta a la creación de las viviendas de uso turístico a través de las respectivas reglamentaciones autonómicas supone una clara merma a la libre competencia, lo cual acabará repercutiendo negativamente al conjunto de la sociedad (tanto a los potenciales titulares de este tipo de viviendas, cuanto a los usuarios de las mismas).

Sea como fuere, la reglamentación administrativa existe en múltiples comunidades autónomas, con las advertencias ya apuntadas: el hecho de que todos los aspectos civiles del contrato se rigen por lo dispuesto en el Código civil sobre el arrendamiento de cosas y todas las reglas sobre teoría general del contrato (particularmente en lo que hace a su dinámica y eficacia). Expondremos de forma sucinta a continuación los requisitos que con carácter general son exigidos por cada una de las normas existentes a la hora de celebrar un contrato de viviendas de fin turístico. Nótese que la inobservancia de cualquiera de estos requisitos, se reitera, solo ocasionará la aplicación de las correspondientes

sanciones administrativas, pero no afectarán en absoluto a la validez y eficacia «civil» del contrato.

Lo primero que debe destacarse a este respecto, es que las comunidades autónomas que regulan el alquiler de viviendas privadas con fines turísticos son: Andalucía[38], Aragón[39], Asturias[40], Cantabria[41], Castilla y León[42], Castilla-La Mancha[43], Cataluña[44], Galicia[45], Islas Baleares[46], Islas Canarias[47], La Rioja[48], Madrid[49], Murcia[50], Navarra[51], País Vasco[52] y Valencia[53].

Con carácter general, todas estas normas autonómicas que regulan la materia exigen una serie de requisitos mínimos a las viviendas turísticas que son comunes: estar suficientemente amuebladas y dotadas de los electrodomésticos y enseres necesarios para su ocupación inmediata; necesidad de ventilación exterior y de limpieza de la vivienda. También resulta destacable que todas las comunidades autónomas que disponen de su normativa específica para las viviendas de uso turístico exigen la presentación de una declaración responsable[54], salvo la Comunidad Autónoma de Cataluña, que obliga a la presentación de una comunicación. Con carácter general, las declaraciones responsables reguladas por estas normas deben contener los datos relativos a la identificación de la vivienda y de la persona propietaria. No obstante, algunas de ellas contienen requisitos adicionales. En este sentido, Cantabria y Navarra requieren haber suscrito una póliza de responsabilidad civil, añadiéndose en este último caso que la cobertura debe ser de 3.000 euros por plaza de alojamiento y con un mínimo de 150.000 euros. Por su parte, la declaración responsable presentada en Galicia debe especificar un número de teléfono para atender las incidencias de los usuarios. En Valencia hace falta que se haya elaborado en el establecimiento un plan de autoprotección, ajustado a las características del inmueble, o plan de emergencia, en su caso[55].

Al margen de esos requisitos generales, algunas comunidades autónomas requieren determinadas condiciones que no dejan de resultar curiosas. Así sucede con la Comunidad Autónoma de Cantabria, la cual regula detalladamente la cuestión, llegando a exigir grados máximos y mínimos para el agua fría y caliente, un espejo con luz, un taburete y ropa de baño de 100% algodón o lino[56]. Por su parte, la Comunidad Autónoma gallega obliga a disponer de un número de teléfono 24 horas para la atención al usuario turístico y las incidencias que puedan surgir y un servicio de asistencia y mantenimiento de la vivienda. En el caso de las Islas Baleares, las viviendas residenciales objeto de comercialización turística tienen que acreditar la sostenibilidad mediante la obtención, previa a la comercialización, del certificado energético que se determine reglamentariamente. En defecto de reglamento, las calificaciones mínimas serán las siguientes: Calificación F, para edificaciones anteriores al 31 de diciembre de 2007; calificación D, para edificaciones posteriores al 1 de enero de 2008. La Comunidad Autónoma canaria exige requisitos llamativos, por ejemplo, iluminación para la lectura junto a cada cama; sistema efectivo de oscurecimiento de cada dormitorio con los que cuente; perchas

de material no deformable y estilo homogéneo adecuadas al número de personas usuarias; un juego de cama adicional por cada persona usuario en caso de que la contratación fuese superior a una semana; porta-rollos para el papel higiénico y plancha y tabla de planchar[57]. En cuanto a Madrid, su normativa requiere especificar un número de teléfono de atención permanente, para las consultas que los usuarios puedan plantear y disponer de conexión a medios telemáticos (acceso inalámbrico a Internet Wifi). Por último, la Comunidad Autónoma valenciana exige un plano en cada planta del establecimiento en el que figure la situación de las escaleras, pasillos, salidas, itinerarios de evacuación y la situación de los medios de transmisión y dispositivos de extinción[58].

III. LA DIFÍCIL RELACIÓN ENTRE LAS VIVIENDAS DE USO TURÍSTICO Y LAS COMUNIDADES DE PROPIETARIOS

Anunciábamos al comienzo de este estudio, que uno de los ámbitos que mayor controversia suscita en relación con las viviendas turísticas es su difícil relación con las comunidades de propietarios, en todos aquellos casos en los que se instale en un edificio en propiedad horizontal. Los intereses son claramente enfrentados y difíciles de conciliar: de un lado, el propietario de la vivienda querrá hacer valer las facultades integrantes de su derecho de propiedad, tratando de sacar el mayor provecho posible mediante una modalidad de alquiler por días mucho más lucrativa que las tradicionales; y de otro, los vecinos residentes en los restantes pisos del edificio se verán sometidos a perturbaciones y molestias derivadas de aquellas que en muchos casos sobrepasarán los límites de lo legalmente soportable y aceptable. A este último respecto, como destaca CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, «todo empieza cuando los huéspedes-clientes de los pisos turísticos terminan causando diversas molestias a los vecinos de la comunidad, no tanto por lo que aquellos hacen dentro del piso, sino por lo que hacen con los elementos comunes del inmueble; molestias tales como daños en las escaleras y en los ascensores, así como ruidos por fiestas, bullicios, salidas y entradas intempestivas en el inmueble, defecaciones, preservativos, vómitos, botellas y demás basura arrojados en los elementos comunes (portal, escaleras, ascensor…); todo lo cual genera gastos de reparación y de limpieza extra»[59]. El Informe Exceltur, de 24 de junio de 2015, sobre el impacto y los retos asociados al alojamiento turístico en viviendas de alquiler, destaca que son muchas las incidencias que el fenómeno de las viviendas de uso turístico está causando en los edificios en régimen de propiedad horizontal; fundamentalmente, los siguientes:

— Unos niveles de ruido que perturban el descanso de los vecinos de las propiedades colindantes, denunciados por el 82% de las asociaciones vecinales encuestadas.

— Una mayor necesidad de limpieza por la mayor presión de uso sobre los espacios comunes, manifestada por el 67% de los vecinos de las ciudades con concentración de viviendas turísticas.
— Pérdida de seguridad por 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, apreciada por el 42% de las asociaciones consultadas.
— Problemas de mantenimiento derivados de la mayor rotación que las cortas estancias introducen sobre el uso de las zonas comunes, con un mayor desgaste de las mismas (mayor gasto de ascensores, desgaste por entrada y salida de maletas, mayor gasto en iluminación y limpieza, por citar los más relevantes).
— Una mayor congestión ciudadana derivada del volumen que supone ya esta población flotante.
— Una mayor carga de tráfico por los mayores desplazamientos generados por la población flotante derivada de la propia intensidad de la movilidad turística[60].

Así las cosas, son diversas las cuestiones que surgen y las que trataremos de dar respuesta: ¿Las actividades propias de las viviendas turísticas, pueden calificarse como molestas frente a la comunidad de propietarios en todo caso? ¿Con qué vías de protección cuentan las comunidades de propietarios a estos efectos? ¿Qué medidas preventivas pueden adoptar las comunidades para prevenir las indeseables consecuencias derivadas de la instalación de una vivienda turística en un edificio sometido a propiedad horizontal? Respondamos a cada una de estas cuestiones sobre la base de la regulación vigente (y la existente con carácter previo a las recientes novedades introducidas por el Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler). Nótese, con carácter previo, que la mayor parte de las regulaciones sectoriales autonómicas guardan silencio sobre esta controversia, con la salvedad de Asturias, cuyo Decreto 48/2016, de 10 de agosto, de viviendas vacacionales y viviendas de uso turístico, prohíbe el destino turístico de los pisos en edificios de propiedad horizontal[61]; y Baleares, que tras la reciente modificación de su normativa en julio de 2017, exige un permiso expreso y puntual por parte de la comunidad de propietarios para destinar el piso a vivienda turística[62].

1. El alquiler de viviendas turísticas como posible actividad molesta para la comunidad de propietarios: ¿una afirmación apriorística o necesitada de prueba según los casos? La acción de cesación como solución ordinaria a la problemática

Lo primero que cabe preguntarse es si la actividad desempeñada por los propietarios de viviendas turísticas a través de esta modalidad de arrendamiento

puede llegar a calificarse como actividad molesta, pues de ser así, automáticamente podría instarse la acción de cesación *ex* artículo 7.2 LPH por parte de la comunidad de propietarios.

En efecto, de conformidad con el artículo 7.2 LPH, son tres los supuestos en los que la comunidad puede ejercitar la acción de cesación: a) cuando el propietario u ocupante del piso o local desarrolle en él o en el resto del inmueble actividades prohibidas en los estatutos; b) cuando estos lleven a cabo actividades que resulten dañosas para la finca; c) o cuando contravengan las disposiciones generales sobre actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas. Se trata de limitaciones[63] impuestas a los propietarios y ocupantes de viviendas en régimen de propiedad horizontal a modo de prohibiciones de carácter legal, íntimamente conectadas con las clásicas instituciones de las relaciones de vecindad[64] y el abuso del derecho (art. 7.2 CC)[65].

Ciertamente, el derecho de propiedad, como paradigma de los derechos subjetivos patrimoniales, reporta a su titular las más amplias facultades, que de acuerdo con el artículo 348 del Código civil, no encuentra más límites que los establecidos en las leyes. No obstante, más allá de la Ley, existen importantes límites intrínsecos al ejercicio de los derechos subjetivos, a saber, la buena fe y el abuso del derecho[66], cuyo reconocimiento en el ordenamiento español vino de la mano de la jurisprudencia, si bien fueron incorporados posteriormente en el artículo 7 del Código civil, tras la reforma del Título Preliminar operada por el Decreto 1836/1974, de 31 de mayo. Se trata de conceptos jurídicos indeterminados que tratan de amoldar la materialización de los derechos a lo que socialmente se entiende como ético y honesto[67], de forma que todo ejercicio excesivo del derecho (ya sea por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice) con daño para tercero debe reputarse inadmisible. Cabe destacar, además, que la doctrina del abuso del derecho se origina jurisprudencialmente en Francia precisamente en el contexto de propietarios colindantes, que, actuando dentro de los límites de sus fincas, generaban humos o extraían aguas subterráneas de manera desproporcionada, con la reprochable intención de causar daño a sus vecinos[68]. De ahí que no deba extrañarnos que, en la propiedad horizontal, donde las relaciones de vecindad entre los distintos propietarios de los pisos integrantes de los edificios son más intensas que en las propiedades independientes, la imposición de límites al ejercicio del derecho de propiedad sobre los elementos privativos sea algo necesario y consustancial a esta modalidad de propiedad. El legislador, siendo consciente de ello y para evitar el recurso a la genérica doctrina del abuso del derecho (de carácter excepcional y de aplicación restrictiva[69]), ha regulado expresamente desde antiguo los límites que afectan a las facultades de uso de los propietarios sujetos a un régimen de propiedad horizontal, a través de la acción de cesación[70] (con todos los supuestos que pueden dar lugar a la misma, entre los que destaca la oposición a prohibiciones establecidas a través de los estatutos de la comunidad, medida

que se ve reforzada por la reciente reforma introducida por el Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler). Se desplaza, así, en sede de propiedad horizontal, la aplicación del régimen general o subsidiario[71], es decir, el recurso a las clásicas instituciones del abuso del derecho y las relaciones de vecindad[72].

Aclarada la naturaleza de la acción de cesación, cual concreción legal en sede de propiedad horizontal de la doctrina del abuso del derecho y las relaciones de vecindad, nos resta por determinar la tramitación a seguir para su ejercicio, así como las consecuencias posibles derivadas del ejercicio de la acción de cesación.

En los supuestos ya analizados contemplados en el artículo 7.2.1.º de la LPH (actividades prohibidas en los estatutos, que resulten dañosas para la finca o que contravengan las disposiciones generales sobre actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas), el presidente de la comunidad, a iniciativa propia o de cualquiera de los propietarios u ocupantes, instará al infractor a la inmediata cesación de las actividades, apercibiéndole de iniciar las acciones judiciales procedentes (art. 7.2.2.º LPH)[73].

Si el infractor persistiere en su conducta *«el presidente, previa autorización de la junta de propietarios, debidamente convocada al efecto, podrá entablar contra él acción de cesación (…)»* (art. 7.2.3.º LPH). *«Presentada la demanda, acompañada de la acreditación del requerimiento fehaciente al infractor y de la certificación del acuerdo adoptado por la junta de propietarios, el juez podrá acordar con carácter cautelar la cesación inmediata de la actividad prohibida, bajo apercibimiento de incurrir en delito de desobediencia. Podrá adoptar asimismo cuantas medidas cautelares fueran precisas para asegurar la efectividad de la orden de cesación. La demanda habrá de dirigirse contra el propietario y, en su caso, contra el ocupante de la vivienda o local»* (art.7.2.4.º LPH).

La sentencia estimatoria de la accesión de cesación *«podrá disponer, además de la cesación definitiva de la actividad prohibida y la indemnización de daños y perjuicios que proceda, la privación del derecho al uso de la vivienda o local por tiempo no superior a tres años, en función de la gravedad de la infracción y de los perjuicios ocasionados a la comunidad. Si el infractor no fuese el propietario, la sentencia podrá declarar extinguidos definitivamente todos sus derechos relativos a la vivienda o local, así como su inmediato lanzamiento»* (art. 7.2.5.º LPH). Puede observarse, de este modo, que la consecuencia jurídica derivada de la acción de cesación es análoga a la que se obtiene a través de la doctrina del abuso del derecho: fundamentalmente, cese de la actividad e indemnización de los daños y perjuicios ocasionados.

Así las cosas, cabe preguntarse en cuál de los tres supuestos previstos en el artículo 7.2 LPH resulta subsumible la actividad que se desarrolla mediante el establecimiento de una vivienda turística en un edificio sometido a propiedad horizontal. Para ello, es necesario que analicemos brevemente el significado preciso que doctrinal y jurisprudencialmente se da a cada uno de estos supuestos.

a) *Actividad prohibida en los estatutos*: cabe que los estatutos de la comunidad contengan la prohibición expresa de que los pisos o locales se destinen a uso turístico. Dado lo reciente de este tipo de actividad, difícilmente cabrá encontrar tal prohibición en los estatutos de comunidades constituidas hace años. No obstante, más adelante nos plantearemos la posibilidad de incorporar dicha prohibición mediante una modificación de los estatutos, como posible medida preventiva frente a la creación de viviendas turísticas en edificios en régimen de propiedad horizontal. Se trata, además, de una posibilidad que se facilita enormemente a las comunidades con el nuevo apartado 12.º del artículo 17 de la LPH introducido por el Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler. Ahora baste decir que la prohibición ha de ser expresa, indubitada, que ha de servir a un interés legítimo, digno de protección, dado el carácter excepcional que presentan las limitaciones al derecho de propiedad[74], cuyo contenido esencial no podrá restringirse. El Tribunal Supremo insiste a este último respecto que «en el ámbito de la propiedad horizontal, resulta posible, el establecimiento de limitaciones o prohibiciones que en general atiendan al interés general de la comunidad» (STS de 5 de mayo de 2015[75]).

b) Actividades dañosas: por realización de actividades que resulten dañosas para la finca debemos entender, siguiendo a ÁLVAREZ OLALLA, «aquellas que causan daños materiales o que entrañan perjuicio económico para la finca»[76]. Lo definitorio, pues, es la causación del daño o perjuicio económico, que ya se haya producido o se esté produciendo desde su inicio[77].

c) Actividades que contravengan las disposiciones generales sobre actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas: la terminología de esta tercera prohibición que legitima el ejercicio de la acción de cesación es coincidente con la prevista en el Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas[78]. ¿Acaso debe ello traducirse en que la valoración de lo que se entienda por actividad molesta, insalubre, nociva, peligrosa o ilícita, deba coincidir con lo preceptuado en la enunciada norma administrativa? En absoluto, pues como indicaban la jurisprudencia y doctrina desde antiguo, el hecho de que la conducta estuviera recogida como tal en el reglamento, era simplemente un indicio de que la misma tuviera tal carácter, ya que había que valorar caso por caso, y tener presentes las circunstancias concretas en que la actividad se desarrolla, no pudiéndose catalogar «a priori». Tanto es así, que la obtención o denegación de licencia o autorización administrativa para realizar la actividad no es determinante al efecto de evitar o no la aplicación del ahora artículo 7.2 LPH. Se trata, pues, de conceptos jurídicos indeterminados, de modo que deberá ser el juez quien en cada caso valore la incidencia y consecuencias que una determinada actividad, según su grado de intensidad y según supere o no los límites de la normal razonabilidad o tolerabilidad, para así determinar si puede tener lugar la acción de cesación correspondiente[79].

Las actividades *molestas* se traducen en verdaderas inmisiones, a saber, «actos ejercidos por un titular dentro de su esfera dominical, que proyectan sus consecuencias en la propiedad ajena, causando molestias e impidiendo el adecuado uso y disfrute de la propiedad ajena»[80].

Las actividades *peligrosas* son «las que entrañan un riesgo superior a aquel que normalmente se asume, para satisfacer necesidades de los propietarios u ocupantes, en la mayoría de los inmuebles». En el Reglamento de 1961 se las definía como *«las que tengan por objeto fabricar, manipular, expender o almacenar productos susceptibles de originar riesgos graves por explosiones, combustiones, radiaciones u otros de análoga importancia para las personas o los bienes»*.

Las actividades *nocivas*, siguiendo el derogado Reglamento de 1961 son *«las que dan lugar a desprendimiento o evacuación de productos que puedan ocasionar daños a la riqueza agrícola, forestal, pecuaria o piscícola»*. Parece difícil que este tipo de actividades se den en inmuebles urbanos.

Las actividades *insalubres* «son aquellas cuyas consecuencias pueden producir daños o tener repercusiones más o menos graves en la salud de los vecinos u ocupantes».

Y, por último, *actividad ilícita* será aquella prohibida por la Ley, señaladamente las actividades tipificadas en el Código Penal[81].

De entre todas ellas, ¿a qué modalidad de actividad de las enunciadas en el artículo 7.2 LPH parecen acogerse los alquileres de viviendas turísticas? Parece evidente que claramente a las actividades molestas y, en su caso, a las dañosas, cuando se causen efectivamente daños materiales o que entrañan perjuicio económico para el inmueble. En efecto, esta modalidad de alquiler puede considerarse en la generalidad de los casos constitutiva de una actividad molesta, en la medida en que trae consigo un uso excesivo y, por ello, abusivo de los elementos comunes por parte de los sucesivos clientes, quienes con ello superan los límites de la normal razonabilidad o tolerabilidad, impidiendo el adecuado uso y disfrute de los mismos por parte del resto de vecinos y copropietarios. Lo que subyace a esta actividad es un claro abuso del derecho que es al que se trata de hacer frente a través de la acción de cesación en el específico ámbito de la propiedad horizontal *ex* artículo 7.2 LPH[82].

Ahora bien, sentado lo anterior, ¿puede afirmarse que todo alquiler de una vivienda turística es constitutivo de una actividad molesta que por ello justifique el ejercicio de una acción de cesación? ¿El carácter molesto puede determinarse de forma apriorística? En absoluto, de conformidad con el criterio jurisprudencial más asentado en la actualidad[83]. Como acabamos de ver, la noción de «actividad molesta» es un concepto jurídico indeterminado cuya determinación deberá llevarse a cabo por los jueces y tribunales en atención a las circunstancias. De ahí que el carácter molesto del alquiler vacacional deba probarse de forma concluyente y convincente. Tal y como afirma la STS de 16

de julio de 1993[84], «la calificación de una actividad como incómoda o molesta no ha de hacerse apriorísticamente, y solo por las características generales de la misma, sino atendiendo al modo de realizarse en cada caso o al modo de desarrollarse»[85]. En el supuesto controvertido que nos ocupa, subraya el TSJ de Cataluña en sentencia de 19 de mayo de 2016[86], que «tampoco la actividad *per se* y en abstracto (refiriéndose a los pisos turísticos) supone un daño o peligro para el edificio en la medida en que el uso intensivo de los elementos comunitarios por el trasiego de los ocupantes, que dicho sea de paso, no es exclusivo de este tipo de actividad, sino de otras como despachos profesionales o locales abiertos al público (…)»[87].

Por tanto, es necesario demostrar, en cada caso concreto, el carácter molesto de la actividad, para la eventual estimación de una acción de cesación. A este respecto, la jurisprudencia suele exigir elementos probatorios contundentes, tales como denuncias reiteradas ante organismos públicos, intervenciones policiales, justificación documental de una extraordinaria situación anómala en el mantenimiento de elementos comunes tales como el ascensor, o fotografías que evidencien los excesos cometidos por los ocupantes de los pisos turísticos[88]. Así se indica en la SAP de Barcelona, de 21 de mayo de 2015[89], en la que se desestima la acción de cesación entablada por la comunidad de propietarios, ya que examinando la prueba aportada se constata que «la entidad que gestiona el uso turístico del apartamento dispone de servicio de limpieza diario y (…) atiende diversas quejas de vecinos incluyendo la realización de obras de aislamiento en algunos casos (…)», de modo que se comprueba que «las quejas expresadas resultan casi todas ellas orales y dirigidas al presidente de la comunidad o al responsable de la gestora del apartamento (…)».

Lo contrario sucedió en la SAP de Barcelona, de 3 de febrero de 2017[90], donde se estimó la acción de cesación entablada por la comunidad frente al promotor del edificio y propietario de doce viviendas que destina a uso turístico, al reputarse acreditadas las continuas molestias causadas mediante la aportación documental de numerosas denuncias ante la Guardia Urbana y el Ayuntamiento. Curiosamente, en esta misma sentencia, la existencia de un servicio diario de limpieza, así como de un teléfono veinticuatro horas para atender las incidencias que pudieran producirse derivadas de la explotación de la actividad, no excluyen el carácter molesto de la actividad turística desarrollada, sino que son consideradas como claramente demostrativas del uso intensivo y excesivo de los elementos comunes: «lo que denota ese servicio, es que se está realizando un uso intensivo de los elementos comunes, como lo demuestra el hecho de que se requiera la presencia diaria de personal de la demandada que atienda (…) a los usuarios que acuden a los pisos turísticos dado el elevado número de ellos que se dedica a esa actividad, que realice la limpieza de las viviendas, y el cambio de ropa de cama, lo que requiere presencia prácticamente diaria en el inmueble, con lo que ello supone de acarreo (en carritos) de dicha ropa

desde la planta baja (donde están las viviendas) hasta el sótano (donde está la lavandería) utilizando para ello el ascensor del inmueble».

Cabe hacer mención a dos cuestiones controvertidas adicionales sobre las que se ha pronunciado la jurisprudencia menor (es en la que se ha ventilado mayoritariamente la problemática analizada): de un lado, la incidencia que puedan tener las licencias administrativas para el desarrollo de la actividad turística, así como el posible carácter molesto que pueda apreciarse respecto de aquellas viviendas turísticas cuya actividad solo tenga lugar en determinadas épocas del año (señaladamente, la estival).

Por lo que respecta a la primera cuestión, la eventual existencia de licencias administrativas para el desarrollo de determinadas actividades (en este caso, la turística) no es óbice para estimar el carácter molesto de las mismas. Así lo reitera de modo unánime la jurisprudencia, siendo ilustrativas en este sentido las palabras pronunciadas por la SAP de Barcelona, de 12 de julio de 2011[91]: «lo que se debe valorar no es si el negocio cuenta o no con licencia municipal (…), sino simplemente si la actividad desarrollada en el mismo afecta a la convivencia normal y pacífica de la vida en la comunidad de propietarios». Se trata de una derivación lógica de la naturaleza casuística de la noción de actividad molesta y del rechazo de apriorismos, en este caso, negando que la existencia de una licencia administrativa se traduzca automáticamente en el carácter «no molesto» de la actividad.

En lo que hace a la segunda cuestión, se puede afirmar la naturaleza molesta de la actividad llevada a cabo por los pisos turísticos, incluso en los casos en que solo se desarrolle en determinadas épocas del año, tales como la estival. Así lo entiende la SAP de Barcelona, de 3 de febrero de 2017[92], que estima la acción de cesación entablada por una comunidad frente a la propietaria de una serie pisos en los que la actividad turística tiene lugar especialmente en verano: «No se trata de conductas aisladas sino reiteradas, continuas y graves, siendo indiferente que las viviendas turísticas tengan una mayor ocupación en la época estival, pues (…) la gravedad y continuidad, incluso aunque se produjera solo en época estival, no desvirtuaría la calificación de las mismas como incívicas».

He aquí, pues, la vía ordinaria de defensa con la que cuentan las comunidades de propietarios frente a las actividades molestas que provocan las viviendas turísticas: el ejercicio de la acción de cesación, tras la prueba del carácter molesto de la actividad. ¿Cabrían otras vías de defensa distintas del ejercicio de una acción de cesación por el carácter molesto del alquiler? ¿Qué hay de la descripción que en el título constitutivo de la propiedad horizontal se haga del destino de las viviendas y locales integrantes del edificio? ¿Pueden adoptarse medidas preventivas que faciliten la acción de cesación por vías distintas a la demostración de la naturaleza molesta de la actividad? Veámoslo a continuación.

2. El destino de la vivienda descrito en el título constitutivo de la propiedad horizontal, ¿posible vía de defensa para las comunidades de propietarios?

El artículo 5, párrafo 3.º de la LPH prevé que en el título constitutivo de la propiedad horizontal puedan contenerse, entre otros aspectos, *«disposiciones no prohibidas por la ley en orden al uso o destino del edificio y sus diferentes pisos o locales (…)»*. Si en dicho título constitutivo se indica que el edificio y sus pisos integrantes están destinados a uso de vivienda, ¿queda en ese caso vedada la posibilidad de destinar uno de los pisos a alquiler turístico? ¿El único uso permitido es el que consta en el título constitutivo, de modo que cualquier cambio de tal uso exigirá la correlativa modificación del mismo? La respuesta que ha dado la jurisprudencia y la doctrina de la DGRN ha sido vacilante, aunque puede apreciarse un criterio uniforme en la actualidad, en el sentido que ahora veremos.

En efecto, en un primer momento, pueden encontrarse sentencias y resoluciones de la DGRN en las que se entiende que el propietario del piso debe ajustar el uso del mismo a lo determinado en el título constitutivo. Así, por ejemplo, la STS de 28 abril de 1978, entendió que la expresión de la cláusula estatuaria «los pisos habrán de destinarse a vivienda» impedía la instalación de una oficina, y dio lugar a la resolución del contrato de arrendamiento, instado por la comunidad. Esta fue también la postura sostenida en la RDGRN de 25 septiembre de 1991: en el título constitutivo constaba el destino del desván a trastero, de modo que tras las obras pertinentes los adquirentes lo destinaron a vivienda; al solicitar la inscripción de la declaración de obra nueva el registrador la denegó, criterio que fue confirmado por la DGRN, ya que el nuevo uso solo tendría cabida tras la oportuna reforma del título constitutivo (por unanimidad) que así lo reflejara. También puede destacarse a este respecto, la STS de 23 de noviembre de 1995: en los estatutos de la comunidad constaba el destino de los pisos a vivienda y el destino de los locales de planta baja y sótano a industrias o negocios; los constructores promotores otorgantes de los estatutos, posteriormente, destinan un local y los dos pisos de la primera planta a un establecimiento hostelero, siendo demandados por el presidente. En Primera Instancia se desestima la demanda, pues el juez entendía que no se trataba de una actividad prohibida, y no se había acreditado tampoco que fuera incómoda o molesta. La Audiencia Provincial revoca la sentencia de Instancia, entendiendo que el destino permitido era solo vivienda y que además se trataba de una actividad incómoda. El Tribunal Supremo viene a coincidir con el criterio de la Audiencia Provincial.

No obstante, la postura contraria parece ser la prevalente en la jurisprudencia actualmente, a saber, que la mera descripción del destino en el título constitutivo no implica prohibición de realizar actividades diversas. A este respecto pueden destacarse las SSTS de 23 de febrero de 2006[93] (permitiendo

la instalación de un gimnasio en un local destinado a oficina), 20 de octubre de 2008[94] (destinando dos locales a actividad comercial, a pesar del silencio del título constitutivo), y, más recientemente, las de 24 de octubre de 2011[95], 4 de marzo de 2013[96] y 1 de octubre de 2013[97], que permiten transformar en vivienda un elemento privativo, constando la descripción del mismo en el título constitutivo como local comercial[98]. Son ilustrativas a este respecto las palabras empleadas por la STS de 23 de febrero de 2006[99]: «en el título constitutivo y los estatutos se hace constar de ordinario el uso y destino del edificio, pero esta mera descripción no supone limitación del uso o de las facultades dominicales, pues para ello deviene necesaria una cláusula o regla precisa y concreta, con obligación para los comuneros de su cumplimiento, tanto para los fundadores de la comunidad, como para los titulares posteriores, y a ninguno de ellos se le puede privar de la utilización de su derecho de propiedad como considere oportuno, siempre que el destino elegido no esté prohibido singularmente en aquellos documentos». Ahora bien, al margen de lo anterior, lo que sí se reitera unánimemente por parte de la jurisprudencia es la importancia de la descripción del edificio y de sus partes contenida en los estatutos o en título de propiedad como elemento relevante en la labor interpretativa que deba llevarse a cabo[100].

En definitiva, como subraya la reciente sentencia del TSJ de Cataluña, de 13 de septiembre de 2018[101] (admitiendo la posibilidad de que un piso se destine a uso turístico a pesar de que el título constitutivo lo vincule a vivienda), «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. De este modo, 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 (…). En este sentido, aunque en el título constitutivo de la propiedad horizontal conste un determinado destino de los elementos privativos, de hecho, el título puede ser modificado en este punto sin necesidad del consentimiento de la Junta de propietarios si los estatutos de la comunidad de propietarios no hubiesen prohibido alterarlo»[102].

Esta corriente jurisprudencial se ve además confirmada en Cataluña en el artículo 553-10.1.c) del CCCat, en el que se ha establecido que no se precisa el consentimiento de la junta de propietarios para la modificación del título de constitución si la motivan: *«c) Las alteraciones del destino de los elementos privativos, salvo que los estatutos lo prohíban».*

3. Una posible medida preventiva que evita la prueba del carácter molesto del alquiler turístico: la prohibición expresa en los estatutos de la comunidad

Una medida preventiva destacada por la generalidad de la doctrina para erradicar el destino a vivienda turística de los pisos es la de incluir una prohibición expresa a este respecto en los estatutos de la comunidad. La inclusión de esta prohibición habilitaría a la comunidad para ejercitar la acción de cesación de modo inmediato en caso de contravención por alguno de los propietarios: no olvidemos, que uno de los supuestos en los que cabe el ejercicio de tal acción es frente a «actividades prohibidas en los estatutos».

Se trata de una medida que podría introducirse desde un primer momento al constituir la propiedad horizontal, o *a posteriori* mediante la correspondiente modificación de los estatutos. En este último caso, el escenario legislativo ha variado notablemente, pues con carácter previo al nuevo apartado 12.º del artículo 17 de la LPH introducido por el Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler, la modificación estatutaria se veía abocada a la unanimidad (lo cual convertía esta opción en una verdadera quimera, con los matices que veremos a continuación), mientras que en la actualidad puede llevarse a cabo 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»* (si bien, no con pocas dudas interpretativas que también analizaremos seguidamente). Nótese que en el singular caso de Cataluña, la modificación de los estatutos, desde la redacción originaria Ley 5/2006, de 10 de mayo, del libro quinto del Código civil de Cataluña, relativo a los derechos reales, y hasta la actualidad, es posible con el 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 (no solo para el específico caso de la inclusión de una prohibición para el uso turístico de los pisos)[103].

En efecto, la comunidad de propietarios, ante los riesgos y potenciales molestias que las viviendas turísticas suscitan, puede prohibir de forma tajante este tipo de destino del uso de los pisos en sus estatutos. Para ello, la actividad prohibida no es necesario que *de facto* sea incómoda o trastorne la buena marcha de la comunidad[104]. Así lo ha expresado indubitadamente la jurisprudencia en reiteradas ocasiones, pudiendo destacarse, entre otras, la STS de 20 de febrero de 1997[105], en la que se afirma que «no cabe apreciar que la prohibición concerniente a actividades no permitidas en los estatutos presuponga, necesariamente, que las mismas hubieren de ser dañosas, inmorales, peligrosas, incómodas o insalubres». Siendo así, ¿qué clara ventaja se obtiene mediante el establecimiento de esta prohibición? Como acabamos de anticipar, todo acto contrario a la prohibición estatutaria legitimará el ejercicio de la acción de cesación, pues como

hemos tenido ocasión de ver, el primero de los supuestos de hecho recogidos en el artículo 7.2 de la LPH es el desarrollo de una actividad prohibida en los estatutos. Esto es, evitaríamos la necesidad de demostrar el carácter molesto del alquiler turístico que siempre ha de ser probada, tratándose de un concepto jurídico indeterminado que no puede determinarse de forma apriorística, tal y como hemos comprobado anteriormente.

Antes de adentrarnos en las mayorías necesarias para incluir la prohibición a través de la pertinente modificación de los estatutos, así como en las dudas interpretativas que suscita el novísimo artículo 17.12.º de la LPH[106], es preciso que aclaremos preliminarmente un importante interrogante planteado por la prohibición estatutaria: ¿resulta admisible la prohibición o puede llegar a calificarse como un abuso del derecho que atenta contra el derecho del propietario que pretenda iniciar la actividad de alquiler turístico de su vivienda?

La prohibición es perfectamente admisible, siempre que se adopte con las mayorías necesarias, siguiendo los procedimientos legalmente establecidos y se establezca de forma expresa, indubitada, debiendo servir a un interés legítimo, digno de protección[107]. No puede tratarse, pues, de una prohibición o restricción que responda al mero capricho o a la mera arbitrariedad, o que se inspire en principios discriminatorios, como aquellos que impidiesen la utilización del inmueble (la adquisición o el arrendamiento) por parte de personas pertenecientes a determinadas razas, orientaciones sexuales, o con determinadas circunstancias familiares[108]. ¿La prohibición estatutaria consistente en impedir que los pisos se destinen a viviendas de uso turístico, responde a ese preceptivo interés legítimo? La respuesta, parece evidente que debe ser afirmativa, pues con la prohibición se está tratando de evitar una actividad que puede dar lugar previsiblemente a importantes molestias y eventuales daños a la comunidad de propietarios. Es decir, de alguna manera, esta prohibición no es más que una concreción o especificación de las restantes prohibiciones legales genéricas contempladas en el artículo 7.2.1.º de la LPH, al implicar algún tipo de molestia o peligro de daños a la comunidad[109]. Como apunta acertadamente CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA a este respecto, «no se trataría, por tanto, de prohibir el alquiler sin más, sino de hacerlo en evitación de potenciales molestias para la comunidad, concretando así esa posible molestia, tan genéricamente mencionada por el artículo 7.2 de la LPH»[110]. En ningún caso puede hablarse, pues, de un acuerdo constitutivo de un abuso del derecho, ya que la prohibición no responde a un interés particular en perjudicar al propietario de la pretendida vivienda turística y sí contamos con un interés serio o legítimo que la justifica, de modo que no hay un exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho (*ex* art. 7.2 CC).

Así lo viene entendiendo igualmente la jurisprudencia, pudiendo destacarse en este sentido la STSJ de Cataluña, de 13 de septiembre de 2018[111], en la que se soslaya que «en el régimen de propiedad horizontal la necesidad de compaginar los derechos e intereses concurrentes de una pluralidad de propietarios y

ocupantes de los pisos, justifica la fijación, legal o estatutaria, de específicas restricciones o límites a los derechos de uso y disfrute de los inmuebles por parte de sus respectivos titulares, sin que ello pudiese afectar al artículo 33 de la CE (se sigue en este extremo la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en las sentencias 301/1993, de 21 de octubre y 28/1999, de 8 de marzo). (…) En consecuencia, el acuerdo que restrinja o limite las actividades que pueden realizarse en los elementos privativos, adoptado por los órganos competentes de la comunidad (…) es válido como tal e inscribible en el Registro de la Propiedad»[112].

Cabe destacarse, además, que de cara a la eficacia de la prohibición frente a futuros adquirentes, es imprescindible que los estatutos y su correspondiente modificación se inscriban en el Registro de la Propiedad. Con ello, evitamos la posible existencia de terceros de buena fe a los que no resulte oponible la prohibición de destino turístico de la vivienda (*ex* artículo 32 y 34 de la LH).

Admitida la viabilidad de esta prohibición, es hora de plantearnos las mayorías exigidas para adoptar la modificación estatutaria, antes[113] y después del novedoso artículo 17.12 de la LPH.

Si nos acogemos al régimen precedente conforme al cual toda modificación de los estatutos requiere unanimidad (art. 17.6 de la LPH), es evidente que las dificultades que se plantean hacen inviable su adopción, pues el propietario del piso turístico siempre se opondrá. ¿Cómo puede superarse ese escollo aparentemente insalvable? Veremos las posibilidades de actuación ofrecidas por la LPH.

a) ¿Puede acudirse al *sistema de voto presunto*, que será posible presumiblemente dado que los propietarios de este tipo de viviendas suelen estar bastante al margen de la vida comunitaria? Siguiendo a CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA puede afirmarse que sí podremos acogernos a la regla del artículo 17.8 de la LPH. No olvidemos que lo que trata de evitar el acuerdo es el uso excesivo, anormal y abusivo de los elementos comunes. No es un acuerdo que afecte a la condición de comunero (la cuota de participación seguirá siendo idéntica), ni implique disposición, por alteración, de los elementos comunes, afectando tan solo a su gestión a fin de ponderar su uso desproporcionado[114]. Se trata, pues, de un acto colectivo, que afecta a la junta como órgano comunitario, y que no se imputa a cada propietario singularmente por no afectar al contenido esencial de su dominio (RRDGRN de 23 de mayo de 2001, 19 de abril de 2007…). Por tanto, en este caso, y siempre que el acuerdo se haya tomado por la totalidad de los asistentes, el propietario de la vivienda turística ausente deberá ser fehacientemente notificado por el procedimiento del artículo 9 de la LPH; si en el plazo de treinta días a contar desde esta notificación no se ha opuesto alguno de los no asistentes, mediante comunicación dirigida al secretario de la comunidad, el acuerdo es válido y se entiende tomado por unanimidad; mientras transcurre este mes, el acuerdo no será ejecutivo, salvo que los disidentes manifiesten su conformidad antes del transcurso del plazo[115].

b) Si el sistema de computación como positivos de los ausentes no disidentes no fuera posible, ¿qué otra alternativa existiría para superar el veto del propietario de la vivienda turística? Resultaría posible acudir al *procedimiento de resolución por equidad del artículo 17. 7. 2.º de la LPH*: *«Cuando la mayoría no se pudiere lograr por los procedimientos establecidos en los apartados anteriores, el juez, a instancia de parte deducida en el mes siguiente a la fecha de la segunda junta, y oyendo en comparecencia los contradictores previamente citados, resolverá en equidad lo que proceda dentro de veinte días, contados desde la petición, haciendo pronunciamiento sobre el pago de costas»*. Esta solución por equidad se entiende doctrinal y jurisprudencialmente aplicable en la actualidad, no solo a los acuerdos que deban adoptarse por mayoría, sino también a los que deban decidirse por unanimidad[116].

c) ¿Cabe establecer la prohibición en las normas de régimen interior? Una de las características básicas de las normas de régimen interior es que su modificación solo exige el voto de la mayoría del total de los propietarios que, a su vez, representen la mayoría de las cuotas de participación (*ex* art. 17.7 de la LPH), a diferencia de la unanimidad que con carácter general se requiere para la modificación de los estatutos. Siendo así, la eventual inclusión de la prohibición en las normas de régimen interior mediante su oportuna modificación la harían mucho más viable y factible. No obstante, esta opción no es posible, pues tal y como sostiene en términos muy ilustrativos la SAP de Mallorca de 25 de octubre de 2018[117], «los estatutos contienen normas que regulan los derechos de cada propietario en relación con su piso y a la propiedad común mientras que las normas de régimen interior se destinan a regular detalles de la convivencia, pero sin que en modo alguno modifiquen ni creen limitaciones a los derechos establecidos; (…) en la medida en que se regula como el conjunto de la comunidad puede proceder a explotar en régimen de alquiler turístico el conjunto de los apartamentos que la conforman, se entiende que la regulación que se establece excede de lo que la Ley de Propiedad Horizontal establece que son normas de régimen interior, sino que se trata de una materia que, considerada en su conjunto, deben ser reguladas por los estatutos, lo que exige el acuerdo de los propietarios por unanimidad».

A partir del 6 de marzo de 2019 en que ha entrado en vigor el nuevo artículo 17.12 de la LPH, la modificación estatutaria que persiga prohibir los pisos turísticos no exige unanimidad (al margen de que se trate de una comunidad de propietarios ya constituida, pues así se deduce tácitamente del silencio del legislador acerca de la retroactividad de la norma[118]), sino, reiteramos, *«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»*. Aunque la redacción de este precepto ofrece importantes dudas interpretativas, de ahí que merezca la pena reproducir su tenor literal: *«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».

Como puede apreciarse, para comenzar, el precepto no habla de la posibilidad de «prohibir» el uso turístico de los pisos, sino de «limitar o condicionar» el ejercicio de tal actividad[119]. ¿Cabe, pues, la prohibición? Siguiendo a CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA es evidente que sí, atendiendo a una interpretación gramatical y teleológica del precepto: desde un punto de vista gramatical la posibilidad de prohibir el uso turístico de un piso es una clara limitación (la mayor limitación posible, ciertamente); y atendiendo a la finalidad perseguida por el Real Decreto que implanta el nuevo precepto (el fomento del mercado del alquiler, en el que se consideran los alquileres turísticos como un claro obstáculo para ello), ¿cómo no va a ser conforme a tal espíritu la posibilidad de prohibir tal fenómeno? Sería, incluso, la opción más conforme a tal finalidad de la norma[120]. Además, ya hemos analizado cómo la jurisprudencia admite unánimemente la inclusión de prohibiciones de uso sobre las viviendas, siempre que se recojan de forma expresa, indubitada, respondan a un interés digno de protección; lo cual no atenta frente al artículo 33 de la CE, tal y como ha confirmado igualmente el TC: «en el régimen de propiedad horizontal la necesidad de compaginar los derechos e intereses concurrentes de una pluralidad de propietarios y ocupantes de los pisos, justifica la fijación, legal o estatutaria, de específicas restricciones o límites a los derechos de uso y disfrute de los inmuebles por parte de sus respectivos titulares, sin que ello pudiese afectar al artículo 33 de la CE»[121]. Por otra parte, como argumento *a fortiori* puede destacarse que el CCCat emplea en su artículo 553-2.e) el término «limitación» y no «prohibición» al referirse a las cláusulas estatutarias que deben considerarse válidas y la jurisprudencia del TSJ de Cataluña y de la AP de Barcelona admiten de forma unánime la posibilidad de que las prohibiciones se incluyan en los estatutos de la comunidad[122].

Por otra parte, debe destacarse que el artículo 17.12 de la LPH solo plantea la posibilidad excepcional de modificar el título constitutivo o los estatutos por la mayoría de tres quintos, cuando lo que se pretenda sea prohibir exclusivamente las viviendas de uso turístico: es la conclusión a la que se llega leyendo la parte inicial del precepto en la que existe una remisión expresa a *«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». De ahí que no pueda acudirse a esta mayoría para prohibir otro tipo de actividades: hostal, pensión, bar, restaurante, discoteca, etc[123].

Otra cuestión sobre la que el artículo 17.12 de la LPH plantea serias dudas interpretativas es la concerniente al carácter irretroactivo del acuerdo que adopte la modificación del título constitutivo o de los estatutos para la inclusión de la prohibición, declarada expresamente en la parte final del precepto. Con ello, parece seguirse el criterio jurisprudencial existente sobre el particular, que de forma unánime viene estimando (señaladamente en Cataluña, donde recordemos que no rige la regla de la unanimidad para la reforma de los estatutos desde antiguo), que la prohibición solo afectará a los futuros adquirentes, de modo que carecerá de efectos retroactivos. Y ello, por motivos de seguridad jurídica y respeto de los derechos adquiridos. Puede citarse a este respecto la STSJ de Cataluña 19 de mayo de 2016[124], en la que se afirma que el artículo 553-11.3 del CCCat (en su redacción originaria y en la actual), impide que los acuerdos restrictivos de un uso antes no prohibido puedan ser opuestos a quienes adquieran sus elementos privativos sin esa limitación, por vulnerar dicha norma y el principio de seguridad jurídica establecido en el artículo 9.3 de la CE. Ahora bien, ¿qué alcance tiene dicha irretroactividad? ¿A qué concretos propietarios afectará la prohibición?: ¿únicamente a los que adquieran la vivienda una vez adoptada la prohibición y publicada en el Registro de la Propiedad, o también podrá afectar a los propietarios que ya lo fueran una vez implementada la prohibición? ¿Qué sucede con los propietarios ausentes o disidentes en el momento de adoptar el acuerdo, se ven afectados por la prohibición? Llama poderosamente la atención que el legislador haya obviado estos aspectos, a sabiendas de que son cuestiones que en el ámbito catalán han suscitado enormes controversias a nivel jurisprudencial, algunas de las cuales han impulsado incluso reformas legislativas tendentes a clarificarlas[125].

Para responder a estas cuestiones es de gran ayuda la jurisprudencia que viene dictándose en el ámbito catalán. De su análisis, pueden extraerse una serie de conclusiones básicas que entendemos perfectamente trasladables para la resolución de las cuestiones que acaban de exponerse:

a) En primer lugar, cuando se habla de irretroactividad de la prohibición, nos referimos a la actividad de alquiler turístico en sí misma considerada, y no a un concreto alquiler turístico que esté en vigor a la fecha de adopción del acuerdo. Esto es, no puede sostenerse que la prohibición sea inaplicable a los alquileres turísticos en curso, pero sí a los sucesivos, pues tal conclusión vaciaría de contenido el carácter irretroactivo acogido imperativamente por la norma: los alquileres turísticos son para periodos muy breves, de ahí lo absurdo de esta inteligencia. Así las cosas, todo propietario que haya iniciado la actividad de alquiler turístico con carácter previo a la prohibición, no se verá afectado por la misma.

b) Al tratarse de una prohibición dirigida con carácter uniforme y por igual a todos los pisos integrantes del edificio sometido a propiedad horizontal, es irrelevante que el propietario eventualmente afectado hubiera estado ausente de la junta en que se adopte el acuerdo o se haya opuesto expresamente al acuerdo. Lo relevante, pues, de cara a la irretroactividad del acuerdo prohibitivo es estar desempeñando la actividad de alojamiento turístico con carácter previo al mismo. Prueba de ello es que el propio artículo 17.12 de la LPH no hace mención alguna a la necesidad de que en la mayoría de tres quintos deba contarse con la presencia o voto favorable de determinados propietarios. En Cataluña la problemática se suscitó en relación con la redacción originaria del artículo 553-25.4 del CCCat, en el que se decía lo siguiente: *«Los acuerdos que disminuyan las facultades de uso y goce de cualquier propietario o propietaria requieren que este los consienta expresamente»*; de forma que se discutía acerca de la necesidad o no de contar con el consentimiento del propietario afectado por la prohibición de uso turístico de los pisos. La jurisprudencia menor y el TSJ consideraban que el consentimiento expreso solo resultaba necesario en los casos en que las restricciones o prohibiciones de uso solo se refirieran a un piso en particular, pero no para los supuestos en que se dictaran con carácter general para todos de modo igualitario. El criterio jurisprudencial se tradujo en una reforma del precepto en cuestión, dadas las dudas interpretativas que suscitaba, de modo que en la actualidad se precisa que solo será necesario el consentimiento expreso del propietario afectado cuando se adopte un acuerdo que «prive a cualquier propietario de las facultades de uso y disfrute de elementos comunes». En este sentido, afirma la SAP de Barcelona de 5 de julio de 2017[126] (referida a la redacción originaria del controvertido art. 553-25.4 CCCat): «(…) no es aplicable en estos casos, salvo que la modificación estatutaria se refiera específicamente al uso de un piso o local concreto y no a la generalidad de los departamentos de la comunidad, la previsión del artículo 553.25.4 del Código civil de Cataluña conforme al cual los acuerdos que disminuyan las facultades de uso y goce de cualquier propietario o propietaria requieren que este los consienta expresamente, toda vez que interpretarlo de ese modo dejaría vacía de contenido la posibilidad de modificar los Estatutos con el régimen de los cuatro quintos». A la misma conclusión puede llegarse con la interpretación de la irretroactividad proclamada en la parte final del artículo 17.12 de la LPH: dejaríamos vacía de contenido la posibilidad de modificar los estatutos para prohibir las viviendas turísticas si el voto favorable de tres quintos debiera incluir la presencia o voto favorable de determinados propietarios.

c) ¿Qué sucede en el hipotético (e improbable) caso en que alguno de los propietarios que ejercieran la actividad turística votaran a favor del acuerdo prohibitivo? En virtud de la doctrina de los actos propios no podría hacer valer la irretroactividad de la medida, pues ello supondría atentar frente a la buena fe que debe observarse en el ejercicio de los derechos subjetivos *ex* artículo 7.1 del Código civil.

d) Los propietarios que no hayan iniciado la actividad de alojamiento turístico a la fecha de adaptación del acuerdo prohibitivo pero que hubieran ya iniciado los trámites necesarios para obtener las licencias administrativas oportunas, ¿se verán afectados por la prohibición? Entendemos que sí, porque en ese caso solo tendrían una legítima expectativa, y no un verdadero derecho asimilable al existente en manos de quien ya ejerce realmente la actividad turística en su piso[127].

e) ¿Qué sucede con los terceros que adquieran un piso con posterioridad a la adopción de la prohibición? Solo les resultará oponible en la medida en que la conozcan (carecerán en ese caso de la buena fe necesaria para ser protegidos por el sistema registral *ex* artículos 34 y 32 de la LH, siguiendo en este último caso un dualismo moderado acerca del tercero hipotecario[128]), o esté inscrita en el Registro de la Propiedad[129].

4. Una última solución alternativa: incremento de la cuota de gastos para el propietario de la vivienda turística

Una medida que viene adoptándose particularmente en Cataluña (*ex* art. 553-45.4 del CCCat) y que también se facilita con el novísimo artículo 17.12 de la LPH[130] es la consistente en imponer un incremento de las cuotas de gastos comunes a los propietarios de las viviendas turísticas. Y ello, en la medida en que utilizan de modo más intenso los elementos y servicios comunes, lo cual es consustancial al mayor provecho que llevan a cabo de su elemento privativo. El vigente artículo 17.12 de la LPH indica a este respecto que la misma mayoría de las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación *«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%»*[131]. Esto es, basta la mayoría de tres quintos para adoptar un incremento en la cuota de gastos del propietario del piso turístico, aunque con un límite cuantitativo del 20% máximo respecto a la cuota de gastos ordinaria. La razón de ser de este límite se desconoce y parece ser un tanto arbitraria, pues nada se dice al respecto en el texto introductorio del Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler.

Esta medida también se ve afectada por la irretroactividad afirmada con carácter general en la parte final del precepto, de modo que pueden reproducirse por entero las consideraciones de índole interpretativo que acabamos de exponer. Si la norma no distingue el alcance de la irretroactividad en uno y otro caso (prohibición y aumento de la cuota de gastos), tampoco debemos hacerlo nosotros como intérpretes[132]. En definitiva, el aumento de las cuotas solo afectará:

a) A los propietarios que no hayan destinado su piso a uso turístico con carácter previo a la adaptación del aumento.
b) A los terceros adquirentes, cuando el acuerdo sobre el aumento de las cuotas esté inscrito en el Registro de la Propiedad, o tengan conocimiento del mismo.

Ahora bien, siendo ello así, consideramos que la irretroactividad declarada imperativamente por el artículo 17.12 de la LPH no debería haberse aplicado al aumento de la cuota de gastos, ya que el sentido de la medida (de menor intensidad que la prohibición de la actividad turística) es precisamente ajustar dicha cuota al mayor uso de los elementos comunes llevado a cabo por los propietarios de las viviendas turísticas. De muy poco servirá dicho aumento en las cuotas si los propietarios que vienen destinando la vivienda a uso turístico permanecen ajenos a ello. De ahí que carezca de sentido que la parte final del artículo 17.12 de la LPH se refiera indistintamente a ambas posibles medidas: limitación de uso y aumento de la cuota de gastos.

IV. BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ OLALLA, P., Comentario al artículo 7.2 LPH, en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Dir.), *Comentarios de la Ley de Propiedad Horizontal*, Aranzadi, 2014, 219-270.

CABEZUELO ARENAS, A.L., Edificios sometidos a propiedad horizontal y arriendo turístico de pisos: tres vías de prevención y/o defensa de la Comunidad frente a una actividad potencialmente molesta, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5, 2018, 19-51.

CANTERO CASTILLO, R.J., Regulación de las viviendas turísticas en Andalucía, en *Actualidad Administrativa*, 2016, núm. 7.

CARTWRIGHT, J. (traducción de Murga Fernández, J.P.), Una introducción al Derecho de contratos inglés, en Espejo Lerdo de Tejada, M., Oliva Blázquez, F. (Dirs.), *Derecho de contratos: nuevos escenarios y nuevas propuestas*, Aranzadi, 2016, 29-54.

— *An Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer*, Hart Publishing/ Bloomsbury, 2016.

— *Introducción al Derecho inglés de los contratos* (traducción de Murga Fernández, J.P.), Aranzadi, 2019.

CASTAÑOS CASTRO, P., Naturaleza jurídica del contrato de hospedaje, en *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 6, 2014, 65-81.

— *Derechos y deberes de los consumidores en los hoteles*, Dykinson, 2015.

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., De nuevo, sobre pisos turísticos y comunidades de vecinos: a propósito del nuevo artículo 17.12 LPH, en *Revista de Derecho Privado*, núm. 3, 2019, 3-33.

— Pisos turísticos y comunidades de vecinos: un posible caso de abuso del Derecho, en *Revista de Derecho Privado*, núm. 102, 2018, 53-88.

DE CASTRO Y BRAVO, F., *Temas de Derecho Civil*, Civitas, reimpresión 2008.

FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, M.A., La reforma del procedimiento administrativo: la nueva Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en *Estudios de Deusto: revista de la Universidad de Deusto*, Vol. 63, núm. 2, 2015, 127-152.

FUENTES-LOJO RIUS, A., El Real Decreto-ley de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler: aspectos de propiedad horizontal, arrendaticios y viviendas de uso turístico», en *Actualidad Civil*, núm. 12, 2018.

GARCÍA GARCÍA, J.M., *La propiedad horizontal en la legislación, en la doctrina y en la jurisprudencia*, Civitas, 2017.

GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., El alquiler vacacional como actividad molesta en la comunidad de propietarios, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 765, 2018, 496-512.

GORDILLO CAÑAS, A., ¿Monismo o dualismo hipotecario?: hablen los autores del sistema, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo 42, 2004, 95-136.

GUILLÉN NAVARRO, N.A., La vivienda con un uso turístico: entre el turismo «colaborativo» y la competencia desleal. Pequeños propietarios, grandes plataformas en Internet y la respuesta normativa ante el caos regulatorio, en Cerdeira Bravo de Mansilla, G. (Dir.), *Viviendas de uso turístico: régimen civil, administrativo y fiscal*, Reus, Madrid, 2018, 19-54.

HERRERO SUÁREZ, C., Las viviendas de uso turístico: ¿el enemigo a abatir? Reflexiones sobre la normativa autonómica en materia de alojamientos turísticos, en *Revista de Estudios Europeos*, núm. 70, 2017, 147-158.

HESSELINK, M.W., The concept of good faith, en Hartkamp, A.S., Hesselink, M.W., Hondius, E.H., Mak, C. y du Perron C.E. (Eds.), *Towards a European civil code*, 4.ª Edición, Wolters Kluwer, 2011, 619-649.

JORDANO BAREA, J.B., Contratos mixtos y unión de contratos, en *Anuario de Derecho Civil*, núm. 1, 1951, 330 y sigs.

MURGA FERNÁNDEZ, J.P., FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, M.A., La constitución de las viviendas de fin turístico: aspectos civiles y administrativos, en Cerdeira Bravo de Mansilla, G. (Dir.), *Viviendas de uso turístico: Régimen civil, administrativo y fiscal*, Reus, Madrid, 2018, 55-98.

NÚÑEZ IGLESIAS, A., Tipología de los contratos de alojamiento turístico extrahotelero, en *Actualidad Civil*, 2010, núm. 12.

NÚÑEZ LOZANO, C., Las declaraciones responsables y las comunicaciones en el Proyecto de Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en *Documentación Administrativa,* 2015, núm. 2.

RODRÍGUEZ FONT, M., Barreras regulatorias a la economía colaborativa y nuevas vías de impugnación de normas: el caso de las viviendas de uso turístico, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, 2017, núm. 182, 409-444.

SAN JULIÁN PUIG, V., El contrato de hospedaje ¿Derecho común del alojamiento?, en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, 2011, núm. 27, 119-136.

SÁNCHEZ JORDÁN, M.E., La visión del propietario y arrendatario de viviendas vacacionales: algunas reflexiones sobre la normativa aplicable, en Simancas Cruz, M.R., Mañoso Valderrama, J. (Coord.), *La residencialización de las áreas turísticas de Canarias*, 2016, 122 y sigs.

SÁNCHEZ JORDÁN, M.E., GARCÍA GARCÍA, J.A., «La cesión de viviendas con fines turísticos: concepto, naturaleza y delimitación frente a figuras afines», en Cerdeira Bravo de Mansilla, G. (Dir.), *Viviendas de uso turístico: Régimen civil, administrativo y fiscal*, Reus, Madrid, 2018, 147-190.

Unidroit Principles of International Commercial Contracts, International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT), Edición 2016.

WIEACKER, F., *Zur Rechtstheoretischen Präzisierung des § 242*, Tübingen, 1956, 20 y sigs.

V. ÍNDICE DE NORMAS CITADAS EN MATERIA DE VIVIENDAS TURÍSTICAS

- Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (BOE núm. 282, de 25/11/1994)
- Ley 13/1996, de 29 de julio, del Registro y el Depósito de Fianzas de los Contratos de Alquiler de Fincas Urbanas y de Modificación de la Ley 24/1991 de la Vivienda (BOE núm. 204, de 23 de agosto de 1996)
- Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler (BOE núm. 86, de 10/04/2019)
- *Andalucía*: Decreto 28/2016, de 2 de febrero de las viviendas con fines turísticos y de modificación del Decreto 194/2010, de 20 de abril, de establecimientos de apartamentos turísticos es la norma encargada de regular la cuestión en Andalucía
- *Aragón*: Decreto 80/2015, de 5 de mayo, del Gobierno de Aragón, por el que aprueba el Reglamento de las viviendas de uso turístico
- *Asturias*: Decreto 48/2016, de 10 de agosto, de viviendas vacacionales y viviendas de uso turístico del Principado de Asturias
- *Cantabria*: Decreto 82/2010, de 25 de noviembre, por el que se regulan los establecimientos de alojamiento turístico extrahotelero en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Cantabria (modificado por el Decreto 19/2014, de 13 de marzo)
- *Castilla y León*: Decreto 3/2017, de 16 de febrero, por el que se regulan los establecimientos de alojamiento en la modalidad de vivienda de uso turístico en la Comunidad de Castilla y León
- *Castilla-La Mancha*: Decreto 36/2018, de 29 de mayo, por el que se establece la ordenación de los apartamentos turísticos y las viviendas de uso turístico en Castilla-La Mancha
- *Cataluña*: Decreto 159/2012, de 20 de noviembre, de establecimientos de alojamiento turístico y de viviendas de uso turístico (modificado por la Ley 5/2017, de 28 de marzo, de medidas fiscales, administrativas, financieras y del sector público y de creación y regulación de los impuestos sobre grandes establecimientos comerciales, sobre estancias en establecimientos

turísticos, sobre elementos radiotóxicos, sobre bebidas azucaradas envasadas y sobre emisiones de dióxido de carbono)

- *Galicia*: Decreto 12/2017, de 26 de enero, por el que se establece la ordenación de apartamentos turísticos, viviendas turísticas y viviendas de uso turístico en la Comunidad Autónoma de Galicia; Decreto 42/2011, de 3 de marzo, por el que se establece el procedimiento para el depósito de las fianzas de los arrendamientos relativos a fincas urbanas en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Galicia
- *Islas Baleares*: Ley 8/2012, de 19 de julio, del Turismo de las Islas Baleares, modificada por la Ley 6/2017, de 31 de julio, de modificación de la Ley 8/2012, de 19 de julio, del turismo de las Illes Balears, relativa a la comercialización de estancias turísticas en viviendas, es la que se ocupa de la ordenación, la planificación, la promoción, el fomento y la disciplina del turismo y de la calidad en la prestación de servicios turísticos de las Islas Baleares
- *Islas Canarias*: Decreto 113/2015, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de las viviendas vacacionales de la Comunidad Autónoma de Canarias se ocupa de regular las viviendas vacacionales en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Canarias
- *La Rioja*: Decreto 10/2017, de 17 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de Turismo de La Rioja en desarrollo de la Ley 2/2001, de 31 de mayo, de Turismo de La Rioja
- *Madrid*: Decreto 79/2014, de 10 de julio, por el que se regulan los apartamentos turísticos y las viviendas de uso turístico de la Comunidad de Madrid se encarga del régimen jurídico y los requisitos mínimos que deben cumplir los apartamentos turísticos y las viviendas de uso turístico en el ámbito territorial de la Comunidad de Madrid (modificado por el Decreto 29/2019, de 9 de abril, del Consejo de Gobierno, por el que se modifica el Decreto 79/2014, de 10 de julio, por el que se regulan los Apartamentos Turísticos y las Viviendas de Uso Turístico de la Comunidad de Madrid)
- *Murcia*: Decreto 75/2005, de 24 de junio, por el que se regulan los apartamentos turísticos y alojamientos vacacionales
- *Navarra*: Decreto Foral 230/2011, de 26 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de Ordenación de los apartamentos turísticos en la Comunidad Foral de Navarra tiene por objeto la ordenación y regulación de las condiciones técnicas y servicios que han de reunir los Apartamentos Turísticos ubicados en la Comunidad Foral de Navarra
- *País Vasco*: Ley de la Comunidad Autónoma del País Vasco 13/2016, de 28 de julio, de Turismo tiene por objeto la regulación de la actividad turística en Euskadi, la ordenación y disciplina del sector turístico, así como el establecimiento de los principios y criterios de actuación de las administraciones turísticas

- *Valencia*: Decreto 92/2009, de 3 de julio aprueba el Reglamento Regulador de las Viviendas Turísticas denominadas Apartamentos, Villas, Chalés, Bungalows y similares, y de las empresas gestoras, personas jurídicas o físicas, dedicadas a la cesión de su uso y disfrute, en el ámbito territorial de la Comunitat Valenciana

JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA OFICIAL CITADA

1. Tribunal Supremo

- STS de 20 de febrero de 1997 (Roj: STS 1168/1997 - ECLI: ES:TS:1997:1168)
- STS de 23 de febrero de 2006 (Roj: STS 697/2006 - ECLI: ES:TS:2006:697)
- STS de 20 de septiembre de 2007 (Roj: STS 5835/2007 - ECLI: ES:TS: 2007:5835)
- STS de 20 de octubre de 2008 (Roj: STS 5457/2008 - ECLI: ES:TS:2008:5457)
- STS de 24 de octubre de 2011 (Roj: STS 8009/2011 - ECLI: ES:TS:2011:8009)
- STS de 4 de marzo de 2013 (Roj: STS 1641/2013 - ECLI: ES:TS:2013:1641)
- STS de 1 de octubre de 2013 *(RJ* 2013, 6886)
- STS de 29 de diciembre de 2015 (ROJ: STS 5690/2015 - ECLI:ES: TS:2015:5690)

2. Tribunales Superiores de Justicia

- STSJ de Cataluña 19 de mayo de 2016 *(RJ* 2016, 2170)
- STSJ de Madrid de 31 de mayo de 2016 (RJCA 2016, 760)
- STSJ de Madrid, de 2 de junio de 2016 (RJCA 2016, 713)
- STSJ de las Islas Canarias de 21 de marzo de 2017 (RJCA 2017, 645)
- STSJ de Castilla y León, de 2 de febrero de 2018 (RJCA 2018, 5)
- STSJ de Cataluña, de 13 de septiembre de 2018 (Roj: STSJ CAT 5827/2018 - ECLI: ES:TSJCAT:2018:5827)
- STSJ de Andalucía de 5 de diciembre de 2018 (RJCA 2018, 1651)

3. Audiencias Provinciales

- SAP de Barcelona, de 1 de marzo de 2010 (Roj: SAP B 2038/2010 - ECLI: ES:APB:2010:2038)
- SAP de Valencia, de 30 de marzo de 2011 (Roj: SAP V 1623/2011 - ECLI: ES:APV:2011:1623)
- SAP de Barcelona, de 12 de julio de 2011 (Roj: SAP B 7704/2011 - ECLI: ES:APB:2011:7704)

- SAP de Barcelona, de 21 de mayo de 2015 (Roj: SAP B 5188/2015 - ECLI: ES:APB:2015:5188)
- SAP de Santa Cruz de Tenerife, de 28 de abril de 2017 (Roj: SAP TF 2498/2017 - ECLI: ES:APTF:2017:2498)
- SAP de Barcelona, de 5 de julio de 2017 (Roj: SAP B 7254/2017 - ECLI: ES:APB:2017:7254)
- SAP de Barcelona, de 22 de marzo de 2018 (Roj: SAP B 2250/2018 - ECLI: ES:APB:2018:2250)
- SAP de Mallorca, de 25 de octubre de 2018 (Roj: SAP IB 2220/2018 - ECLI: ES:APIB:2018:2220)
- SAP de Valencia, de 20 de noviembre de 2018 (Roj: SAP V 5308/2018 - ECLI: ES:APV:2018:5308)
- SAP de Madrid, de 18 de febrero de 2019 (Roj: SAP M 2136/2019 - ECLI: ES:APM:2019:2136)
- SAP de Donostia-San Sebastián, de 12 de abril de 2019 (Roj: SAP SS 483/2019 - ECLI: ES:APSS:2019:483)
- SAP de Málaga, de 24 de mayo de 2019 (Roj: SAP MA 342/2019 - ECLI: ES:APMA:2019:342)
- SAP de Barcelona, de 6 de junio de 2019 (Roj: SAP B 6621/2019 - ECLI: ES:APB:2019:6621)
- SAP de Gijón, de 28 de junio de 2019 (Roj: SAP O 1815/2019 - ECLI: ES:APO:2019:1815)

4. Resoluciones de la DGRN:

- RDGRN de 12 de diciembre de 1986 *(RJ* 1986, 7887)
- RDGRN de 20 de febrero de 1989 *(RJ* 1989, 1694)
- RDGRN de 25 de septiembre de 1991 *(RJ* 1991, 6236)
- RDGRN de 4 de marzo de 1993 *(RJ* 1993, 2471)
- RDGRN de 23 de marzo de 1998 *(RJ* 1998, 1860)
- RDGRN de 23 de mayo de 2001 *(RJ* 2001, 4245)
- RDGRN de 9 de mayo de 2005 *(RJ* 2005, 5641)
- RDGRN de 19 de abril de 2007 *(RJ* 2007, 3455)
- RDGRN de 18 de junio de 2010 *(RJ* 2010, 4875)
- RDGRN de 24 de octubre de 2011 *(RJ* 2012, 431)
- RDGRN de 15 de julio de 2013 *(RJ* 2013, 6679)
- RDGRN de 21 de octubre de 2014 *(RJ* 2014, 6098)

NOTAS

[1] Según el Informe Exceltur, de 24 de junio de 2015 (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; fecha de consulta: 10 de abril de 2019), «la situación del mercado turístico en general y del español en especial ha sido profundamente transformada en los últimos años por la irrupción de las nuevas plataformas tecnológicas basadas en modelos de intermediación que priman la relación entre particulares (los llamados «peer to peer; P2P»). Al igual que en otros muchos sectores (el de transporte *intra* e *inter* urbano, los servicios financieros o los personales) han multiplicado las posibilidades de difusión y capacidad de gestión de la oferta de alojamiento turístico en viviendas de alquiler y el acceso a la mismas por parte de la demanda. En el mercado turístico esta tendencia global ha producido un incremento exponencial de capacidad y alquiler de viviendas como alojamiento turístico, extendiéndose por los principales destinos mundiales».

[2] Como subraya GUILLÉN NAVARRO, N.A., La vivienda con un uso turístico: entre el turismo «colaborativo» y la competencia desleal. Pequeños propietarios, grandes plataformas en internet y la respuesta normativa ante el caos regulatorio, en Cerdeira Bravo de Mansilla, G. (Dir.), *Viviendas de uso turístico: régimen civil, administrativo y fiscal*, Reus, Madrid, 2018, 19, «En un contexto de crisis económica, un alto número de propiedades vacías y el auge de las nuevas tecnologías, el turismo colaborativo ha respondido eficientemente a las nuevas necesidades del turista, convirtiendo la utilización de viviendas de particulares con fines turísticos en una tipología más de alojamiento». Añade a este mismo respecto CABEZUELO ARENAS, A.L., Edificios sometidos a propiedad horizontal y arriendo turístico de pisos: tres vías de prevención y/o defensa de la comunidad frente a una actividad potencialmente molesta, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5, 2018, 2/24 (consultado en la base de datos aranzadi-digital, fecha de la consulta: 10 de marzo de 2019), que las viviendas turísticas constituyen «un filón que los propietarios están decididos a explotar mientras dure esta fiebre; y no es para menos, pues lo que se percibiría como renta por todo un mes cediéndolo a un particular para que se instalara en él con carácter permanente, se cubre con alojar a unos foráneos tan solo un fin de semana».

[3] Así se subraya en el Preámbulo del Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler: «Se observa que el incremento de los precios del mercado de la vivienda ha sido particularmente intenso en entornos territoriales de fuerte dinámica inmobiliaria caracterizados por una mayor actividad turística desarrollada sobre el parque de viviendas existente. Ello se pone de manifiesto si se analiza la evolución de los precios en los últimos años: las provincias en las que los precios de la vivienda se han incrementado con mayor intensidad han sido Madrid, Barcelona, Las Palmas, Baleares, Málaga y Santa Cruz de Tenerife. No cabe duda de que, aunque pueden existir diversos factores que explican este incremento de los precios, el fenómeno creciente del alquiler turístico de vivienda a través de plataformas p2p incide en un contexto en el que, además, la demanda de vivienda en alquiler está creciendo con intensidad».

[4] *Vid*. la siguiente noticia de prensa (https://sevilla.abc.es/sevilla/sevi-altas-masivas-pisos-turisticos-sevilla-borrado-anuncios-airbnb-201809272052_noticia.html), que refiriéndose a la provincia de Sevilla, señala que la capital andaluza cuenta con una oferta que ronda los 10.600 alojamientos residenciales, según la estimación que hizo Emvisesa tras el análisis de las distintas plataformas que los comercializan; de las que apenas un tercio de esos 10.600 apartamentos están dados de alta en el registro administrativo de viviendas de fin turístico de la Junta de Andalucía.

[5] Resolución de 22 de enero de 2019, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de derogación del Real Decreto-ley 21/2018, de 14 de diciembre, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler (BOE núm. 304, de 18 de diciembre de 2018).

[6] Resolución de 3 de abril de 2019, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de Convalidación del Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler (BOE núm. 86, de 10/04/2019).

[7] Así se les denomina en las comunidades autónomas de Aragón (Decreto 80/2015, de 5 de mayo, del Gobierno de Aragón, por el que aprueba el Reglamento de las viviendas de uso turístico), Cataluña (Decreto 159/2012, de 20 de noviembre, de establecimientos de alojamiento turístico y de viviendas de uso turístico [modificado por la Ley 5/2017, de 28 de marzo, de medidas fiscales, administrativas, financieras y del sector público y de creación y regulación de los impuestos sobre grandes establecimientos comerciales, sobre estancias en establecimientos turísticos, sobre elementos radiotóxicos, sobre bebidas azucaradas envasadas y sobre emisiones de dióxido de carbono]), Galicia (Decreto 12/2017, de 26 de enero, por el que se establece la ordenación de apartamentos turísticos, viviendas turísticas y viviendas de uso turístico en la Comunidad Autónoma de Galicia), Islas Baleares (Ley 8/2012, de 19 de julio, del Turismo de las Islas Baleares, modificada por la Ley 6/2017, de 31 de julio, de modificación de la Ley 8/2012, de 19 de julio, del turismo de las Illes Balears, relativa a la comercialización de estancias turísticas en viviendas, es la que se ocupa de la ordenación, la planificación, la promoción, el fomento y la disciplina del turismo y de la calidad en la prestación de servicios turísticos de las Islas Baleares), Madrid (Decreto 79/2014, de 10 de julio, por el que se regulan los apartamentos turísticos y las viviendas de uso turístico de la Comunidad de Madrid se encarga del régimen jurídico y los requisitos mínimos que deben cumplir los apartamentos turísticos y las viviendas de uso turístico en el ámbito territorial de la Comunidad de Madrid; modificado recientemente por el Decreto 29/2019, de 9 de abril, del Consejo de Gobierno, por el que se modifica el Decreto 79/2014, de 10 de julio, por el que se regulan los Apartamentos Turísticos y las Viviendas de Uso Turístico de la Comunidad de Madrid), País Vasco (Ley de la Comunidad Autónoma del País Vasco 13/2016, de 28 de julio, de Turismo tiene por objeto la regulación de la actividad turística en Euskadi, la ordenación y disciplina del sector turístico, así como el establecimiento de los principios y criterios de actuación de las administraciones turísticas), Valencia (Decreto 92/2009, de 3 de julio aprueba el Reglamento Regulador de las Viviendas Turísticas denominadas Apartamentos, Villas, Chalés, Bungalows y similares, y de las empresas gestoras, personas jurídicas o físicas, dedicadas a la cesión de su uso y disfrute, en el ámbito territorial de la Comunitat Valenciana).

[8] Decreto 28/2016, de 2 de febrero de las viviendas con fines turísticos y de modificación del Decreto 194/2010, de 20 de abril, de establecimientos de apartamentos turísticos es la norma encargada de regular la cuestión en Andalucía.

[9] Decreto 82/2010, de 25 de noviembre, por el que se regulan los establecimientos de alojamiento turístico extrahotelero en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Cantabria (modificado por el Decreto 19/2014, de 13 de marzo).

[10] Decreto 48/2016, de 10 de agosto, de viviendas vacacionales y viviendas de uso turístico del Principado de Asturias.

[11] Decreto 113/2015, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de las viviendas vacacionales de la Comunidad Autónoma de Canarias se ocupa de regular las viviendas vacacionales en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Canarias

[12] Decreto Foral 230/2011, de 26 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de Ordenación de los apartamentos turísticos en la Comunidad Foral de Navarra tiene por objeto la ordenación y regulación de las condiciones técnicas y servicios que han de reunir los Apartamentos Turísticos ubicados en la Comunidad Foral de Navarra.

[13] Nótese que la redacción del referido artículo 2 del Decreto 79/2014 madrileño se ha modificado por el Decreto 29/2019, de 9 de abril, del Consejo de Gobierno, por el que se modifica el Decreto 79/2014, de 10 de julio, por el que se regulan los Apartamentos Turísticos y las Viviendas de Uso Turístico de la Comunidad de Madrid.

[14] CABEZUELO ARENAS, A.L., Edificios sometidos a propiedad horizontal y arriendo turístico de pisos: tres vías de prevención y/o defensa de la comunidad frente a una actividad potencialmente molesta…, *cit*., 2/24.

[15] http://dle.rae.es/, fecha de consulta: 10 de abril de 2018.

[16] Sobre las distintas cuestiones que se analizan en este apartado seguimos nuestro trabajo MURGA FERNÁNDEZ, J.P., FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, M.A., La constitución de las viviendas de fin turístico: aspectos civiles y administrativos, en Cerdeira Bravo de Mansilla, G. (Dir.), *Viviendas de uso turístico: Régimen civil, administrativo y fiscal*, Reus, Madrid, 2018, 55 y sigs.

[17] Sobre la naturaleza jurídica de las viviendas turísticas, *Vid*. con detalle SÁNCHEZ JORDÁN, M.E., GARCÍA GARCÍA, J.A., La cesión de viviendas con fines turísticos: concepto, naturaleza y delimitación frente a figuras afines, en Cerdeira Bravo de Mansilla, G. (Dir.), *Viviendas de uso turístico: Régimen civil, administrativo y fiscal*, Reus, Madrid, 2018, 147-190.

[18] Acerca de la controvertida naturaleza del atípico contrato de hospedaje, *Vid*. con detalle CASTAÑOS CASTRO, P., Naturaleza jurídica del contrato de hospedaje, en *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 6, 2014, 65-81; también de la misma autora, *Derechos y deberes de los consumidores en los hoteles*, Dykinson, 2015, 27-40; SAN JULIÁN PUIG, V., El contrato de hospedaje ¿Derecho común del alojamiento?, en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, 2011, núm. 27, 119-136; NÚÑEZ IGLESIAS, A., Tipología de los contratos de alojamiento turístico extrahotelero, en *Actualidad Civil*, 2010, núm. 12.

[19] Sobre las distintas teorías aplicables a los contratos mixtos, haciéndose eco de los posicionamientos de la doctrina alemana, *Vid*. JORDANO BAREA, J.B., Contratos mixtos y unión de contratos, en *Anuario de Derecho Civil*, núm. 1, 1951, 330 y ss.: «(…) En la doctrina se debaten el campo las tres conocidas teorías de la absorción (*Absorptionstheorie*), de la aplicación analógica y de la combinación (*Kombinationstheorie*). (…) Según la primera, lo decisivo para individualizar las normas aplicables al contrato mixto es el elemento preponderante: su disciplina vendría dada por las normas que regulan el elemento que imprime carácter a todo el contrato. Para la segunda teoría, los contratos mixtos se deben equiparar a los contratos innominados puros, sujetándolos, por ende, a la disciplina propia de los mismos: aplicación directa de las disposiciones generales sobre los contratos, aplicación analógica de las disposiciones especiales relativas al contrato nominado que más se asemeje al contrato a disciplinar y, como recurso último, la analogía *iuris*. Para la tercera teoría, la disciplina jurídica del contrato mixto es la resultante de la combinación de las normas establecidas para cada uno de los negocios concurrentes y fusionados entre sí». El referido autor se posiciona por la teoría de combinación. Como puede comprobarse, sea cual sea la teoría aplicable al caso de los contratos de viviendas de fin turístico, la normativa propia de los arrendamientos acabaría aplicándose en todos los casos.

[20] Nótese que el apartado e) del artículo 5 de la LAU ha sido objeto de modificación por el artículo 1.2. del Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler. En su redacción anterior, el artículo 5. e) de la LAU excluía de su ámbito de aplicación la cesión temporal de uso de la totalidad de una vivienda amueblada y equipada en condiciones de uso inmediato, comercializada o promocionada únicamente en canales de oferta turística. Con la redacción vigente se suprime la limitación de que las viviendas deban ser necesariamente comercializadas a través de canales de oferta turística, pudiendo serlo por *«cualquier otro modo de comercialización o promoción»*.

[21] Sobre el particular cfr. SÁNCHEZ JORDÁN, M.E., La visión del propietario y arrendatario de viviendas vacacionales: algunas reflexiones sobre la normativa aplicable, en Simancas Cruz, M.R., Mañoso Valderrama, J. (Coord.), *La residencialización de las áreas turísticas de Canarias*, 2016, 122 y sigs.

[22] Sin perjuicio, como indica el propio artículo 149.1.8.ª CE, de la conservación, modificación y desarrollo por las comunidades autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. No obstante, tratándose de los arrendamientos urbanos no hay normas integrales dictadas por ninguna de los regiones de Derecho civil foral o especial: cfr. el caso de Cataluña, ejemplo paradigmático de región foral que desarrolla en mayor medida sus especialidades civiles, que no cuenta con una regulación especial en esta materia, sino

con diversas leyes que inciden sobre algunos aspectos relacionados con la vivienda: *Vid*. el «Código de la Vivienda de Cataluña» disponible en el portal oficial del BOE. SÁNCHEZ JORDÁN, M.E., La visión del propietario y arrendatario de viviendas vacacionales: algunas reflexiones sobre la normativa aplicable…, *cit*., 124, critica de forma acertada la situación normativa generada por la controvertida reforma de la LAU en materia de viviendas de fin turístico, particularmente en lo que concierne a los aspectos civiles que no pueden ser objeto de regulación por parte de CCAA que carezcan de competencia al respecto: «La esquizofrenia del legislador alcanza aquí niveles insospechados: por un lado, expulsa de la LAU los contratos de cesión temporal de la totalidad de una vivienda —sin que puedan considerarse comprendidos, por tanto, los casos de alquiler o cesión de una o varias habitaciones (pienso en el fenómeno del *bed & breakfast*), que en principio habrán de entenderse sujetos a la normativa arrendaticia estatal— que cumplan con los restantes presupuestos del artículo 5.e) a los que ya se ha aludido: debe estar amueblada y equipada, encontrarse comercializada o promocionada en canales de oferta turística y ha de realizarse con finalidad lucrativa, además de estar sometida a un régimen específico derivado de su normativa particular. Siendo la competencia en materia de turismo exclusiva de las CCAA, en todas ellas —o, al menos, en aquellas como la canaria, cuya principal fuente de ingresos es el turismo— la actividad de alojamiento turístico estará por lo general regulada por las leyes autonómicas en la materia. Sin embargo, por otro lado, y en la línea de lo ya apuntado supra, el legislador autonómico no podrá regular los aspectos civiles del contrato de cesión de viviendas turísticas que, por lo tanto, se encuentra en una especie de limbo: su contenido obligacional no estará sujeto a la LAU, pero sin embargo tampoco puede quedar ordenado por la normativa autonómica. Creo, por lo tanto, que el resultado alcanzado por el legislador estatal es, como mínimo, paradójico».

[23] SAN JULIÁN PUIG, V., El contrato de hospedaje ¿Derecho común del alojamiento?…, *cit*., 119 y sigs., incide en la necesaria delimitación de los aspectos civiles y administrativos refiriendo la problemática al contrato de hospedaje: «(…) Hay que distinguir la relación contractual de carácter privado que media entre hostelero y cliente cuyo desarrollo, ejecución y cumplimiento se encuadra dentro de las relaciones entre particulares; de lo que son las obligaciones impuestas por la Administración al hotelero, cuyo incumplimiento dará lugar a las correspondientes sanciones administrativas (…)».

[24] Hay ciertos autores que suelen incurrir en este equívoco: *Vid*., entre otros a CANTERO CASTILLO, R.J., Regulación de las viviendas turísticas en Andalucía, en *Actualidad Administrativa*, 2016, núm. 7, 3: «Vemos pues, que el arrendamiento temporal de una vivienda con fines turísticos deja de ser un arrendamiento urbano, categoría propia del Derecho Civil, y pasa a ser considerado alojamiento turístico por efecto de la vis expansiva del Derecho Administrativo».

[25] Cfr. la Ley 13/1996, de 29 de julio, del Registro y el Depósito de Fianzas de los Contratos de Alquiler de Fincas Urbanas y de Modificación de la Ley 24/1991 de la Vivienda (BOE núm. 204, de 23 de agosto de 1996), artículo 3.2: «En los supuestos de arrendamiento de fincas urbanas por temporada, la cuantía de la fianza exigible, de acuerdo con el artículo 36.1 de la Ley del Estado 29/1994, debe ser proporcional al plazo de duración del contrato. En este caso, debe tomarse como referencia que las dos mensualidades establecidas en el artículo 36.1 corresponden al contrato de un año de duración. En los contratos de duración igual o inferior a un mes, la fianza depositada queda automáticamente renovada por prórrogas sucesivas o nuevos contratos de la misma finca que se formalicen durante el periodo máximo que se determine por reglamento»; en sentido análogo, *Vid*. también el Decreto 42/2011, de 3 de marzo, por el que se establece el procedimiento para el depósito de las fianzas de los arrendamientos relativos a fincas urbanas en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Galicia, artículo 4.1.d).

[26] Con fecha 25 de septiembre de 2018, la secretaria de Estado de Turismo, D.ª. Isabel Oliver, durante la reunión de la mesa de trabajo del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo para tratar de regular el alquiler de Viviendas de Uso Turístico (VUT) en España, adelantó que el Gobierno está analizando la concreción de una definición única de vivienda

de uso turístico, además de la creación de un registro estatal único de este tipo de alojamiento como sistema o instrumento de control y regulación que les servirá a las comunidades autónomas (fuente: Europapress; https://www.europapress.es/turismo/nacional/noticia-piso-turistico-tendra-recibir-visto-bueno-partes-vecinos-20180925133645.html, fecha de consulta: 10 de abril de 2019). Con ello se pone de manifiesto la preocupación existente acerca de la necesidad imperiosa de dotar a las viviendas de uso turístico de una regulación uniforme a nivel estatal que supere la inseguridad e incertidumbre generado por la gran dispersión normativa existente sobre la materia.

[27] Los contratos en Derecho anglosajón se redactan con enorme detalle, para dejar el mínimo margen posible a la intervención de los jueces en el contrato. Sobre esta cuestión, *vid*. CARTWRIGHT, J. (traducción de Murga Fernández, J. P.), Una introducción al Derecho de contratos inglés, en Espejo Lerdo de Tejada, M., Oliva Blázquez, F. (Dirs.), *Derecho de contratos: nuevos escenarios y nuevas propuestas,* Aranzadi, 2016, 39: «Las partes del contrato (o, ¡más bien, sus abogados!) prefieren que la redacción del contrato sea muy detallada y explícita, para asegurar así la efectividad de la intención que persiguen, en la medida en que no existen condiciones predeterminadas legalmente y asociadas a respectivas modalidades contractuales que sirvan para completar el detalle del contrato»; también CARTWRIGHT, J., *An Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer*, Hart Publishing/ Bloomsbury, 2016, 59 y sigs. y CARTWRIGHT, J., *Introducción al Derecho inglés de los contratos* (traducción de Murga Fernández, J.P.), Aranzadi, 2019, 123 y sigs.

[28] HERRERO SUÁREZ, C., Las viviendas de uso turístico: ¿el enemigo a abatir? Reflexiones sobre la normativa autonómica en materia de alojamientos turísticos, en *Revista de Estudios Europeos*, núm. 70, 2017, 151.

[29] El Decreto 28/2016, de 2 de febrero, de las viviendas con fines turísticos y de modificación del Decreto 194/2010, de 20 de abril, de establecimientos de apartamentos turísticos de Andalucía destaca: «Otra de las causas es la de protección de personas usuarias de servicios turísticos. No cabe interpretar esta protección como meramente física, sino como una protección de sus derechos como usuarios de unos servicios específicos, de manera que el disfrute, por un lado, y la tranquilidad por otro, puedan ser garantizados, lo que se realiza mediante la exigencia de una serie de requisitos que se consideran mínimos para lograr el confort y la seguridad necesaria para los turistas».

[30] Ya lo destacamos al comienzo de este estudio, donde pusimos de manifiesto las innumerables consecuencias negativas derivadas del auge incontrolado de las viviendas de uso turístico.

[31] Decreto 28/2016, de 2 de febrero, de las viviendas con fines turísticos y de modificación del Decreto 194/2010, de 20 de abril, de establecimientos de apartamentos turísticos de Andalucía.

[32] HERRERO SUÁREZ, C., Las viviendas de uso turístico: ¿el enemigo a abatir? Reflexiones sobre la normativa autonómica en materia de alojamientos turísticos…, *cit*., 2017, 156.

[33] La incisiva actuación de la CNMC ha ocasionado la derogación de diversas disposiciones en las reglamentaciones de las comunidades de Madrid (sentencia del TSJ de Madrid de 31 de mayo de 2016 —RJCA 2016, 760—), Canarias (sentencia del TSJ de las Islas Canarias de 21 de marzo de 2017 —RJCA 2017, 645—) y Castilla y León (sentencia del TSJ de 2 de febrero de 2018 —RJCA 2018, 5—). Junto a los recursos presentados por la CNMC, hay otros tantos interpuestos en términos similares por asociaciones empresariales y hosteleras: cfr. sentencia del TSJ de Madrid de 31 de mayo de 2016 (JUR 2016, 127744) en recurso interpuesto por la Asociación Madrid Aloja; la sentencia del TSJ de 2 de junio de 2016 (RJCA 2016, 713) en recurso interpuesto por la Asociación de Gestores de Viviendas de Uso Turístico.

[34] Señala RODRÍGUEZ FONT, M., Barreras regulatorias a la economía colaborativa y nuevas vías de impugnación de normas: el caso de las viviendas de uso turístico, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, 2017, núm. 182, 409 y sigs.: «a nadie escapa que la diversidad de sujetos reguladores en esta y otras materias (refiriéndose a las viviendas de alojamiento turístico) requiere que las competencias autonómicas, en el caso concreto las de

ordenación y promoción del turismo, se alineen con las estatales —en particular, con la de bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica del artículo 149.1.3 CE— en orden a garantizar principios constitucionales como el de igualdad —art. 138.2 y 139.1 CE—, pero también el hoy reforzado principio de unidad de mercado».

[35] Cfr. la sentencia del TSJ de Madrid de 31 de mayo de 2016 (RJCA 2016, 760): la Abogacía del Estado en nombre y representación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia interpone recurso contra el Decreto 79/2014, de 10 de julio, de la Comunidad Autónoma de Madrid, por el que se regulan los apartamentos turísticos y las viviendas de uso turístico de la Comunidad de Madrid; concretamente contra la regulación contenida en el artículo 17.3 del referido Decreto en el inciso especifico que determina que las viviendas de uso turístico «no podrán contratarse por un periodo inferior a cinco días» por ser contrario a la competencia efectiva en los mercados que garantiza el artículo 38 de nuestra Constitución, oponiéndose a los términos previstos en el artículo 5.4 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, a la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior y la Ley de transposición de la misma, a la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicio y su ejercicio, así como también a las previsiones de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía para la unidad de mercado. En tiempos recientes, cabe destacar, siguiendo esta misma tónica de sentencias que anulan exigencias para el inicio del alojamiento turístico en viviendas particulares en las reglamentaciones autonómicas sobre viviendas turísticas, la STSJ de Andalucía de 5 de diciembre de 2018 (RJCA 2018, 1651), por la que se anula el artículo 6. d) del Decreto 28/2016, de 2 de febrero de las viviendas con fines turísticos y de modificación del Decreto 194/2010, de 20 de abril, de establecimientos de apartamentos turísticos es la norma encargada de regular la cuestión en Andalucía, en el que se exigía que las viviendas turísticas dispusieran de «refrigeración por elementos fijos en las habitaciones y salones, cuando el periodo de funcionamiento comprenda los meses de mayo a septiembre, ambos inclusive»; y de calefacción, «si el periodo de funcionamiento comprende los meses de octubre a abril, ambos inclusive». La referida STSJ de Andalucía de 5 de diciembre de 2018 considera que esta exigencia «supone una restricción de la competencia al limitar a aquellos interesados que quieran ofrecer un producto distinto» (se sigue el razonamiento expresado por el Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía, según el cual el controvertido requisito se entiende que «puede reportar ventajas para unos competidores en detrimento de otros»).

[36] El recurso ha dado lugar a la sentencia del TSJ de las Islas Canarias de 21 de marzo de 2017 (RJCA 2017, 645), en el que la CNMC impugnaba distintos aspectos del Decreto canario sobre viviendas vacacionales. El TSJ de las Islas Canarias ha anulado a través de esta sentencia las siguientes disposiciones del Decreto canario: la exclusión que se hace en el apartado segundo del artículo 3 del ámbito del reglamento de las edificaciones ubicadas en suelos turísticos que se encuentren dentro de las zonas turísticas o de las urbanizaciones turísticas, así como las viviendas ubicadas en urbanizaciones turísticas o en urbanizaciones mixtas residenciales turísticas, conforme a las definiciones establecidas en la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de renovación y modernización turística de Canarias, por infringir claramente la libertad de empresa (artículo 38 CE) y la libertad de prestación de servicios (Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre) limitando la oferta turística sin justificación suficiente; el artículo 12.1 (régimen de explotación) por el que se exige que las viviendas vacacionales sean cedidas en su totalidad al cliente, y no puedan ser arrendadas por habitaciones, al entender que con ello se persigue de manera evidente evitar que se ponga en el mercado un producto que por su precio reducido compita con la oferta de alojamiento hotelero, lo cual lesiona la libre competencia; y el artículo 13.3, que dispone que la entrega a la explotadora de la vivienda de hojas de reclamaciones, placa-distintivo y libro de inspección solo se efectuará transcurridos quince días hábiles, plazo dentro del cual el Cabildo Insular debe inscribir «la información sobre la actividad de explotación de la vivienda vacacional en el Registro General Turístico de la Comunidad Autónoma de Canarias», pues de facto esta regulación

desnaturaliza los efectos de la declaración responsable y sometiendo el inicio de la actividad a un control administrativo previo.

[37] Se trata de una postura coincidente con la apuntada por la resolución del Parlamento Europeo, de 15 de junio de 2017, sobre una Agenda Europea para la economía colaborativa [2017/2003(INI)]. Especialmente por cuanto insta a los Estados miembro a que proporcionen seguridad jurídica y a que no consideren la economía colaborativa como una amenaza para la economía tradicional; subrayando la importancia de regular la economía colaborativa de forma que contribuya «a facilitar y promover en vez de a restringir».

[38] Decreto 28/2016, de 2 de febrero de las viviendas con fines turísticos y de modificación del Decreto 194/2010, de 20 de abril, de establecimientos de apartamentos turísticos es la norma encargada de regular la cuestión en Andalucía.

[39] Decreto 80/2015, de 5 de mayo, del Gobierno de Aragón, por el que aprueba el Reglamento de las viviendas de uso turístico.

[40] Decreto 48/2016, de 10 de agosto, de viviendas vacacionales y viviendas de uso turístico del Principado de Asturias.

[41] Decreto 82/2010, de 25 de noviembre, por el que se regulan los establecimientos de alojamiento turístico extrahotelero en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Cantabria (modificado por el Decreto 19/2014, de 13 de marzo).

[42] Decreto 3/2017, de 16 de febrero, por el que se regulan los establecimientos de alojamiento en la modalidad de vivienda de uso turístico en la Comunidad de Castilla y León.

[43] Decreto 36/2018, de 29 de mayo, por el que se establece la ordenación de los apartamentos turísticos y las viviendas de uso turístico en Castilla-La Mancha.

[44] Decreto 159/2012, de 20 de noviembre, de establecimientos de alojamiento turístico y de viviendas de uso turístico (modificado por la Ley 5/2017, de 28 de marzo, de medidas fiscales, administrativas, financieras y del sector público y de creación y regulación de los impuestos sobre grandes establecimientos comerciales, sobre estancias en establecimientos turísticos, sobre elementos radiotóxicos, sobre bebidas azucaradas envasadas y sobre emisiones de dióxido de carbono).

[45] Decreto 12/2017, de 26 de enero, por el que se establece la ordenación de apartamentos turísticos, viviendas turísticas y viviendas de uso turístico en la Comunidad Autónoma de Galicia; Decreto 42/2011, de 3 de marzo, por el que se establece el procedimiento para el depósito de las fianzas de los arrendamientos relativos a fincas urbanas en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Galicia.

[46] Ley 8/2012, de 19 de julio, del Turismo de las Islas Baleares, modificada por la Ley 6/2017, de 31 de julio, de modificación de la Ley 8/2012, de 19 de julio, del turismo de las Illes Balears, relativa a la comercialización de estancias turísticas en viviendas, es la que se ocupa de la ordenación, la planificación, la promoción, el fomento y la disciplina del turismo y de la calidad en la prestación de servicios turísticos de las Islas Baleares.

[47] Decreto 113/2015, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de las viviendas vacacionales de la Comunidad Autónoma de Canarias se ocupa de regular las viviendas vacacionales en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Canarias.

[48] Decreto 10/2017, de 17 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de Turismo de La Rioja en desarrollo de la Ley 2/2001, de 31 de mayo, de Turismo de La Rioja.

[49] Decreto 79/2014, de 10 de julio, por el que se regulan los apartamentos turísticos y las viviendas de uso turístico de la Comunidad de Madrid se encarga del régimen jurídico y los requisitos mínimos que deben cumplir los apartamentos turísticos y las viviendas de uso turístico en el ámbito territorial de la Comunidad de Madrid (modificado por el Decreto 29/2019, de 9 de abril, del Consejo de Gobierno, por el que se modifica el Decreto 79/2014, de 10 de julio, por el que se regulan los Apartamentos Turísticos y las Viviendas de Uso Turístico de la Comunidad de Madrid).

[50] Decreto 75/2005, de 24 de junio, por el que se regulan los apartamentos turísticos y alojamientos vacacionales.

[51] Decreto Foral 230/2011, de 26 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de Ordenación de los apartamentos turísticos en la Comunidad Foral de Navarra tiene por ob-

jeto la ordenación y regulación de las condiciones técnicas y servicios que han de reunir los Apartamentos Turísticos ubicados en la Comunidad Foral de Navarra.

[52] Ley de la Comunidad Autónoma del País Vasco 13/2016, de 28 de julio, de Turismo tiene por objeto la regulación de la actividad turística en Euskadi, la ordenación y disciplina del sector turístico, así como el establecimiento de los principios y criterios de actuación de las administraciones turísticas.

[53] Decreto 92/2009, de 3 de julio aprueba el Reglamento Regulador de las Viviendas Turísticas denominadas Apartamentos, Villas, Chalés, Bungalows y similares, y de las empresas gestoras, personas jurídicas o físicas, dedicadas a la cesión de su uso y disfrute, en el ámbito territorial de la Comunitat Valenciana.

[54] Cabe señalar, siguiendo a MURGA FERNÁNDEZ, J. P., FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, M.A., La constitución de las viviendas de fin turístico: aspectos civiles y administrativos…, *cit*., 67-69, que «el artículo 69 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común intenta completar la regulación de las declaraciones responsables y de las comunicaciones, que antes contenía el artículo 71 bis de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común». Subraya FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, que «sin embargo, ambas figuras no quedan claramente delimitadas. El apartado primero del artículo 69 define la declaración responsable como el documento suscrito por un interesado en el que este manifiesta, bajo su responsabilidad, que cumple con los requisitos establecidos en la normativa vigente para obtener el reconocimiento de un derecho o facultad o para su ejercicio, que dispone de la documentación que así lo acredita, que la pondrá a disposición de la Administración cuando le sea requerida, y que se compromete a mantener el cumplimiento de las anteriores obligaciones durante el periodo de tiempo inherente a dicho reconocimiento o ejercicio. Los requisitos indicados deben estar recogidos de manera expresa, clara y precisa en la correspondiente declaración responsable. Las Administraciones podrán requerir en cualquier momento que se aporte la documentación que acredite el cumplimiento de los mencionados requisitos y el interesado deberá aportarla. Así, observamos que el apartado 1 añade como contenido de la declaración responsable la manifestación del interesado de que pondrá a disposición de la Administración, cuando le sea requerida, la documentación que acredita el cumplimiento de los requisitos establecidos en la normativa vigente. Respecto a ello, especifica también que las Administraciones podrán requerir en cualquier momento que se aporte la documentación que acredite el cumplimiento de los mencionados requisitos y que el interesado deberá aportarla. El apartado segundo del artículo 69 prescinde del calificativo «previas», que acompañaba a las comunicaciones, señalando que son aquellos documentos mediante los que los interesados ponen en conocimiento de la Administración Pública competente sus datos identificativos o cualquier otro dato relevante para el inicio de una actividad o el ejercicio de un derecho. Además, sustituye la obligación de poner en conocimiento de la Administración *«los demás requisitos exigibles para el ejercicio de un derecho o el inicio de una actividad, de acuerdo con lo establecido en el artículo 70.1»,* por la de poner en conocimiento «cualquier otro dato relevante para el inicio de una actividad o el ejercicio de un derecho». Esta sustitución conlleva una mayor inseguridad jurídica, si se interpreta que se confía al interesado la carga de discernir cuáles son los datos relevantes que ha de poner en conocimiento de la Administración. El apartado tercero acota los efectos de las declaraciones responsables y de las comunicaciones, indicando: *«Las declaraciones responsables y las comunicaciones permitirán, el reconocimiento o ejercicio de un derecho o bien el inicio de una actividad, desde el día de su presentación, sin perjuicio de las facultades de comprobación, control e inspección que tengan atribuidas las Administraciones Públicas. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, la comunicación podrá presentarse dentro de un plazo posterior al inicio de la actividad cuando la legislación correspondiente lo prevea expresamente».* Se suprime así la referencia a *«los efectos que se determinen en cada caso por la legislación correspondiente»*, de modo que solo dispone que *«permitirán el reconocimiento o el ejercicio de un derecho o bien el inicio de una actividad, desde el día de su presentación, sin perjuicio de las facultades de*

comprobación, control e inspección que tengan atribuidas las Administraciones Públicas» y que la comunicación «podrá presentarse dentro de un plazo posterior al inicio de la actividad cuando la legislación correspondiente lo prevea expresamente». Los apartados cuarto y quinto no experimentan grandes modificaciones. No se menciona *«la inexactitud, falsedad u omisión, de carácter esencial, en cualquier dato, manifestación o documento…»*, sino *«la inexactitud, falsedad u omisión, de carácter esencial, en cualquier dato, manifestación o información…»*. Sin embargo, sí se contempla que la no presentación ante la Administración competente de la declaración responsable, la documentación que sea en su caso requerida para acreditar el cumplimiento de lo declarado, o la comunicación, determinará la imposibilidad de continuar con el ejercicio del derecho o actividad afectada desde el momento en que se tenga constancia de tales hechos. Además, se suprime la mención de que las declaraciones y las comunicaciones se podrán presentar a distancia y por vía electrónica, en consonancia con la generalización de esta posibilidad. Finalmente, el apartado sexto introduce la previsión *«únicamente será exigible, bien una declaración responsable, bien una comunicación para iniciar una misma actividad u obtener el reconocimiento de un mismo derecho o facultad para su ejercicio, sin que sea posible la exigencia de ambas acumulativamente»*. Sobre la declaración responsable y las novedades introducidas al respecto por la Ley 39/2015, *Vid*. NÚÑEZ LOZANO, C., Las declaraciones responsables y las comunicaciones en el Proyecto de Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en *Documentación Administrativa,* 2015, núm. 2; también FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, M.A., La reforma del procedimiento administrativo: la nueva Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en *Estudios de Deusto: revista de la Universidad de Deusto*, Vol. 63, núm. 2, 2015, 127 y sigs.

[55] MURGA FERNÁNDEZ, J.P., FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, M.A., La constitución de las viviendas de fin turístico: aspectos civiles y administrativos…, *cit*., 67.

[56] El artículo 26.2 del Decreto 82/2010 señala que los cuartos de baño deben contar, entre otros, con «punto de luz y espejo encima del lavabo», «papelera con tapa» y «lencería 100% algodón o lino».

[57] El artículo 10 del Decreto 113/2015.

[58] MURGA FERNÁNDEZ, J.P., FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, M.A., La constitución de las viviendas de fin turístico: aspectos civiles y administrativos…, *cit*., 98. También HERRERO SUÁREZ, C., Las viviendas de uso turístico: ¿el enemigo a abatir? Reflexiones sobre la normativa autonómica en materia de alojamientos turísticos…, *cit*…, 156 y sigs.

[59] CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., Pisos turísticos y comunidades de vecinos: un posible caso de abuso del Derecho, en *Revista de Derecho Privado*, núm. 102, 2018, 55.

[60] Informe Exceltur, de 24 de junio de 2015 (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; fecha de consulta: 10 de abril de 2019), 26-28.

[61] Cfr. artículo 4 del Decreto 48/2016, de 10 de agosto, de viviendas vacacionales y viviendas de uso turístico del Principado de Asturias, en el que se dispone lo siguiente: «De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42 de la Ley 7/2001, de 22 de junio, de Turismo, son viviendas vacacionales aquellas en las que, reuniendo los requisitos establecidos en este decreto, se presta únicamente el servicio de alojamiento mediante precio, de forma habitual y profesional, y no se encuentran comprendidas en alguna de las modalidades reguladas en los artículos 32, 35, 37 y 41 de aquella. En todo caso, se referirán solo al alojamiento íntegro y no por habitaciones, con la exclusión de pisos».

[62] Cfr. el artículo 50.7. 2.º y 3.º de la Ley 8/2012, de 19 de julio del turismo de las Illes Balears: «Si el título constitutivo o los estatutos no impiden la comercialización turística de las viviendas en los términos expuestos en el párrafo anterior, o estos no existen, es necesario, para llevar a cabo la comercialización turística, y solo a estos efectos, un acuerdo de la junta de propietarios en el cual la mayoría de personas propietarias, que al mismo tiempo constituyen la mayoría de cuotas de propiedad, acepten expresamente la posibilidad de comercialización

turística de las viviendas, acuerdo que la mayoría misma puede modificar. En este supuesto, resulta de aplicación el régimen determinado en el artículo 17.7 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, de propiedad horizontal. Este acuerdo se tiene que inscribir en el Registro de la Propiedad, con el fin de informar a terceras posibles personas adquirentes de viviendas. Este acuerdo no es necesario si el título constitutivo o los estatutos ya admiten expresamente la posibilidad de comercialización turística de las viviendas. Para la modificación de estas previsiones se deberá estar al régimen determinado en el artículo 17.6 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, de propiedad horizontal».

[63] El término limitación se emplea aquí en un sentido técnico, como sinónimo de un límite extrínseco, que perfila desde el exterior, de forma negativa, el contenido del derecho y, más en concreto, el contenido de las facultades de uso de todos y cada uno de los propietarios. *Vid*., a este respecto ÁLVAREZ OLALLA, P., Comentario al artículo 7.2 LPH, en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Dir.), *Comentarios de la Ley de Propiedad Horizontal*, Aranzadi, 2014, 220.

[64] La propia Exposición de Motivos de la Ley de Propiedad Horizontal de 1960 pone de manifiesto que la regulación de las actividades no permitidas está inspirada en las relaciones de vecindad: «Los derechos de disfrute tienden a atribuir al titular 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 se encarna en la conservación del edificio y en la subsistencia del régimen de propiedad horizontal, que requiere una base material y objetiva. Por lo mismo, íntimamente unidos a los derechos de disfrute aparecen los deberes de igual naturaleza. Se ha tratado de configurarlos con criterios inspirados en las relaciones de vecindad, procurando dictar unas normas dirigidas a asegurar que el ejercicio del derecho propio no se traduzca en perjuicio del ajeno ni en menoscabo del conjunto, para así dejar establecidas las bases de una convivencia normal y pacífica».

[65] ÁLVAREZ OLALLA, P., Comentario al artículo 7.2 LPH… *cit*., 221.

[66] La buena fe y el abuso del derecho son instituciones que están íntimamente ligadas entre sí, de modo que llega a reputarse al abuso del derecho como derivación o concreción del principio de buena fe, como clara manifestación contraria de la buena fe y por ello rechazable sobre la base de la misma; así se desprende del texto introductorio del Decreto 1836/1974, de 31 de mayo: «Junto a la prohibición del fraude y del abuso viene proclamado el principio del ejercicio de los derechos conforme a la buena fe. Existen indiscutibles concomitancias entre aquellas prohibiciones y la consagración, como módulo rector del ejercicio de los derechos, de la buena fe, no obstante las más amplias manifestaciones de esta». WIEACKER, F., *Zur Rechtstheoretischen Präzisierung des § 242*, Tübingen, 1956, 20 y sigs., subraya una triple función desempeñada por el principio de buena fe: interpretativa, suplementaria y correctora («Auch § 242 BGB wirkt iuris civilis iuvandi, supplendi oder corrigendi gratia»), basándose en las funciones atribuidas por PAPINIANO al Derecho pretorio *(«Ius praetorium est, quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam…»*, D. 1, 1, 7). El abuso del derecho constituye una clara manifestación de la función correctora o limitadora de la buena fe en el ejercicio de los derechos, en la medida en que supone una actuación claramente contraria a la buena fe. Así se destaca en los *Unidroit Principles of International Commercial Contracts*, International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT), Edición 2016, 19: «A typical example of behaviour contrary to the principle of good faith and fair dealing is what in some legal systems is known as "abuse of rights". It is characterised by a party's malicious behaviour which occurs for instance when a party exercises a right merely to damage the other party or for a purpose other than the one for which it had been granted, or when the exercise of a right is disproportionate to the originally intended result».

[67] Suele decirse que el estándar de conducta que impone la buena fe consiste en actuar teniendo presente los intereses de los terceros; *Vid*. HESSELINK, M.W., The concept of good faith, en HARTKAMP, A.S., HESSELINK, M.W., HONDIUS, E.H., MAK, C. Y DU PERRON C.E. (Eds.), *Towards a European civil code*, 4.ª Edición, Wolters Kluwer, 2011,

621: «It is often said that the standard of good faith basically means that a party should take the interest of the other party into account».

[68] DE CASTRO Y BRAVO, F., *Temas de Derecho Civil*, Civitas, reimpresión 2008, 138, narra los orígenes jurisprudenciales de la doctrina del abuso del derecho en los términos siguientes: «El movimiento codificador parece consagrar el triunfo de la concepción liberal y el poder absoluto del propietario. Mas los tribunales, ante los casos de marcada malicia, recuerdan la "exceptio dolis generalis". Fue un caso de evidente "aemulatio" o "chicane", el que se dice fuera la primera aplicación de la condena del abuso en la práctica francesa (colocación de chimenea falsa, en daño del vecino, Trib. Colmar, 1855). (…) La recepción de la doctrina del abuso del derecho fue preparada por la opinión de los autores (especialmente desde la tesis doctoral de Calvo Sotelo). Es citada ya en la STS de 13 de junio de 1942, la que después de mencionar el principio "non face tuerto a otro quien usó de su derecho", añade: "siquiera tal principio jurídico no tenga un valor absoluto y sea atemperado por la doctrina científica moderna, admitiendo la indemnizabilidad del daño ocasionado en el ejercicio del derecho siempre que este se actúe por su titular en forma abusiva" (…). Es consagrada por la sentencia del mismo Alto Tribunal de 14 de febrero de 1944, cuya doctrina sigue de modo reiterado y unánime la jurisprudencia».

[69] Así lo destacaba DE CASTRO Y BRAVO, F., *Temas de Derecho Civil…*, *cit*., 141, haciéndose eco de la jurisprudencia de la época: «Se ha subrayado que la aplicación de la doctrina del abuso del derecho tiene carácter excepcional y ha de aplicarse con carácter restrictivo (SSTS de 5 febrero de 1959, 7 de febrero de 1964), y, además, solo cuando sea patente y manifiesto el abuso (2 de marzo de 1963; también sentencia de 20 de abril de 1960). Podrá acudirse a ella, únicamente *in extremis*, es decir cuando el interesado no encuentre amparo para sus pretensiones en la ley o en la cláusula contractual (sentencia de 25 de noviembre de 1960, 9 y 30 de junio de 1970)».

[70] Así lo subraya igualmente CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., Pisos turísticos y comunidades de vecinos: un posible caso de abuso del Derecho…, *cit*., 72 y 73: «No en vano, el artículo 7.2 del Código civil, por su contenido y por su propia ubicación, contiene una norma general, consagra un principio que como tal solo es aplicable residualmente, como recurso de último grado (cfr., arts. 1.4 y 4.3 CC), para cuando no haya una norma específica que concrete aquellas consecuencias. Pero sucede que, en nuestro caso, sí existe tal norma, precisamente una norma que, durante mucho tiempo, antes de que se introdujera en 1974 aquel artículo 7.2 del Código civil, servía, junto a otras normas (contenidas, por ejemplo, en la LAU de 1964), para deducir en nuestro Derecho la prohibición del abuso de derecho: esa norma es, de nuevo, el artículo 7.2 LPH».

[71] De ahí que carezca de sentido tratar de reconducir la problemática suscitada por el uso excesivo del derecho de propiedad de los titulares de piso destinados a uso turístico a la genérica doctrina del abuso del derecho, cuando el medio idóneo para hacer frente a tal abuso es la acción de cesación configurada en la LPH.

[72] ÁLVAREZ OLALLA, P., «Comentario al artículo 7.2 LPH»… *cit*., 222: «Ante el parentesco evidente que existe entre el precepto que comentamos y estas instituciones, podemos afirmar que la virtualidad fundamental que tiene la regulación expresa de los límites que afectan a las facultades de uso es que nos evita tener que recurrir a la doctrina de la interdicción del abuso del derecho y del ejercicio antisocial del mismo, o bien a la regulación de las relaciones de vecindad; precisamente, el hecho de que el legislador se haya detenido a regular esta cuestión, en sede de propiedad horizontal, desplaza la aplicación del régimen general o subsidiario, es decir, el recurso a tales instituciones».

[73] El requerimiento previo es un requisito esencial para el éxito de una eventual acción de cesación, si bien la jurisprudencia llega a considerar como equivalente actuaciones tales como el intento de un acto de conciliación. *Vid*. a este respecto, la SAP de Santander, de 20 de enero de 2017 (Roj: SAP S 5/2017-ECLI: ES:APS:2017:5), que tiene por objeto el ejercicio de una acción de cesación ejercitado por un propietario de una propiedad horizontal de hecho, constituida por dos viviendas, de las cuales una de ellas está destinada a una actividad hote-

lera, sin contar con la preceptiva licencia administrativa, existiendo un intento de conciliación previa por parte del actor; en el fundamento jurídico sexto se indica: «(…) que el intento de acto de conciliación colma el requisito del requerimiento previo establecido en el artículo 7.2 LPH, por lo que no existe impedimento procedimental para que la copropietaria demandante ejercite la acción de cesación a la que se refiere este artículo (…)».

[74] Subraya ÁLVAREZ OLALLA, P., Comentario al artículo 7.2 LPH… *cit*., 234, que «ello nos debe llevar, en virtud de lo establecido en el artículo 1255 del Código civil, a considerar ilícitos aquellos pactos restrictivos que no sirvan a un interés legítimo, digno de protección, sino al mero capricho o a la mera arbitrariedad o bien que se inspiren en principios discriminatorios, como aquellos que impidiesen la utilización del inmueble (la adquisición o el arrendamiento) por parte de personas pertenecientes a determinadas razas, orientaciones sexuales, o con determinadas circunstancias familiares».

[75] *RJ* 2015, 1567.

[76] ÁLVAREZ OLALLA, P., Comentario al artículo 7.2 LPH… *cit*., 242 y 243: «De este modo se distinguen de otras actividades también recogidas en el artículo 7.2 como las molestas, que impiden un adecuado disfrute del inmueble por parte de otros vecinos, o las peligrosas, respecto a las cuales no es necesario que se haya producido la efectiva causación del daño».

[77] GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., El alquiler vacacional como actividad molesta en la Comunidad de propietarios, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 765, 2018, 501.

[78] El Reglamento ha sido derogado por Ley 34/2007 de calidad del aire y protección de la atmósfera, excepto en aquellas CCAA en las que no exista normativa específica al respecto.

[79] ÁLVAREZ OLALLA, P., Comentario al artículo 7.2 LPH… *cit*., 244-253. En sentido análogo CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., Pisos turísticos y comunidades de vecinos: un posible caso de abuso del Derecho…, *cit*., 73: «(…) Lo de las actividades molestas mencionada en el artículo 7.2 LPH, junto a otras (como las nocivas, peligrosas, …), constituye, sobre todo hoy, un concepto jurídico indeterminado civil y amplio, en el propio sentir de la jurisprudencia».

[80] ÁLVAREZ OLALLA, P., Comentario al artículo 7.2 LPH… *cit*., 246.

[81] ÁLVAREZ OLALLA, P., Comentario al artículo 7.2 LPH… *cit*., 251.

[82] CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., Pisos turísticos y comunidades de vecinos: un posible caso de abuso del Derecho…, *cit*., 71: «(…) observada, de antemano, la ubicación de cada piso o local en cuestión y la entidad de los elementos comunes, puede presumirse un uso abusivo de tales instalaciones comunes, lo que, sin duda, supone un ejercicio antisocial, contrario al interés general de la comunidad de vecinos (…)».

[83] Así lo destaca CABEZUELO ARENAS, A.L., Edificios sometidos a propiedad horizontal y arriendo turístico de pisos: tres vías de prevención y/o defensa de la Comunidad frente a una actividad potencialmente molesta…, *cit*., 4/24: «Nuestros Tribunales no son partidarios de catalogar apriorísticamente la afectación turística de un piso o apartamento como una actividad molesta. Contrariamente imponen efectuar un análisis de sus resultados, inclinándose a favor de dicha conceptuación solo si resulta incontrovertible que con ella se perturbó gravemente la convivencia vecinal».

[84] *RJ* 1993, 6155.

[85] En sentido análogo, la STSJ Cataluña, de 20 de febrero de 2012 (Roj: STSJ CAT 2002/2012 - ECLI: ES:TSJCAT:2012:2002), indica que «la calificación o no como actividad molesta puede dar lugar a un amplio elenco de supuestos que deviene en cuestión casuística, si bien siempre enmarcada en las situaciones reseñadas que vayan contra disposiciones generales sobre la materia, sin dejar de tener presente que lo sancionable no es sino el anómalo y antisocial ejercicio del derecho». En este mismo sentido, pueden verse igualmente las sentencias de la AP de Valencia, de 30 de marzo de 2011 (Roj: SAP V 1623/2011 - ECLI: ES:APV:2011:1623); del TSJ de Cataluña, de 19 de mayo de 2016 (Roj: STSJ CAT 3181/2016- ECLI: ES:TSJCAT:2016:3181); de la AP de Barcelona, de 3 de febrero de 2017 (Roj: SAP B 5678/2017 - ECLI: ES:APB:2017:5678); de la AP de Barcelona, de 5 de julio de 2017 (Roj:

SAP B 7254/2017 - ECLI: ES:APB:2017:7254), de la AP de Barcelona de 27 de diciembre de 2017 *(AC* 2017, 1701); de la AP de Bareclona, de 20 de marzo de 2018 *(AC* 2018, 360).

[86] Roj: STSJ CAT 3181/2016-ECLI: ES:TSJCAT:2016:3181

[87] De la misma forma y con carácter más reciente pueden verse las ilustrativas palabras de la SAP de Alicante, de 12 de marzo de 2015 (Roj: SAP A 356/2015 - ECLI: ES:APA:2015:356): «debe partirse de la consideración de que los alquileres turísticos constituyen un régimen que, en principio, no vulnera la esencia del régimen comunitario, pues se trata de unos arrendamientos por corto espacio de tiempo cuya concertación entra dentro del poder de disposición del derecho de propiedad, no existiendo base en la Ley de Arrendamientos Urbanos, ni en la Ley de Propiedad Horizontal, ni en el Código civil, para entender prohibida la posibilidad de arrendar una vivienda por un periodo corto o largo, sin perjuicio de las normas existentes sobre duración mínima en casos normales».

[88] Tal fue el caso enjuiciado por la SAP de Barcelona, de 3 de febrero de 2017 (Roj: SAP B 5678/2017 - ECLI: ES:APB:2017:5678), en el que la comunidad demandante aportó fotografías en las podía observarse la utilización de la zona común donde está ubicada la piscina contrariando lo establecido en los estatutos y en los acuerdos comunitarios acerca de las normas de utilización de la piscina y zona comunitaria, colocando mobiliario en dicha zona (tanto mesas y sillas de comedor, como tendederos con ropa), comiendo en la misma, bebiendo alcohol (aparecen botellas de cerveza, latas, y licores de diverso tipo), fumando, e incluso se observa a una persona duchándose desnuda utilizando geles de ducha; se observaban también restos de basura en la zona de piscina y preservativos, a personas durmiendo con colchonetas junto a la piscina y a grupos de personas, de noche, en grupo (6 personas), comiendo en dicha zona, fumando y bebiendo alcohol con botellas y latas en abundancia esparcidas por el suelo. También es el caso de la SAP de Valencia de 20 de noviembre de 2018 (Roj: SAP V 5308/2018 - ECLI: ES:APV:2018:5308) en el que la comunidad aporta como prueba de las molestias causadas: más de cuarenta denuncias ante la Policía Local, denuncia ante la Generalitat, denuncia ante la Policía Nacional, así como tres burofax con reclamaciones dirigidas al propietario de los pisos turísticos.

[89] Roj: SAP B 5188/2015 - ECLI: ES:APB:2015:5188

[90] Roj: SAP B 5678/2017 - ECLI: ES:APB:2017:5678

[91] Roj: SAP B 7704/2011 - ECLI: ES:APB:2011:7704

[92] Roj: SAP B 5678/2017 - ECLI: ES:APB:2017:5678

[93] Roj: STS 697/2006 - ECLI: ES:TS:2006:697

[94] Roj: STS 5457/2008 - ECLI: ES:TS:2008:5457

[95] Roj: STS 8009/2011 - ECLI: ES:TS:2011:8009

[96] Roj: STS 1641/2013 - ECLI: ES:TS:2013:1641

[97] *RJ* 2013, 6886; *Vid*. su comentario a cargo de GARCÍA GARCÍA, J.M., *La propiedad horizontal en la legislación, en la doctrina y en la jurisprudencia*, Civitas, 2017, 1243 y 1244.

[98] ÁLVAREZ OLALLA, P., Comentario al artículo 7.2 LPH… *cit*., 231-233.

[99] Roj: STS 697/2006 - ECLI: ES:TS:2006:697. Así se reitera en tiempos recientes en la SAP de Gijón, de 28 de junio de 2019 (Roj: SAP O 1815/2019 - ECLI: ES:APO:2019:1815).

[100] SSTS de 23 de febrero de 2006 (Roj: STS 697/2006 - ECLI: ES:TS:2006:697), de 10 de octubre de 2007 (Roj: STS 7016/2007 - ECLI: ES:TS:2007:7016). Cabe destacar que la doctrina de la DGRN ha sido más vacilante que la del TS a este respecto, pudiendo encontrarse resoluciones que impiden la inscripción de un cambio de destino previsto en el título constitutivo y otras que lo admiten, siendo mayoritarias las primeras; cfr. las resoluciones de 12 de diciembre de 1986 *(RJ* 1986, 7887), 20 de febrero de 1989 *(RJ* 1989, 1694), 25 de septiembre de 1991 *(RJ* 1991, 6236), 4 de marzo de 1993 *(RJ* 1993, 2471), 23 de marzo de 1998 *(RJ* 1998, 1860), 9 de mayo de 2005 *(RJ* 2005, 5641), 18 de junio de 2010 *(RJ* 2010, 4875), 24 de octubre de 2011 *(RJ* 2012, 431), 15 de julio de 2013 *(RJ* 2013, 6679), 21 de octubre de 2014 *(RJ* 2014, 6098); todas ellas citadas y comentadas por GARCÍA GARCÍA, J.M., *La propiedad horizontal en la legislación, en la doctrina y en la jurisprudencia*…, *cit*., 1263-1287.

[101] Roj: STSJ CAT 5827/2018 - ECLI: ES:TSJCAT:2018:5827

[102] Se sigue a este respecto la doctrina sentada igualmente por la STS de 20 de septiembre de 2007 (Roj: STS 5835/2007 - ECLI: ES:TS:2007:5835 —admitiendo la conversión de un sótano en garajes—): «la concepción del derecho de propiedad en nuestro ordenamiento jurídico, no sujeta a otras limitaciones que las expresamente previstas en las leyes y las que convencionalmente se establezcan, así como la inexistencia en el título constitutivo de una prohibición expresa del cambio de uso o destino de los locales comerciales del edificio (…) implica que las restricciones a las facultades dominicales han de interpretarse limitadamente, de tal forma que su titular pueda acondicionar su propiedad al uso que tenga por conveniente, siempre y cuando no quebrante alguna prohibición legal, y ello aunque suponga un cambio de destino respecto del previsto en el título constitutivo». Son numerosas, además, las sentencias de Audiencias Provinciales que siguen fielmente este criterio jurisprudencial; *Vid*., entre otras, las recientes sentencias de la AP de Barcelona, de 1 de marzo de 2010 (Roj: SAP B 2038/2010 - ECLI: ES:APB:2010:2038); de la AP de Valencia, de 30 de marzo de 2011 (Roj: SAP V 1623/2011 - ECLI: ES:APV:2011:1623); de la AP de Barcelona, de 12 de julio de 2011 (Roj: SAP B 7704/2011 - ECLI: ES:APB:2011:7704); de la AP de Barcelona, de 21 de mayo de 2015 (Roj: SAP B 5188/2015 - ECLI: ES:APB:2015:5188); de la AP de Barcelona, de 22 de marzo de 2018 (Roj: SAP B 2250/2018 - ECLI: ES:APB:2018:2250).

[103] Cfr., el originario artículo 553-25.2 del CCCat: «Es preciso el voto favorable de las cuatro quintas partes de los propietarios, que deben representar las cuatro quintas partes de las cuotas de participación, para adoptar acuerdos de modificación del título de constitución y de los estatutos, salvo que el título establezca otra cosa»; y el vigente artículo 553-26.2 a) del CCCat: «Es preciso el 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, para: a) Modificar el título de constitución y los estatutos, salvo que exista una disposición legal en sentido contrario».

[104] CABEZUELO ARENAS, A.L., Edificios sometidos a propiedad horizontal y arriendo turístico de pisos: tres vías de prevención y/o defensa de la comunidad frente a una actividad potencialmente molesta…, *cit*., 9/24.

[105] Roj: STS 1168/1997 - ECLI: ES:TS:1997:1168.

[106] Sobre esta cuestión puede verse el detallado y reciente estudio de CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., De nuevo, sobre pisos turísticos y comunidades de vecinos: a propósito del nuevo artículo 17.12 LPH, en *Revista de Derecho Privado*, núm. 3, 2019, 3-33.

[107] La necesidad de que la prohibición del alojamiento turístico se incluya de manera expresa e indubitada en los estatutos no siempre se aplica de forma rigurosa por la jurisprudencia menor, ya que en ocasiones se llega a admitir la efectividad de la prohibición, incluso aunque se establezca de forma genérica. Vid. a este respecto la SAP de Madrid, de 18 de febrero de 2019 (Roj: SAP M 2136/2019 - ECLI: ES:APM:2019:2136): el apartado 7º de los estatutos de la comunidad indica que «Los titulares de los distintos departamentos, un vez obtenidas las correspondientes licencias administrativas, podrán destinarlos a usos diferentes de los de vivienda, por lo que podrán instalar despachos profesionales, oficinas y otros de semejante naturaleza. Además de la autorización administrativa pertinente, será necesario el acuerdo de la junta de propietarios, con el *quorum* que al efecto establece la legislación vigente, para destinarlo a cualquier otro uso o destino». La controversia gira en torno a la posible inclusión del alojamiento turístico en esas actividades para uso distinto de vivienda descritas en los estatutos, que precisan de autorización de la comunidad. Los propietarios de los pisos turísticos entienden que la restricción no es lo suficientemente clara, aunque la AP concluye que sí «nos encontramos (…) con los otros usos a los que se refiere el párrafo 2 del apartado 7 de los Estatutos, siendo exigible para ello la autorización de la comunidad de propietarios». También la SAP de Donostia-San Sebastián, de 12 de abril de 2019 (Roj: SAP SS 483/2019 - ECLI: ES:APSS:2019:483): en la Norma Quinta de los estatutos objeto de controversia, se indica que «Sobre la utilización de las viviendas y los espacios comunes a ellas atribuidos.- Queda terminantemente prohibido la realización de actividad económica alguna en

las viviendas (oficina, despacho, consulta, clínica, etc)»; la AP entiende que «la enumeración de actividades que se incluye en la norma es claramente ejemplificativa y no exhaustiva, pues el empleo del término "etcétera" permite considerar incluidas en la prohibición otras actividades económicas distintas de las enumeradas; por tanto, dado que el alquiler de viviendas para uso turístico es una actividad económica, equiparable a las actividades económicas que a título ejemplificativo se enumeran la Norma Quinta de los Estatutos, caracterizadas todas ellas por ser usos distintos del de vivienda y en los que concurre un componente comercial, profesional o empresarial, no cabe sino concluir que la actividad en cuestión está incluida en la prohibición estatutaria». En sentido análogo, puede verse la SAP de Barcelona, de 6 de junio de 2019 (Roj: SAP B 6621/2019 - ECLI: ES:APB:2019:6621). Por su parte, en la SAP de Málaga, de 24 de mayo de 2019 (Roj: SAP MA 342/2019 - ECLI: ES:APMA:2019:342), los estatutos de la comunidad (no inscritos en el Registro de la Propiedad y redactados en 1962), en su artículo 3º, párrafo quinto prohíben "la instalación de hospederías, residencias y hoteles sin previa autorización escrita acordada en Junta General", y el propietario del piso turística niega que se trate de una actividad asimilable a la propiamente hotelera; la AP considera «que las denominadas viviendas con fines turísticos (…) se están equiparando prácticamente a lo que en los estatutos de la comunidad de propietarios demandada se contempla como un negocio de hostelería u hospedaje, aunque no en su concepción clásica y habitual (…)».

[108] ÁLVAREZ OLALLA, P., Comentario al artículo 7.2 LPH… *cit*.

[109] ÁLVAREZ OLALLA, P., Comentario al artículo 7.2 LPH… *cit*.

[110] CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., Pisos turísticos y comunidades de vecinos: un posible caso de abuso del Derecho…, *cit*., 62.

[111] Roj: STSJ CAT 5827/2018 - ECLI: ES:TSJCAT:2018:5827

[112] Así lo apunta igualmente la SAP de Barcelona, de 5 de julio de 2017 (Roj: SAP B 7254/2017 - ECLI: ES:APB:2017:7254), descartando que el acuerdo que adopte la prohibición sea constitutivo de un abuso del derecho: «(…) es objeto del pleito el ejercicio por los propietarios de una de las entidades del edificio de la acción de impugnación del acuerdo de modificación de los estatutos, para la limitación de las actividades que pueden realizarse en los elementos privativos, adoptado por la mayoría de cuatro quintos, de conformidad con lo previsto en el artículo 553.25.2, en relación con el artículo 553.11.2.e) del Código civil de Cataluña, estando basada la impugnación, promovida por los actores, del acuerdo adoptado por la mayoría reforzada de los propietarios, con fundamento en el artículo 533. 31.1. a) del Código civil de Cataluña, en la existencia de abuso de derecho en el acuerdo adoptado, por lo que, para que pueda prosperar la acción de impugnación, es preciso que por la parte demandante, como hecho positivo y constitutivo de su acción impugnatoria, se pruebe cumplidamente la existencia del abuso de derecho. En este sentido, es doctrina constante y reiterada (sentencias del Tribunal Supremo de 25 de junio de 1985, 14 de febrero de 1986, 12 de noviembre de 1988, 11 de mayo de 1991, 5 de abril de 1993, y 13 de febrero de 1995), que el abuso de derecho que, en general, proscribe el artículo 7.2 del Código civil, ha de resultar claramente patentizado por la concurrencia de las circunstancias que lo configuran, es decir las subjetivas de intención de perjudicar o de falta de un interés serio y legítimo, y las objetivas de exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho y producción de un perjuicio injustificado. En el presente caso no concurren ninguno de los mencionados requisitos, ya que es plenamente legítimo y serio, y en modo alguno excesivo o anormal, el interés jurídico de la Comunidad de Propietarios demandada en que no se altere el destino de los departamentos del edificio, pasando de viviendas a viviendas de uso turístico (…)».

[113] Particularmente, cabe plantearse la situación existente en el régimen anterior dado el carácter irretroactivo de las novedades introducidas por el artículo 17.12 de la LPH como ahora analizaremos.

[114] CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., Pisos turísticos y comunidades de vecinos: un posible caso de abuso del Derecho…, *cit*., 86.

[115] ÁLVAREZ OLALLA, P., Comentario al artículo 7.2 LPH… *cit*.

[116] ÁLVAREZ OLALLA, P., Comentario al artículo 7.2 LPH… *cit*.: «Aunque en principio se entendió que las decisiones unánimes y sometidas a mayorías reforzadas habían de quedar fuera del recurso judicial de equidad, parece que ahora quedan fuera de la regla únicamente los acuerdos reconducidos al artículo 10 LPH, sin perjuicio de las acciones de impugnación que correspondan según el artículo 18 LPH. El razonamiento en *obiter dicta* de la STS de 10 de octubre de 2013, —dictada con posterioridad a la entrada en vigor de la reforma operada por Ley 8/2013, aunque referida a un supuesto anterior— y la cita de la jurisprudencia que reproduce, se presenta como apoyo a esta interpretación inclusiva de los acuerdos requeridos por unanimidad».

[117] Roj: SAP IB 2220/2018 - ECLI: ES:APIB:2018:2220.

[118] Seguidamente veremos que el precepto declara la irretroactividad de los efectos derivados del acuerdo adoptado, lo cual nada tiene que ver con la retroactividad de la norma en sí. Así lo apunta acertadamente CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., De nuevo, sobre pisos turísticos y comunidades de vecinos: a propósito del nuevo artículo 17.12 LPH…, *cit*., 8: «lo hace con pleno carácter retroactivo (refiriéndose a la entrada en vigor del Decreto-ley 7/2019), no solo para las nuevas comunidades de vecinos por constituir o crear tras su entrada en vigor, sino también para los regímenes de propiedad horizontal ya existentes con anterioridad a su vigencia, hubiera o no acordado la promotora o sus vecinos alguna previsión sobre la cuestión de los pisos en alquiler turístico. Así cabe entenderlo, como una suerte de retroacción tácita deducible del silencio del legislador, que contrasta con su expresa voluntad de excluir o planificar tal retroactividad para ciertas cuestiones particulares (cfr., sus disposiciones transitorias primera y segunda), entre las que no se comprende la aplicación temporal del nuevo artículo 17.12 LPH que en aquel Decreto-ley 7/2019 se introduce, y cuyo inciso final solo excluye la aplicación retroactiva de los acuerdos adoptados en las comunidades de vecinos que limiten o condicionen el destino arrendaticio turístico de los pisos, pero no la aplicación misma de la norma que así lo dice».

[119] FUENTES-LOJO RIUS, A., «El Real Decreto Ley de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler: aspectos de propiedad horizontal, arrendaticios y viviendas de uso turístico», en *Actualidad Civil*, núm. 12, 2018, 6/10 critica el carácter confuso de la redacción del artículo 17.12 LPH a este respecto, subrayando que la propia Abogacía Española informó al Ministerio sobre el particular: «No obstante, a la luz de este nuevo redactado tan confuso de la LPH, habrá que estar a atento a lo resuelvan los tribunales para ver si siguen la senda de la jurisprudencia catalana. La Abogacía Española informó al Ministerio de la importancia de ser más conciso en este aspecto para evitar que se generara litigiosidad en torno a esta cuestión».

[120] CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., De nuevo, sobre pisos turísticos y comunidades de vecinos: a propósito del nuevo artículo 17.12 LPH…, *cit*., 14 y 15.

[121] STC de 21 de octubre de 1993 (RTC 1993, 301).

[122] *Vid*., por todas, la reciente STSJ de Cataluña de 13 de septiembre de 2018 (Roj: STSJ CAT 5827/2018 - ECLI: ES:TSJCAT:2018:5827). Así lo destaca igualmente FUENTES-LOJO RIUS, A., El Real Decreto Ley de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler: aspectos de propiedad horizontal, arrendaticios y viviendas de uso turístico…, *cit*., 6/10.

[123] Así lo destacan FUENTES-LOJO RIUS, A., El Real Decreto Ley de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler: aspectos de propiedad horizontal, arrendaticios y viviendas de uso turístico…, *cit*., 5/10, y CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., De nuevo, sobre pisos turísticos y comunidades de vecinos: a propósito del nuevo artículo 17.12 LPH…, *cit*., 6.

[124] *RJ* 2016, 2170.

[125] Tal es el caso del artículo 553-25.4 del CCCat.

[126] Roj: SAP B 7254/2017 - ECLI: ES:APB:2017:7254.

[127] Coincidimos en este caso con CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., De nuevo, sobre pisos turísticos y comunidades de vecinos: a propósito del nuevo artículo 17.12 LPH…, *cit*., 32 y 33: «Admitida, no obstante, la irretroactividad de tales acuerdos prohibitivos o restrictivos, habría que matizar que ello solo protege o deja a salvo a los vecinos que ya antes

del acuerdo viniesen alquilando sus pisos al uso turístico, pero, en contra de lo que otros defienden, no nos parece que pueda decirse lo mismo de los vecinos que en el momento en que se adopta el acuerdo se hubiesen opuesto al mismo, ni siquiera a quienes estuviesen en ese momento tramitando las oportunas licencias administrativas para el alquiler turístico. De lo contrario, en realidad el acuerdo prohibitivo solo afectaría a los vecinos que han votado favorablemente a tal acuerdo (precisamente, a quienes quieren protegerse de abusos y molestias) y a futuros adquirentes de los pisos, quedando, entonces, a salvo de tal prohibición los que se opusieron al acuerdo o estaban en trámite de destinar sus pisos a alquiler turístico, cuando en ninguno de tales casos ostentan ya un derecho adquirido que proteger con la irretroactividad que, precisamente a tal fin, establece el artículo 17.12 LPH *in fine*».

[128] Sobre la anquilosada cuestión del monismo o dualismo hipotecario, *Vid*. el fantástico estudio de GORDILLO CAÑAS, A., ¿Monismo o dualismo hipotecario?: hablen los autores del sistema, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo 42, 2004, 95-136.

[129] Así lo destaca FUENTES-LOJO RIUS, A., El Real Decreto-ley de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler: aspectos de propiedad horizontal, arrendaticios y viviendas de uso turístico…, *cit*., 7/10: «El principio de seguridad jurídica también impone la necesidad de que la modificación estatutaria de prohibición de uso turístico se inscriba en el Registro de la Propiedad para dotarlo de eficacia frente a terceros que no eran propietarios en el momento en que se adoptó el acuerdo, con independencia de si lo han consultado o no. En virtud del principio jurídico de publicidad registral, si dichos estatutos han sido publicados registralmente, el ulterior adquirente de un piso o local no podrá alegar eficazmente su ignorancia o desconocimiento. La inscripción de los estatutos no es constitutiva, ni por tanto, obligatoria, de manera que su falta de inscripción en nada afecta a su valor normativo para los propietarios que lo eran en el momento en que se adoptó, ni para los adquirentes que conocieron o podían conocer dicha norma comunitaria en el momento de la transmisión, y por tanto, que no son terceros de buena fe conforme al artículo 553-11.3 del Código civil de Cataluña. Respecto de los terceros de buena fe, no les vincula si no han sido inscritos (STS, Sala de lo Civil, núm. 720/2015, de 29 de diciembre)».

[130] Hay una interesante SAP de Santa Cruz de Tenerife, de 28 de abril de 2017 (Roj: SAP TF 2498/2017 - ECLI: ES:APTF:2017:2498), en la que se plantea, sobre la base de la regulación precedente al Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler, la posibilidad de imputar determinados gastos de la comunidad exclusivamente al propietario del piso turístico, en la medida en que responden únicamente a su actividad. El supuesto de hecho enjuiciado tenía por objeto la impugnación del acuerdo adoptado por la junta ordinaria de la comunidad de propietarios celebrada el 12 de abril de 2013 referido al punto siete del orden del día, sobre la presentación y aprobación del presupuesto de gastos y cuotas para el ejercicio de 2013. Se solicitaba la nulidad del acuerdo adoptado y se pedía que como consecuencia de ello se procediera a modificar las cuotas aprobadas reduciéndolas bajo la consideración de determinados aspectos, así como la devolución de las cantidades que hubieran sido cobradas en exceso. La sentencia declaró la nulidad del acuerdo por resultar contrario al sistema de reparto de gastos del artículo 9.1 de la LPH y haberse adoptado con abuso de derecho. En realidad, la razón fundamental para acordar esa nulidad fue, según se argumenta en el fundamento de derecho quinto de la sentencia, que se imputaron a la comunidad (formada por todos los propietarios, tanto los que tienen sus viviendas en explotación turística como los que no) gastos que no le son propios sino que son atribuibles única y exclusivamente a los propietarios que tienen sus viviendas en explotación turística, lo que no solo se contrapone al sistema de distribución del gasto contenido en el artículo 9.1 de la LPH, sino que entraña un abuso de derecho, pues el acuerdo beneficia a unos comuneros (los que tienen la finca en Explotación Turística) en perjuicio de otros (los que no la tienen) sin que genere beneficio para la comunidad sino, muy al contrario, un perjuicio derivado de la aplicación de las cuotas de la comunidad al pago de gastos propios de la Explotación Turística.

[131] La modificación de la cuota de gastos (en todo caso, antes del nuevo artículo 17.12 de la LPH) y en contextos diversos a los de las viviendas de uso turístico exige acuerdo por

unanimidad, pues ello supone modificar el título constitutivo donde dichas cuotas vienen establecidas, *ex* artículo 5 de la LPH. Así lo reitera la jurisprudencia de modo unánime, *Vid*. a este respecto la STS de 29 de diciembre de 2015 (ROJ: STS 5690/2015 - ECLI:ES:TS:2015:5690); y el comentario de la sentencia a cargo de GARCÍA GARCÍA, J.M., *La propiedad horizontal en la legislación, en la doctrina y en la jurisprudencia…*, *cit*., 962 y 963: «Esta sentencia confirma la jurisprudencia existente, representada en las sentencias que cita, y la propia dicción del párrafo último del artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal, respecto a la necesidad de acuerdo por unanimidad para la modificación de las cuotas de gastos establecidas en el título constitutivo, sin que pueda admitirse que la junta pueda tomar un acuerdo por mayoría para la modificación estatutaria de la contribución de los propietarios a los gastos conforme a su cuota de participación. Lo que sí cabe modificar por mayoría son los gastos establecidos por un acuerdo de la junta, pero no cuando resultan de una cláusula de los Estatutos, pues no es lo mismo la modificación de un acuerdo de junta que la modificación de los Estatutos».

[132] CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., De nuevo, sobre pisos turísticos y comunidades de vecinos: a propósito del nuevo artículo 17.12 LPH…, *cit*., 33, discrepa de este planteamiento y sostiene un alcance diverso de la irretroactividad de los acuerdos sobre aumento de cuota de gastos: «Excluida, pues, con tales matices la retroacción de los acuerdos prohibitivos, ¿cabe decir lo mismo de los acuerdos condicionantes a que también se refiere el artículo 17.12 LPH, como, por ejemplo, pudiera ser el de incrementar las cuotas de mantenimiento, la exigencia de un contrato de seguro por posibles daños a terceros o en el inmueble, o de responsabilidad solidaria en tales casos entre el dueño-anfitrión y el cliente-huésped…? En mi opinión, para tales acuerdos su irretroactividad significará la inaplicación de estos al alquiler turístico ya realizado, ya consumado en el pasado, antes de la adopción del acuerdo, pero no para los futuros alquileres que los vecinos que puedan hacerlo sigan haciéndolo. Así, por ejemplo, no se le podrá exigir al vecino que venía alquilando para uso turístico su piso que pague el incremento de cuotas de gastos acordado o que sufrague los daños causados por sus huéspedes en el pasado, desde el primer alquiler turístico que hubo, pues ello sí supondría darle efectos retroactivos a tales acuerdos, pero sí se le podrá exigir el pago de tales incrementos e indemnizaciones para el futuro, para los posteriores alquileres de uso turístico que celebre tras la adopción del acuerdo comunitario».

Blockchain, tokenización de activos inmobiliarios y su protección registral

Blockchain, real estate tokenization and its protection by the land registry

por

JESÚS SIEIRA GIL
Registrador de la propiedad y mercantil

JIMENA CAMPUZANO GÓMEZ-ACEBO
Registradora de la propiedad y mercantil

RESUMEN: La *tokenización* de activos inmobiliarios implica la simultánea existencia, por un lado, del activo físico y, por otro lado, de su representación digital, el *token*. Es imprescindible asegurar que el *token* está inseparablemente unido al activo inmobiliario y, consecuentemente, al derecho real existente sobre el mismo. Sin esta vinculación permanente la *tokenización* de activos inmobiliarios estará condenada a la intrascendencia jurídica y no aportará valor añadido alguno. Esta vinculación permanente, indubitada y con absoluta seguridad jurídica solo puede realizarse a través de la institución encargada, con su control de legalidad independiente, de la asignación, protección, defensa y publicidad, *erga omnes,* de los derechos reales sobre bienes inmuebles, el Registro de la Propiedad.

ABSTRACT: The tokenization of real estate assets implies the simultaneous existence of both the physical asset and its digital representation, token. It is necessary to ensure that the token is inextricably fused with the real estate asset and therefore to the real right which lies on it. Without this permanent link,

tokenization of real estate assets will be doomed to become legally irrelevant and will not provide any added value. This permanent and uncontested linkage with legality and legal certainty must be carried out by means of the institution in charge, by its legality control, of allocating, protecting, defending and publishing, erga omnes, real rights on immovables, the Land Registry.

PALABRAS CLAVE: *Tokenización*. *Token*. Registro de la Propiedad. Cadena de bloques. *Blockchain*. Principio de especialidad registral. Activos inmobiliarios. *Smart Contracts*.

KEY WORDS: Tokenization. Token. Land registry. Distributed ledgers. Blockchain. Principle of registry speciality. Real estate assets. Smart Contracts.

SUMARIO: I. PROBLEMÁTICA DE LA *TOKENIZACIÓN* INMOBILIARIA.—II. *BLOCKCHAINIZAR* EL PROCESO DE CONTRATACIÓN INMOBILIARIA.—III. TRANSMISIÓN INMOBILIARIA «CLÁSICA» Y SU APLICABILIDAD A LA *TOKENIZACIÓN*: 1. Teoría del título y modo. *Traditio*. 2. La forma del contrato relativo a derechos reales inmobiliarios. 3. Registro de la Propiedad: control de legalidad y protección *erga omnes*.—IV. TRANSMISIÓN INMOBILIARIA «*BLOCKCHAINIZADA*». *TOKENS*: 1. El Registro de la Propiedad como conexión entre el mundo *onchain* y *offchain*. 2. El principio de especialidad registral.—V. EFECTOS JURÍDICOS DE LA CONSTANCIA REGISTRAL DE LA *TOKENIZACIÓN*: 1. Protección y publicidad registral de la *tokenización*. 2. Transmisión *blockchainizada* del *token* y su inscripción registral.—VI. CONFIGURACIÓN JURÍDICA DE LOS *TOKENS* QUE REPRESENTAN DERECHOS REALES INMOBILIARIOS.—VII. *TOKENIZACIÓN* DEL DOMINIO DE BIENES INMUBLES: 1. Concepto y naturaleza jurídica. 2. Efectos de la inscripción de la *tokenización* del dominio.—VIII. *TOKENIZACIÓN* DE DERECHOS REALES LIMITADOS SOBRE BIENES INMUEBLES: 1. Concepto y naturaleza jurídica. 2. Efectos de la inscripción de la *tokenización* de derechos reales limitados inmobiliarios.—IX. CARACTERÍSTICAS TÉCNICAS Y CONTENIDO DEL *TOKEN* INMOBILIARIO.—X. *TOKENIZACIÓN* MOBILIARIA Y SOCIETARIA.—XI. CONCLUSIONES.—XII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. PROBLEMÁTICA DE LA *TOKENIZACIÓN* INMOBILIARIA

El estudio jurídico de la *tokenización* de activos inmobiliarios debe comenzarse, en primer lugar, con un análisis previo de la problemática actual relativa

a su propia naturaleza jurídica. La *tokenización* de bienes inmuebles implica, inevitablemente, la coexistencia simultánea, por un lado, del activo físico y, por otro lado, del activo o valor digital —*token*— creado y emitido digitalmente y que representa a ese concreto bien inmueble o participación indivisa del mismo.

Los bienes inmuebles son bienes tangibles, con una existencia física y ubicación determinada. Son, además, los bienes inmuebles, bienes no fungibles y, consecuentemente, bienes que no pueden ser sustituidos por otros análogos. Cada activo inmobiliario, ya sea una finca rústica, un solar, una edificación o un elemento privativo en un edificio en régimen de propiedad horizontal, es un activo perfectamente individualizado e identificado.

Esa individualización física y jurídica de los bienes inmuebles se ve, además, intensificada como consecuencia de su inscripción en el Registro de la Propiedad y su identificación, no solo a través de su respectivo número de finca registral sino también, además, de su correspondiente código alfanumérico de identificación registral y, en su caso, mediante su respectiva georreferenciación. Y esta identificación registral, derivada de las exigencias del principio de especialidad registral del artículo 9 de la Ley Hipotecaria (en adelante, «LH») y del artículo 51 del Reglamento Hipotecario (en adelante, «RH») no es sino consecuencia de la protección jurídica que el Registro de la Propiedad proporciona a todos los titulares de los bienes inmuebles inscritos derivada, entre otros, del principio de legitimación y exactitud —artículo 38 LH—, del principio de oponibilidad —artículo 32 LH—, del principio de fe pública —artículo 34 LH— y del principio de control de legalidad de todos los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles que pretenden su acceso al Registro de la Propiedad —artículo 18 LH—.

Estos bienes inmuebles perfectamente individualizados constituyen el objeto de los denominados derechos reales inmobiliarios, en donde existe una relación —a diferencia de los derechos de crédito que tiene por objeto una prestación— directa, inmediata y absoluta entre una persona física o jurídica y el bien inmueble. Y, estos derechos reales, si están inscritos en el Registro de la Propiedad, presentan tres características esenciales, conforme a los artículos 32, 34 y 38 de la LH.

Por un lado, los derechos reales inmobiliarios solo serán oponibles a todo tercero, eficacia *erga omnes*, si están inscritos en el Registro de la Propiedad. La inscripción registral, el contenido de la inscripción registral sobre titularidad y cargas del activo inmobiliario, prevalece frente a cualquier otro posible derecho no inscrito que pudiera acreditarse documentalmente. Por otro lado, quien adquiere del titular registral e inscribe su derecho a título oneroso y de buena fe queda protegido, en todo caso, en su adquisición, aunque se anule o resuelva el derecho del transmitente por causas ajenas al Registro. Su adquisición es inatacable frente a cualquier acción que discuta su adquisición. Finalmente, a todos los efectos legales, se presume que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento registral

correspondiente. El derecho real inmobiliario tiene el contenido, extensión y las características que se indiquen por el Registro. Su titular, a todos los efectos, será el que indique el Registro y las cargas o gravámenes que pudieran existir solo serán las que consten debidamente inscritas.

La *tokenización* de activos inmobiliarios, como mecanismo tecnológico que implica o pretende implicar la representación de un derecho real —o participaciones indivisas del mismo— de una determinada persona sobre un determinado bien inmueble, a través de un valor digital denominado *token*, en una cadena de bloques o *blockchain,* no puede desconocer, en absoluto, la realidad física del bien inmueble *tokenizado*. Es necesario e imprescindible, desde un punto de vista jurídico, que el mundo digital —*token*— esté conectado y vinculado con el mundo físico —bien inmueble— y, viceversa, que el mundo físico esté conectado y vinculado con el mundo digital. Es necesario asegurar y garantizar, en la *tokenización* de activos inmobiliarios, que el *token* o valor digital está vinculado e inseparablemente unido al activo inmobiliario y, consecuentemente, al derecho real inmobiliario existente sobre el mismo.

Sin una vinculación permanente, indubitada y con absoluta legalidad y seguridad jurídica, la *tokenización* de activos inmobiliarios, que pretenda representar derechos reales de una determinada persona sobre bienes inmuebles, estará condenada a la intrascendencia jurídica y, consecuentemente, no aportará valor añadido jurídico alguno a los operadores del mercado inmobiliario. Esta necesaria conexión y vinculación jurídica es, actualmente, el mayor obstáculo al que ha de hacer frente la *tokenización* de activos inmobiliarios y, seguramente, la cuestión a resolver, con la necesaria seguridad jurídica, para el desarrollo de los procesos de *tokenización* inmobiliaria.

Pues bien, en el presente artículo, vamos a intentar explicar la estructura jurídica necesaria para que, con las herramientas e instituciones que nos proporciona el ordenamiento jurídico vigente, sea posible configurar, ya a día de hoy y con plenas garantías jurídicas, esta vinculación permanente, indubitada y con absoluta legalidad y seguridad jurídica entre el *token* o activo digital y el activo inmobiliario. Y esta vinculación permanente, indubitada y con absoluta legalidad y seguridad jurídica puede y debe realizarse, necesariamente, a través de la institución encargada de la asignación, protección, defensa y publicidad de los derechos reales sobre bienes inmuebles, el Registro de la Propiedad. Veámoslo.

II. *BLOCKCHAINIZAR* EL PROCESO DE CONTRATACIÓN INMOBILIARIA

La *tokenización* de bienes inmuebles implica dos características diferenciadoras respecto a otros supuestos de *tokenización* que se puedan plantear. En primer lugar, desde un punto de vista jurídico, la *tokenización* de bienes inmuebles es especial por razón de su objeto. En segundo lugar, la *tokenización*

de bienes inmuebles puede dar lugar a una nueva forma de contratación y transmisión de bienes inmuebles —adicional a las ya tradicionales— consecuencia de «*blockchainizar*» el proceso de contratación inmobiliaria.

En primer lugar, el objeto de esta *tokenización* se refiere a activos inmobiliarios, a los derechos reales de los que una determinada persona física o jurídica pueda ser titular y que se integran dentro de su patrimonio. No nos encontramos, en la *tokenización* inmobiliaria ante derechos de crédito, ante derechos obligacionales, esto es, ante derechos a obtener o recibir una determinada prestación de una persona física o jurídica. No nos encontramos ante una obligación de dar, hacer o no hacer, en el sentido del artículo 1088 del Código civil.

En la *tokenización* de activos inmobiliarios nos encontramos en presencia de derechos reales, en presencia de derechos patrimoniales de una determinada persona física o jurídica sobre un determinado bien inmueble. Los derechos reales no se ven reducidos a la posibilidad de exigir a una persona una determinada prestación de dar, hacer o no hacer, como ocurre con los derechos obligacionales. Solo los derechos reales inmobiliarios implican una relación directa e inmediata, absoluta, de una determinada persona sobre un bien determinado, sobre un determinado bien inmueble. Es la existencia física del bien inmueble, es el encontrarnos ante derechos reales sobre bienes inmuebles y no ante derechos obligacionales lo que determina la necesaria vinculación e inseparabilidad jurídica entre este activo inmobiliario y su representación digital a través de un *token* determinado.

Este diferente contenido del derecho real (cosa) y del derecho obligacional (prestación) determina que la normativa del Código civil y la LH establezcan un régimen jurídico diferente para los derechos reales inmobiliarios y los derechos obligacionales, tanto en relación a su constitución y transmisión —artículo 609 del Código civil—, como en cuanto a su formalización —artículos 1278-1280 del Código civil— y publicidad —artículos 605-607 del Código civil, 1 y 221 LH— como en cuanto a su protección —artículo 18 LH— y a los efectos jurídicos frente a terceros —artículos 608 del Código civil y 32, 34, 38 LH—. Frente a cualquier tercero, con carácter *erga omnes*, la existencia, titularidad, oponibilidad y protección de los derechos reales inmobiliarios se obtiene a través de su inscripción en el Registro de la Propiedad, como hemos visto anteriormente. Esta configuración y protección jurídica de los derechos reales inmobiliarios —diferente a los derechos obligaciones— habrá, consecuentemente, de ser tenida en cuenta en todo proceso de *tokenización* de activos inmobiliarios y resultará determinante para no perder o disminuir la seguridad jurídica existente en la transmisión de activos inmobiliarios.

En segundo lugar, la creación de los activos digitales o *token*s, a través del mecanismo de *tokenización* de activos inmobiliarios es la consecuencia de *«blockchainizar»* el proceso de contratación inmobiliaria. La tecnología *blockchain*, con sus características intrínsecas de inmutabilidad, fehaciencia y transparencia,

supone el nacimiento de una nueva forma de acreditar un hecho, acto o negocio jurídico. Supone esta tecnología, el nacimiento de la «forma digital» como nueva forma de acreditar hechos, actos o negocios jurídicos. Junto a la forma verbal o escrita —ya sea pública o privada—, ahora surge esta nueva «forma digital». Aplicada esta tecnología *blockchain* al ámbito inmobiliario, supone el nacimiento de la «forma digital» como nueva forma de acreditar hechos, actos o negocios jurídicos inmobiliarios.

La tecnología *blockchain* permite constatar y acreditar, potencialmente, con sus técnicas de encriptación y distribución o réplica de información en nodos, la existencia, el contenido, la fecha y, en caso de utilización de certificados electrónicos eIDAS, las partes intervinientes de un determinado hecho, acto o negocio jurídico. Es una nueva forma de reflejar y acreditar ese hecho, acto o negocio jurídico, una «forma digital». De la misma manera que los hechos, actos o negocios jurídicos pueden reflejarse o formalizarse mediante una mera forma verbal o con una forma escrita —ya sea forma privada o pública— o en forma electrónica —conforme a la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico— esta nueva tecnología permite reflejar y formalizar, igualmente, hechos, actos o negocios jurídicos de una manera digital. Es la «forma digital».

La tecnología *blockchain* no puede configurarse como un registro jurídico de derechos porque como tecnología no puede realizar un control de legalidad independiente y responsable de los hechos, actos o negocios jurídicos que se reflejen en sus nodos. La tecnología *blockchain* puede reflejar o formalizar, hechos, actos o negocios jurídicos, «forma digital», acreditando su existencia y contenido, pero no puede realizar pronunciamientos jurídicos, responsables e independientes, consistentes en asignaciones de derechos, previo control de su legalidad (registro de derechos). Por este motivo, en el ámbito inmobiliario, la tecnología *blockchain* —a diferencia del Registro de la Propiedad— no es una institución que pueda realizar una asignación, con plena responsabilidad patrimonial e independencia jurídica, de derechos reales y que pueda realizar un pronunciamiento jurídico *erga omnes* de su existencia, titularidad, contenido, extensión o limitaciones, con un previo control de legalidad de los hechos, actos o negocios jurídicos de derechos reales sobre bienes inmuebles, como, por el contrario, sí realiza el Registro de la Propiedad—.

Sin embargo, la tecnología *blockchain*, como herramienta tecnológica, sí puede configurarse perfectamente como una nueva forma de reflejar y acreditar hechos, actos o negocios jurídicos —«forma digital»— y debemos aprovechar todas sus ventajas y las nuevas posibilidades que esta tecnología posibilita. Esta confusión entre forma —«forma digital»— y registro de derechos constituye, actualmente, uno de los mayores obstáculos para el desarrollo de esta tecnología en el ámbito inmobiliario, porque confunde dos aspectos —la forma del negocio jurídico y el registro o protección registral del negocio jurídico— que

operan en planos diferentes y que se encuentran perfectamente diferenciados en su tratamiento y efectos jurídicos. En otras palabras, no cabe confundir forma con publicidad, la forma atiende a la configuración del negocio jurídico, la publicidad a su exteriorización y eficacia frente a terceros. La diferenciación de ambos planos facilitará el desarrollo e implementación de esta tecnología *blockchain* y permitirá, como veremos, la *tokenización* de activos inmobiliarios y la posibilidad de inscribir la transmisión de los *token*s emitidos con plenas garantías jurídicas.

III. TRANSMISIÓN INMOBILIARIA «CLÁSICA» Y SU APLICABILIDAD A LA *TOKENIZACIÓN*

El nacimiento de la «forma digital», como nueva forma de reflejar los hechos, actos o negocios jurídicos mediante la tecnología *blockchain*, y su utilización en los procesos de *tokenización* inmobiliaria no supone una modificación o alteración de las reglas generales en materia de transmisión de activos inmobiliarios y su protección *erga omnes* por el Registro de la Propiedad. Las mismas reglas jurídicas son plenamente aplicables y, consecuentemente, la misma seguridad jurídica y el mismo nivel de protección es obtenido por los titulares de derechos reales inmobiliarios.

1. Teoría del título y modo. *Traditio*

La propiedad y demás derechos reales sobre bienes, muebles e inmuebles, se adquieren y se transmiten en los términos del artículo 609 del Código civil. Dejando a un lado los supuestos de adquisición originaria por ocupación y los supuestos de adquisición o transmisión por ley, donación, sucesión testada e intestada o prescripción, nos centramos, por razón de la materia, en los supuestos de adquisición derivativa *«por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición»,* en palabras del artículo 609 del Código civil.

La transmisión de activos inmobiliarios requiere, en nuestro ordenamiento jurídico, el cumplimiento de la denominada teoría del título y modo. Para que se produzca la transmisión o desplazamiento patrimonial de un derecho real se requiere la existencia cumulativa de dos elementos. Por un lado, el acuerdo de voluntades entre adquirente y transmitente —título— y, por otro lado, la *traditio* o desplazamiento posesorio del bien transmitido —modo—. La conjunción de ambos elementos determina la transmisión del derecho real. La *traditio* por sí sola no sirve para transmitir el dominio, solo habría modificación de la posesión, no transmisión de la propiedad o derecho real. Por el contrario, si únicamente hubiere título, solo existirá una relación puramente obligacional, no una trans-

misión de propiedad o derecho real. Sin el cumplimiento, en consecuencia, de ambos requisitos, el derecho real no se transmitirá al adquirente, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito de los derechos obligacionales.

Esta caracterización en materia de adquisición y transmisión del dominio y demás derechos reales tiene una enorme trascendencia en la *tokenización* de bienes inmuebles. El derecho real representado en el *token*, ya sea un derecho real pleno de propiedad o un derecho real limitado, como luego veremos, no podrá entenderse adquirido y, consecuentemente, no podrá ser transmitido a futuros adquirentes con el mero acuerdo de voluntades. Será necesario, adicionalmente ese desplazamiento posesorio o *traditio* para que el adquirente del *token* pueda ser considerado jurídicamente como adquirente del derecho real inmobiliario que el mismo *token* representa.

La *traditio* consiste, como hemos indicado, en un desplazamiento posesorio del bien desde la esfera patrimonial del transmitente —*tradens*— hacia la del adquirente —*accipiens*—. Sin embargo, esta entrega del bien o desplazamiento posesorio admite en nuestro ordenamiento jurídico, distintas formas, de conformidad con los artículos 1462 a 1464 del Código civil, que son de aplicación, no solo a los supuestos de adquisición por contrato de compraventa, sino también de aplicación general. No obstante, la enumeración de algunas formas espiritualizadas de *traditio* establecidas en estos preceptos no es *numerus clausus*, como ha indicado el Tribunal Supremo en sentencia de 31 de octubre de 1983, por lo que con la creación de cualquier signo externo, aunque sea simbólico, de recognoscibilidad de la adquisición del dominio o derecho real, del cual la entrega material no es más que una modalidad, puede hablarse de *traditio*.

De conformidad con los preceptos mencionados, podemos distinguir los siguientes tipos o formas de *traditio*: (i) Por un lado, la *traditio real*, consistente en la entrega material o posesión del bien transmitido, quedando este «*en poder y posesión*» del adquirente; (ii) Por otro lado, la *traditio simbólica,* consistente en la entrega de un símbolo o signo que represente al bien transmitido y no en la misma entrega material del bien objeto de transmisión. Esta forma simbólica de *traditio* se pone de manifiesto, con la entrega al adquirente de las llaves o signo de representación del bien adquirido o con el hecho de poner en poder del adquirente los títulos de pertenencia de los bienes. Esta última modalidad de *traditio* simbólica, aplicable tanto a bienes incorporales como a bienes corporales, puede tener especial importancia en el ámbito de la *tokenización* inmobiliaria como luego veremos, dado que es aplicable, como indican DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, cuando «*la posesión de las cosas quede materializada en un documento* (*token*) *que en el tráfico jurídico vale (representa) como la cosa misma*[1]»; (iii) Por otro lado, la *traditio «consensual»,* que se entenderá efectuada por el acuerdo o conformidad entre adquirente y transmitente, si la cosa vendida no puede trasladarse a poder del adquirente en el instante o momento de la venta o si el adquirente ya la tenía en su poder por algún otro motivo.

Esta modalidad de *traditio* resulta de aplicación tanto a bienes muebles como bienes inmuebles, conforme a la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2008, y puede ser igualmente aplicable a las transmisiones *tokenizadas* y; (iv) Finalmente, la *traditio instrumental,* considerándose la entrega de la cosa equivalente al otorgamiento de escritura pública, si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario.

2. La forma del contrato relativo a derechos reales inmobiliarios

Los derechos reales y, en concreto, los derechos reales sobre bienes inmuebles se entienden, en consecuencia, adquiridos y trasmitidos por las partes intervinientes siempre que se dé adecuado cumplimiento a la teoría del título y el modo. Existiendo acuerdo de voluntades y *traditio,* el activo inmobiliario se desplazará del patrimonio del transmitente al patrimonio del adquirente. Este desplazamiento patrimonial del derecho real inmobiliario, esta transmisión del derecho real conforme al artículo 609 del Código civil, deberá realizarse a través de la correspondiente modalidad contractual que voluntariamente acuerden las partes.

Los sujetos intervinientes en la transmisión, adquirente y transmitente, acordarán el contrato que voluntariamente deciden celebrar y las cláusulas a las que voluntariamente deciden someterse. Sin entrar en un análisis detallado de esta cuestión, el artículo 1261 del Código civil establece que «*no hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1. Consentimiento de los contratantes. 2. Objeto cierto que sea materia del contrato y 3. Causa de la obligación que se establezca*». Y se consagra, en nuestro ordenamiento jurídico, el principio de libertad de contratación al establecer el artículo 1255 del Código civil «*que los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, moral u orden público*», sin perjuicio de limitaciones normativas que se establecen por razones de protección a los contratantes e interés público.

Sin embargo, junto con el consentimiento, objeto y causa de los contratos como requisitos esenciales del mismo, debemos añadir, la forma externa de los contratos, la forma del negocio jurídico, —la forma— que, en ocasiones, la ley la determina, también, como presupuesto de validez o existencia del mismo contrato.

La forma del contrato es la manera de exteriorizar la declaración de voluntad de los contratantes y es un elemento natural de cualquier negocio jurídico, ya que la declaración de voluntad de los sujetos contratantes necesita exteriorizarse. Es el medio o soporte por el que cual se produce y exterioriza la declaración de voluntad. La forma del negocio jurídico —y del contrato como un tipo de negocio jurídico— es la manera (verbal, escrita, o por ritos o ceremonias) de

realizarse el mismo, es la vestidura exterior o soporte de sus elementos configuradores. Junto a la forma de exteriorizar la declaración de voluntad, son también forma las formalidades adicionales que son exigidas por la ley para ciertos negocios jurídicos y que, juntamente con la declaración de voluntad, son requisito de constitución del negocio jurídico. Un ejemplo de ello lo encontramos en el derecho real de hipoteca, cuya constitución requiere escritura pública e inscripción en el Registro de la Propiedad, conforme al artículo 1875 del Código civil y 145 de la LH.

Pues bien, en materia de forma, las cuestiones básicas a determinar son las relativas a la libertad de la misma y a sus diferentes tipos, su extensión y su alcance.

En materia de modalidades de forma podemos diferenciar, en primer lugar, entre forma «legal» y «voluntaria». La forma «legal» hace referencia a la que viene impuesta por la ley. La forma «voluntaria» es aquella que determinan las partes, sin ninguna imposición legal. De la misma manera, en segundo lugar, se debe diferenciar entre forma «verbal u oral» y forma «escrita o documental». Y, generalmente, la forma «escrita», puede ser forma «escrita privada», cuando su emisión es resultado exclusivo de la declaración de voluntad de los contratantes o forma «escrita pública», cuando, junto con la declaración de voluntad de los contratantes, se requiere la intervención de alguna autoridad pública o autoridad judicial, con el empleo de determinadas formalidades.

En esta categoría de forma escrita podemos incluir, sin lugar a dudas, la «forma digital» que hemos comentado anteriormente para todos aquellos negocios jurídicos que se han reflejado y acreditado a través de la tecnología *blockchain*. Esta «forma digital» no es sino un paso más en la evolución tecnológica que estamos viviendo y supone una nueva dimensión o avance de la ya conocida como «forma electrónica», que ya se encuentra reconocida expresamente en nuestro ordenamiento jurídico a través de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. Esta ley ya determina expresamente, sin perjuicio de un análisis posterior más detallado en materia de transmisión de *tokens*, que la «forma electrónica», conforme a su artículo 24.2, tiene el carácter de forma documental al expresar que «*en todo caso, el soporte electrónico en que conste un contrato celebrado por vía electrónica será admisible en juicio como prueba documental» y,* en la misma línea, el artículo 6 de la Ley Modelo de Comercio Electrónico de la Comisión de las Naciones Unidas para la Codificación del Derecho Mercantil Internacional (UNICTRAL), consagra el principio de equivalencia funcional entre la forma escrita y la forma electrónica, al mencionar que «*cuando la ley requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos, si la información que contiene este es accesible para su ulterior consulta*». La «forma digital» o «forma *blockchainizada»* se diferenciaría ahora de la «forma electrónica» por sus intrínsecas características de fehaciencia,

inmutabilidad o trazabilidad que la dotan, inevitablemente, de un mayor valor probatorio, acercándose, sustancialmente, a otras formas de reflejar o formalizar hechos, actos o negocios jurídicos de carácter privilegiado o preferente.

Finalmente, en tercer lugar, por causa de los efectos jurídicos asociados a la forma, se puede distinguir entre forma «probatoria» (*forma ad probationem*) y forma «constitutiva» (*forma ad solemnitatem*). La forma con función probatoria tiene fines de prueba o de publicidad del acto o negocio jurídico —lo cual encaja perfectamente con las características intrínsecas de fehaciencia, inmutabilidad y transparencia de la tecnología *blockchain* y, en especial, como tecnología soporte de una estructura de *tokenización* de activos— no afectando, consecuentemente, a la validez y eficacia del acto o negocio jurídico. Por el contrario, la forma «constitutiva» se configura como un elemento esencial del negocio jurídico por así ordenarlo expresamente una disposición legal, cuya falta o ausencia produce la inexistencia y nulidad del mismo.

En nuestro ordenamiento jurídico se aplica el principio de libertad de forma contractual, por lo que debe regir como principio general básico el que la forma de los contratos es «*ad probationem*» y excepcionalmente «*ad solemnitatem*». Así, el Código civil lo consagra en el artículo 1278 al sancionar que «*los contratos serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurran las condiciones esenciales para su validez*». Cualquiera que sea la forma contractual, verbal o escrita, incluida, también, la «forma electrónica» y la nueva «forma digital», a través de la tecnología de la cadena de bloques, *blockchain*, en que sea celebrado el contrato, este produce todos los efectos jurídicos previstos en el ordenamiento jurídico, cuando concurran el consentimiento y los demás requisitos necesarios para su validez.

Este principio de libertad de forma contractual no se ve alterado o modificado por lo dispuesto en los artículos 1279 y 1280 del Código civil, como ha indicado la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en sentencias, entre otras, de 29 de marzo de 1995, 30 de mayo de 1972 o 30 de junio de 1982. El artículo 1279 del Código civil establece que *«si la ley exigiere el otorgamiento de escritura pública u otra forma especial para hacer efectivas las obligaciones propias de un contrato, los contratantes podrán compelerse recíprocamente a llenar aquella forma desde que hubiese intervenido el consentimiento y demás requisitos necesarios para su validez»*. Adicionalmente, establece el apartado primero del artículo 1280 del Código civil que «*deberán constar en documento público: 1.º. Los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles…*» Dos preguntas resultan de estos preceptos, por un lado, ¿qué significa la expresión «*deberán constar en documento público*»? Por otro lado, ¿podrán adquirirse los derechos o ejercitarse los derechos y nacer las obligaciones derivadas del contrato si no se ha cumplido el requisito del documento público cuando el artículo 1280 del Código civil lo exigiere? o, en

otras palabras, ¿es el documento público del artículo 1280 del Código civil, forma constitutiva o forma probatoria?

Estas cuestiones han sido solucionadas y aclaradas por la jurisprudencia del Tribunal Supremo consagrando que el artículo 1280 del Código civil no modifica el principio de libertad de forma para la celebración válida de contratos que establece el artículo 1278 del Código civil. El artículo 1280 del Código civil complementa al artículo 1279 del Código civil en el sentido que, para los actos y contratos enumerados en el artículo 1280 del Código civil, las partes tienen una facultad adicional, además de la de exigirse mutuamente el cumplimiento de lo convenido, para cumplir o llenar esa forma pública. Pero la falta de esa forma pública no priva al contrato de plena validez y eficacia si concurren los requisitos esenciales conforme al artículo 1261 del Código civil y, consecuentemente, podrán las partes adquirir los derechos y exigir y hacer efectivas las obligaciones derivadas del contrato. Si no se llena la forma pública, las partes solo estarán autorizadas a compelerse a llenarla, pero nunca a solicitar la declaración de inexistencia del contrato.

El artículo 1280 del Código civil impone una forma especial de documento público para los actos y contratos que tengan por objeto la creación, transmisión, modificación y extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles pero la inobservancia de esta forma no afecta a su existencia y validez, no afecta a la creación, transmisión, modificación y extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles. Esta creación, transmisión, modificación o extinción del derecho real inmobiliario se produce y es plenamente válida y eficaz, aunque no se formalice el acto o contrato en documento público, —salvo que disposición legal expresa establezca, por excepción, dicha forma con carácter constitutivo—. Solo se faculta a las partes, según el artículo 1279 del Código civil, a exigir de la otra el cumplimiento de tal forma, consistente en otorgar una escritura pública, pero no afecta a la existencia y validez del contrato relativo a derechos reales inmobiliarios. En consecuencia, la forma pública del artículo 1280 del Código civil no es forma constitutiva y sí es forma probatoria o «*ad probationem*» y todo ello sin perjuicio que, leyes o preceptos especiales sí establezcan la necesidad de forma pública con carácter constitutivo[2].

Como consecuencia de este marco normativo, los derechos reales sobre bienes inmuebles, con carácter general, se constituyen y transmiten, en el tráfico jurídico inmobiliario, mediante cualquier forma contractual ya sea oral o escrita, pública o privada, incluida la «forma electrónica». La forma del contrato no es, con carácter general, requisito constitutivo para el nacimiento o transmisión de derechos reales inmobiliarios por lo que no existe ningún impedimento jurídico para que esta transmisión o tráfico jurídico de derechos reales se pueda realizar también a través de la «forma digital» que resulta de la constatación de la transmisión inmobiliaria mediante la utilización de la tecnología *blockchain*, a través de su representación digital mediante *tokens* debidamente inscritos en

el Registro de la Propiedad, como luego veremos. En todo caso, esta libertad de forma contractual debe verse complementada, para que efectivamente se configure la constitución o transmisión del derecho real inmobiliario, con el cumplimiento de la teoría de título y el modo, a través de la correspondiente *traditio*, por encontrarnos ante derechos reales y no ante meros derechos obligacionales o personales.

3. Registro de la Propiedad: control de legalidad y protección *erga omnes*

El ámbito de la constitución, transmisión o modificación de los derechos reales y su manera de formalizarse o reflejarse a través de una forma contractual determinada —ámbito contractual— debe diferenciarse del ámbito de la asignación, protección, defensa y publicidad de los derechos reales a través de la institución registral —ámbito registral—. El régimen jurídico de los bienes inmuebles tiene unas características propias por razón de su objeto, lo que determina que el régimen de asignación, protección, defensa y publicidad de los derechos reales sobre bienes inmuebles se encuentre especialmente perfeccionado en nuestro ordenamiento jurídico a través de la institución del Registro de la Propiedad.

El Registro de la Propiedad tiene por objeto, conforme al artículo 1 de la LH, la inscripción o anotación de todos los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles. Sin embargo, el acceso al Registro de la Propiedad de los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales no es automático, no se deposita, archiva o almacena directamente el documento o título que formaliza o refleja el acto o contrato relativo al derecho real inmobiliario. Todo lo contrario, el dominio o derecho real limitado sobre bienes inmuebles solo accede al Registro de la Propiedad previo control de legalidad, independiente y con responsabilidad personal del registrador, del acto o contrato que pretende su inscripción registral. Así, sanciona expresamente el artículo 18 de la LH que «*los registradores calificarán, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro*». Es, consecuentemente, necesario un control de legalidad favorable por parte del registrador para que el dominio o derecho real limitado inmobiliario reflejado en el título presentado pueda acceder a la asignación, protección, defensa y publicidad registral mediante la aplicación de los principios registrales de oponibilidad, fe pública, y legitimación y exactitud consagrados en los artículos 32, 34 y 38 de la LH.

Por otro lado, además del necesario control de legalidad registral independiente y responsable de los actos y contratos relativos al dominio y demás

derechos reales sobre bienes inmuebles, es necesario que estos actos y contratos cumplan, aunque con algunas excepciones, con el principio de titulación pública o auténtica consagrado en el artículo 3 de la LH, para poder acceder el dominio o derecho real limitado a la protección del Registro de la Propiedad. Como hemos visto, el dominio y demás derechos reales inmobiliarios pueden ser objeto de constitución, transmisión o modificación, con carácter general, bajo el principio de libertad de forma, siempre y cuando exista, además del título, *traditio*. Sin embargo, para que los derechos reales adquiridos y constituidos puedan, en todo caso, ser oponibles a terceros, *erga omnes,* es imprescindible la inscripción en el Registro de la Propiedad. Y para acceder a la protección registral es necesario que esa constitución, transmisión o modificación de los derechos reales sobre bienes inmuebles se formalice en un título o documento público o auténtico, esto es, en un título o documento judicial, notarial, administrativo o extranjero equivalente, conforme al artículo 4 LH[3]. Solo excepcionalmente son admitidos los títulos o documentos privados, como ocurre en los supuestos de distribución de responsabilidad hipotecaria o las adquisiciones *mortis causa* en supuesto de heredero único, conforme a los artículos 79 o 216 RH.

Este mismo requisito deberá ser de aplicación, en supuestos de *tokenización* de bienes inmuebles y en las sucesivas transmisiones de los mismos. La emisión de *tokens* realizada por el titular registral y las disposiciones de los *tokens* emitidos, como luego veremos, podrán presentarse y acceder al Registro de la Propiedad, previo control de legalidad por parte del registrador del derecho real al que se haga referencia, mediante cualquiera de los títulos hábiles anteriormente mencionados en función de la operación jurídica acordada por las partes.

En consecuencia, para la protección registral de los derechos reales inmobiliarios será necesario un control de legalidad favorable por el registrador del título o documento hábil presentado donde se hubiera formalizado el acto o contrato relativo al dominio o derechos reales sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de título o documento presentado. Este título o documento donde se formaliza el acto o contrato debe presentarse en el Registro de la Propiedad a través de cualquiera de los canales o medios de acceso al Registro.

El acceso al Registro de la Propiedad es de carácter voluntario, de conformidad con el principio de rogación sancionado en el artículo 6 LH. Solo se excepciona los supuestos de inscripción constitutiva legalmente previstos. El interesado en proteger los derechos reales mediante su inscripción en el Registro de la Propiedad y configurarlos frente a todo el mundo, con carácter *erga omnes*, podrá utilizar cualquiera de los canales de acceso para la presentación del título correspondiente, ya sea documento judicial, notarial, administrativo, extranjero equivalente o privado. Estos canales de acceso no se ven limitados a la presentación física o por correo postal del documento o título relativo al dominio o demás derechos reales sino que también incluyen —y fundamentalmente— la presentación telemática del título y documento, conforme al artículo 248 LH, la

Ley 24/2001, de 27 de diciembre y la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos. Con la mera presentación del título en el Registro de la Propiedad, ya sea a través del canal físico o del canal telemático, el presentante y/o interesado ya comienza a beneficiarse de la protección registral del principio de prioridad consagrado en el artículo 17 de la LH. Esta protección de prioridad, consecuencia de la presentación del título, quedará definitivamente consolidada cuando, tras el control de legalidad registral del artículo 18 LH, se hubiere inscrito o anotado el derecho real en el Registro de la Propiedad, conforme a los artículos 24 y 25 LH.

Estos canales de presentación de los títulos o documentos en el Registro de la Propiedad resultan igualmente aplicables a los supuestos de *tokenización* de activos inmobiliarios. Cualquiera que sea la operación realizada con un *token* inmobiliario emitido inicialmente por el titular registral, podrá tener acceso al Registro de la Propiedad por cualquiera de los canales físicos o telemáticos actualmente existentes. El interesado o presentante decidirá, voluntariamente, conforme al principio de rogación registral, en primer lugar, si el negocio jurídico formalizado a través de la cadena de bloques con la tecnología *blockchain* quiere que acceda al Registro de la Propiedad y, en segundo lugar, el canal por el que quiere que se produzca dicho acceso, ya sea el canal telemático o bien, en su caso, por el canal físico.

Los negocios jurídicos sobre el *token*, ya sea su emisión, transmisión o cualquier otro, se realizan y formalizan fuera del Registro de la Propiedad, se realizan y formalizan en soporte digital y a través de la cadena de bloques —en «forma digital»— como ocurre con cualquier acto o contrato relativo al dominio o derecho real limitado formalizado en documento físico —público o privado— o de manera verbal. Existiendo acuerdo de voluntades y cumpliéndose la teoría del título y modo, el derecho real inmobiliario queda, si no es de inscripción constitutiva por mandato legal, constituido o transmitido. El nuevo titular del derecho real inmobiliario, ya lo haya adquirido por los cauces tradicionales o bien en forma digital representado mediante el *token* en la cadena de bloques, decidirá, voluntariamente, si decide proteger su derecho real inmobiliario mediante el acceso del mismo al Registro de la Propiedad, por alguno de los canales anteriormente mencionados.

El Registro de la Propiedad opera como «*puerto final de destino*» del derecho real inmobiliario. Es un destino, con carácter general, voluntario, pero que otorga y proporciona a todos los derechos reales inscritos la asignación, protección, defensa y publicidad propios de los principios hipotecarios de oponibilidad, fe pública, legitimación y exactitud, al inicio mencionados. A todos los efectos legales, recordemos, los derechos reales existen y pertenecen a su titular en la forma determinada en el Registro de la Propiedad. El derecho real inmobiliario tiene, frente a cualquier persona, con carácter *erga omnes,* el contenido, extensión y las características que se indiquen por el Registro. Su titular, a todos los

efectos, será el que señale el Registro y las cargas o gravámenes que pudieran existir y oponerse a terceros solo serán las que consten debidamente inscritas.

Esta protección registral *erga omnes* de los derechos reales inscritos que otorga seguridad y certeza al tráfico jurídico inmobiliario se completa, adicionalmente, con la transparencia y publicidad que el mismo Registro de la Propiedad proporciona de los derechos reales inscritos. De conformidad con el artículo 221 de la LH, los Registros de la Propiedad «*serán públicos para quienes tengan un interés conocido en averiguar el estado de los bienes inmuebles o derechos reales inscritos*».

Los derechos reales inmobiliarios debidamente inscritos pueden ser conocidos por todo aquel que tenga un interés legítimo en su conocimiento. Este conocimiento se obtiene, esencialmente, a través de las notas simples y certificaciones que pueden realizar los registradores, de conformidad con los artículos 222 y siguientes de la LH, y que, evidentemente, pueden solicitarse de manera totalmente telemática. Esta publicidad de los derechos reales inmobiliarios inscritos otorga plena transparencia al tráfico jurídico inmobiliario, en beneficio de todos sus integrantes. Pero esta publicidad registral de los derechos reales inmobiliarios inscritos no solo proporciona transparencia sino que también proporciona plena seguridad jurídica porque la publicidad registral de los derechos reales está sujeta al previo control de legalidad registral, bajo responsabilidad personal del registrador, no solo del contenido de la información proporciona sobre titularidad y extensión del derecho real y cargas o gravámenes existentes sobre el mismo, sino también del interés legítimo alegado por el solicitante de la información, así como también del pleno cumplimiento de la normativa de protección de datos sobre los derechos reales inmobiliarios inscritos.

Este adicional control de legalidad registral «de salida o publicidad» determina que los derechos reales inscritos en el Registro de la Propiedad pueden ser conocidos por todos y solo los que tengan un interés legítimo y que su conocimiento sea exacto y preciso en lo que se refiere a su existencia, titularidad, contenido y extensión del derecho real y de las cargas o gravámenes existentes sobre el mismo, lo que proporciona, simultáneamente, seguridad jurídica y transparencia al tráfico jurídico inmobiliario. Esta seguridad jurídica y transparencia que proporciona la publicidad registral, además, se compatibiliza con el necesario cumplimiento de la normativa vigente de protección de datos, lo que hace que la publicidad registral, en los términos y condiciones actualmente emitidas, sea uno de los activos más valiosos para todos los operadores jurídicos y económicos del mercado inmobiliario.

IV. TRANSMISIÓN INMOBILIARIA «*BLOCKCHAINIZADA*». *TOKENS*

El Registro de la Propiedad, como hemos visto, tiene por objeto la inscripción o anotación de los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos

reales sobre bienes inmuebles. El Registro de la Propiedad opera, como hemos indicado, como «*puerto final de destino*» del derecho real inmobiliario. Es la institución que otorga y proporciona a todos los derechos reales inscritos la asignación, protección, defensa y publicidad propios de los principios hipotecarios de oponibilidad, fe pública, legitimación y exactitud, al inicio mencionados. A todos los efectos legales, recordemos, se presume que los derechos reales existen y pertenecen a su titular en la forma determinada en el Registro de la Propiedad. El derecho real inmobiliario tiene, frente a cualquier persona, con carácter *erga omnes,* el contenido, extensión y las características que se indiquen por el Registro. Su titular, a todos los efectos, será el que señale el Registro y las cargas o gravámenes que pudieran existir y oponerse a terceros solo serán las que consten debidamente inscritas.

1. El Registro de la Propiedad como conexión entre mundo *onchain* y *offchain*

Esta caracterización y efectos jurídicos de la institución registral determina que el Registro de la Propiedad deba ser el instrumento jurídico que debe conectar el activo físico inmobiliario, el derecho real sobre un bien inmueble, y su representación digital, el *token*, en un proceso de *tokenización* inmobiliaria mediante la tecnología *blockchain*. Es, el Registro de la Propiedad, la institución jurídica que, por sus características y efectos jurídicos sobre los bienes inmuebles, puede vincular y unir de manera inseparable el activo físico y su representación digital, el *token*, el que puede vincular y unir, conectar y asociar el mundo *onchain* —*token*— y el mundo *offchain* —bien inmueble—, de manera indubitada, con plena seguridad jurídica y plena transparencia para el tráfico jurídico inmobiliario.

¿Cómo es posible realizar, a través del Registro de la Propiedad, esta conexión o vinculación entre el mundo físico y el mundo digital, entre el *token* y la propiedad u otro derecho real sobre el bien inmueble? La respuesta la encontramos en la propia caracterización y efectos jurídicos del Registro de la Propiedad y, más concretamente, en el principio de especialidad registral, consagrado en el artículo 9 de la LH y desarrollado por el artículo 51 del RH, que permite al titular registral del derecho real inmobiliario reflejar cualquier circunstancia de todo orden relativa a la naturaleza, condiciones y limitaciones que determinen la extensión y contenido del derecho real inmobiliario inscrito. Que permiten, en consecuencia, reflejar, por el titular registral del derecho real inmobiliario, la creación y emisión de los *tokens* —como representaciones digitales del derecho real inmobiliario inscrito— en el folio registral del bien inmueble *tokenizado*.

El derecho real inmobiliario tiene un proceso de evolución natural desde que se constituye inicialmente hasta que queda finalmente protegido frente a terceros de manera absoluta, *erga omnes*, a través de la inscripción registral.

Una vez inscrito, la institución registral protege al derecho real y a su titular registral estableciendo que, a todos los efectos legales, se presume que los derechos reales existen y pertenecen a su titular en la forma determinada en el Registro —artículo 38 LH—. Si existen transmisiones, cargas o gravámenes formalizados en títulos —públicos o privados— que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad no perjudican ni afectan a tercero —artículo 32 LH—. Cualquier tercero que de buena fe y a título oneroso adquiera algún derecho real de persona que aparezca en el Registro con facultades de transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro —artículo 34 LH—.

El Registro de la Propiedad, como puerto de llegada de esa evolución natural del derecho real inmobiliario, asigna —con carácter absoluto y *erga omnes*— un derecho real a un titular determinado y esa atribución lo es con un contenido, extensión y limitaciones perfectamente conocido y especificado. En otras palabras, el asiento registral representa al bien inmueble y al derecho real existente sobre el mismo y es, en consecuencia, en ese mismo asiento registral donde debe reflejarse, a su vez, la representación digital —*token*— de ese mismo bien inmueble y del derecho real existente sobre el mismo, por exigencias del mismo principio de especialidad registral del artículo 9 de la LH. Es a través del Registro de la Propiedad y solo a través del Registro de la Propiedad como puede quedar vinculado y conectado con plenas garantías jurídicas el bien inmueble y el derecho real de su titular con su representación digital, como puede quedar vinculado y conectado el activo físico y su *token*.

Si el derecho real inmobiliario no está inscrito en el Registro de la Propiedad, no es viable jurídicamente *tokenizar* el bien inmueble y su derecho real porque no se podrá conocer, con eficacia absoluta o *erga omnes*, quien es el titular del derecho real, cual es la extensión de ese derecho real, si dicho derecho real está libre de cargas o tiene cargas o gravámenes y, además, se le podrá oponer, en su caso, el contenido registral que pudiera existir anteriormente sobre dicho derecho real. No existiendo las garantías jurídicas que proporciona el Registro de la Propiedad al derecho real que es objeto de *tokenización*, poco o nulo interés económico puede existir en la adquisición del bien inmueble o su derecho real, de manera análoga a lo que ocurre cuando se pretende adquirir un derecho real inmobiliario no inscrito en el Registro de la Propiedad. Primero que se inscriba la adquisición del que pretende transmitir el derecho real inmobiliario y, posteriormente, una vez el derecho real inmobiliario del adquirente esté inscrito y protegido por los principios registrales, sí podrá realizarse la *tokenización* con plenas garantías jurídicas.

De la misma manera, si el activo inmobiliario y su derecho real se pretende *tokenizar* sin reflejarse en el Registro de la Propiedad la *tokenización*, no es jurídicamente viable *tokenizar* el bien inmueble y su derecho real porque el *token*

no representa a ningún derecho real inscrito. La razón está en la caracterización y efectos jurídicos que el Registro de la Propiedad proporciona a la seguridad y transparencia del tráfico inmobiliario. El derecho real existe y pertenece al titular registral en la forma determinada en el Registro de la Propiedad. Consecuentemente, si no se refleja en el Registro de la Propiedad la *tokenización*, el titular registral puede disponer libremente del derecho real sobre el bien inmueble y que aparezcan terceros protegidos por el artículo 34 de la LH, a los que no les afectará en su derecho real, en ningún caso, la *tokenización*. De nada le servirá al adquirente del *token* alegar su adquisición previa del *token*, porque esa adquisición, cualquiera que sea la forma de su adquisición, no perjudica al nuevo titular registral, al no estar reflejada la *tokenización* en los asientos del Registro.

El Registro de la Propiedad tiene las características y efectos jurídicos que le hacen ser, como oráculo, la institución jurídica necesaria para poder vincular con plena transparencia y plenas garantías jurídicas el mundo *onchain* y el mundo *offchain* en el ámbito inmobiliario. Es la única institución jurídica que tiene las herramientas jurídicas necesarias —a través del control de legalidad registral del artículo 18 de la LH, el principio de especialidad registral del artículo 9 LH y el principio de tracto sucesivo del artículo 20 LH— y que produce los efectos jurídicos necesarios —a través de los principios hipotecarios de oponibilidad, fe pública, exactitud, legitimación y prioridad de los artículos 17, 32, 34 y 38 LH— para ser la institución que, con plena transparencia y garantías jurídicas pueda vincular y conectar los bienes inmuebles y su derecho real con los *tokens* derivados de un proceso de *tokenización* de activos inmobiliarios, que representan digitalmente a ese activo inmobiliario y su derecho real.

2. El principio de especialidad registral

El reflejo registral de la *tokenización* de activos inmobiliarios en el Registro de la Propiedad debe realizarse al amparo del principio de especialidad registral del artículo 9 de la LH, desarrollado por el artículo 51 del RH. Este principio de especialidad registral determina las circunstancias que debe contener un asiento registral para que quede perfectamente determinado y especificado cual es su objeto, contenido y extensión.

Conforme a este principio hipotecario, debe quedar perfectamente determinado (i) el objeto al que hace referencia el derecho real, esto es, la identificación de la finca registral; (ii) cual es el contenido, extensión, condiciones y límites del derecho real inscrito; (iii) las circunstancias identificativas de la persona, física o jurídica, de quien procede el derecho y las circunstancias identificativas de la persona, física o jurídica, que adquiere el derecho real y, finalmente, (iv) las circunstancias relativas al título que formaliza el acto o contrato relativo al

dominio o derecho real que se inscribe así como otras circunstancias del acta de inscripción y del asiento de presentación.

La *tokenización* inmobiliaria es una operación jurídica que hace referencia y afecta al mismo derecho real inmobiliario. El derecho real sobre un bien inmueble de una determinada persona se refleja en un soporte digital, el *token,* y como consecuencia de esa caracterización su naturaleza, extensión y contenido se ve modificado. Esta modificación, en consecuencia, del derecho real inscrito, debe reflejarse en el asiento registral de la finca registral correspondiente al bien inmueble *tokenizado*. Así lo requiere el principio de especialidad registral y se desprende de lo establecido en el artículo 9 de la LH al disponer, sobre las circunstancias relativas al derecho real que deben constar en la inscripción, que se hará constar «*la naturaleza, extensión y condiciones suspensivas y resolutorias, si las hubiere, del derecho que se inscriba y su valor, cuando constare en el título*» y del artículo 51 del RH al sancionar, en sus apartados sexto y séptimo que «*para dar a conocer la extensión del derecho que se inscriba se hará expresión circunstanciada de todo lo que, según el título, determine el mismo derecho o limite las facultades del adquirente, copiándose literalmente las condiciones suspensivas, resolutorias o de otro orden establecidas en aquel…*».

El derecho real inmobiliario, si es representado digitalmente mediante *tokens*, modifica su caracterización porque su contenido se amplía, pasando desde un derecho real sin representación digital a ser un derecho real con representación digital, a través del *token*, que está destinado a ser objeto de tráfico jurídico digital. Esta modificación, a través de la *tokenización,* afecta a la extensión del derecho real que va a poder ser objeto de disposición no solo no digital sino también digital, como luego veremos, formalizándose bajo la tecnología *blockchain*. Esto es, puede ser objeto de transmisión «*blockchainizada*». Asimismo, como luego analizaremos al estudiar la configuración jurídica de los *tokens* y sus efectos, el titular registral ve alterado el ejercicio de sus facultades de disposición tanto en soporte no digital, del derecho real ahora *tokenizado*, como en soporte digital.

V. EFECTOS JURÍDICOS DE LA CONSTANCIA REGISTRAL DE LA *TOKENIZACIÓN*

El reflejo registral de la *tokenización* de activos inmobiliarios debe realizarse conforme a las normas generales de inscripción de hechos, actos o negocios jurídicos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles. Esto es, como hemos visto anteriormente, deberá formalizarse por el titular registral y mediante el título hábil para practicar la inscripción de *tokenización* en el folio registral correspondiente al inmueble o inmuebles cuyo dominio o derecho real limitado han sido objeto de *tokenización*. De la misma manera, podrán ser presentado por cualquiera de los canales de acceso al Registro de la

Propiedad, ya sea físico o telemático, para ser objeto de calificación o control de legalidad por parte del registrador, conforme al artículo 18 LH. Calificado favorablemente el título presentado, se practicará la correspondiente inscripción registral de *tokenización*.

La *tokenización* de activos inmobiliarios, como operación jurídica es libremente configurada por el titular registral, de conformidad con el principio de libertad contractual. Esto es, su configuración y características jurídicas vendrán determinadas para cada caso concreto, dándose a la *tokenización* la extensión y alcance jurídico que, en cada supuesto, se considere más conveniente, tanto en relación al contenido e información de los *tokens* emitidos, las características jurídicas de estos, su régimen de transmisión, el público destinatario de los mismos, su régimen de anulación o revocación y cualesquiera otras características jurídicas que se consideren convenientes, en cada caso, para la configuración jurídica de la *tokenización*.

Tratándose de derechos reales inmobiliarios los *tokens* representativos de los mismos no pueden tener la consideración de valores negociables en los términos de la normativa reguladora del mercado de valores, pues característica intrínseca de los valores negociables es su fungibilidad para su compensación y liquidación, mientras que los bienes inmuebles, y por lo tanto los derechos reales sobre los mismos, tienen la naturaleza de bienes no fungibles. Además, por su configuración jurídica, no son susceptibles de tráfico generalizado en un mercado impersonal, en los términos del artículo 2 y el anexo del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la ley del mercado de valores, pues deben respetarse las exigencias de transparencia y de protección a terceros, derivadas de la publicidad registral de su titularidad. La impersonalidad choca de plano con las presunciones legales derivadas de los principios hipotecarios y haría inaplicables los mismos.

1. Protección y publicidad registral de la *tokenización*

La inscripción de *tokenización* sobre el bien inmueble o bienes inmuebles afectados por la misma, no solo implica la vinculación o conexión jurídica del mundo virtual de los *tokens* y el mundo físico donde se ubica el activo inmobiliario, como hemos visto anteriormente.

La inscripción de *tokenización* sobre el inmueble o inmuebles afectados por la misma, determinará la nueva extensión del derecho real ahora *tokenizado* y, consecuentemente, que el derecho real existe y pertenece a su titular en los términos que resultan del Registro de la Propiedad. Que el titular registral es titular de un derecho real y que este derecho real existe y, además, ha sido representado digitalmente mediante *tokens*, gozando de la doble vertiente física y digital, principios de exactitud y legitimación registral —artículo 38 LH—.

Además, el Registro de la Propiedad reflejará la *tokenización* del derecho real y dará publicidad de dicha *tokenización* del derecho real, conforme reglas generales, a todo aquel que acredite un interés legítimo. Esta publicidad registral del derecho real determina, por un lado, la posibilidad de oponer a cualquier tercero la existencia de la *tokenización* del derecho real, sin que pueda alegar la existencia de cualquier título de dominio o derecho real limitado sobre el activo inmobiliario *tokenizado*. La falta de inscripción de ese título relativo al dominio o derecho real del activo inmobiliario *tokenizado* no afectará, en ningún caso, a la *tokenización* inscrita, principio de oponibilidad —artículo 32 LH—.

Finalmente, además, el reflejo registral de la *tokenización* inmobiliaria determinará la imposibilidad que terceros adquirentes de derechos reales sobre el activo inmobiliario *tokenizado* nieguen la existencia de la *tokenización* o no queden vinculados por la existencia de la misma. La *tokenización* inscrita vincula a todo titular que inscriba posteriormente un derecho real y, consecuentemente, la *tokenización* no podrá verse negada, alterada o perjudicada por dicha adquisición posterior, principios de prioridad y fe pública —artículos 17 y 34 LH—.

2. Transmisión *blockchainizada* del *token* y su inscripción registral

La inscripción de *tokenización* sobre el inmueble o inmuebles afectados por la misma, no solo implica, por un lado, la vinculación o conexión jurídica del mundo virtual de los *token*s y el mundo físico donde se ubica el activo inmobiliario y, por otro lado, la plena aplicación a la *tokenización* de la protección y publicidad registral derivados de los principios hipotecarios. La inscripción registral de la *tokenización* de activos inmobiliarios implica, finalmente, la posibilidad de adquirir y transmitir derechos reales en «forma digital» a través de la tecnología de la cadena de bloques y que dichas adquisiciones y transmisiones de derechos reales, representados en *tokens*, puedan inscribirse en el Registro de la Propiedad, previo control registral de su legalidad, para poder tener eficacia frente a terceros, *erga omnes,* y estar protegidas por los principios hipotecarios.

Inscrita en el Registro de la Propiedad la *tokenización* sobre uno o varios bienes inmuebles por parte del titular registral de los mismos, si los *token*s emitidos son objeto de transmisión en «forma digital» mediante la tecnología de la cadena de bloques, el nuevo titular del *token* o «*tokenholder*» podrá inscribir la adquisición del derecho en el Registro de la Propiedad, previo control de legalidad registral conforme a la regla general establecida en el artículo 18 LH y, consecuentemente, ser el nuevo titular registral del dominio o derecho real limitado *tokenizado* y, por lo tanto, gozar de la protección y publicidad registral.

Como la inscripción de derechos reales es, por regla general, voluntaria, de conformidad al principio de rogación del artículo 6 de la LH, el adquirente del *token* a través de la cadena de bloques puede voluntariamente decidir no

inscribir su adquisición. En este caso, como la «forma digital» de la tecnología *blockchain* es una forma privada de adquisición de derechos, sus efectos son los mismos que los supuestos de adquisición de un derecho real inmobiliario mediante documento privado. El derecho real *tokenizado* habrá sido adquirido, pero en ningún caso será oponible a terceros al no estar inscrito en el Registro de la Propiedad.

Si, por el contrario, no se hizo constar en el Registro de la Propiedad la *tokenización* de uno o varios inmuebles por su titular registral no podemos hablar de derecho real inscrito *tokenizado*. El *token* no reflejará el derecho real inscrito correspondiente y no se podrá hacer constar en la inscripción la transmisión del *token* ni ninguna circunstancia relativa a la *tokenización*, conforme a las exigencias del principio de especialidad y tracto sucesivo de los artículos 9 y 20 de la LH. Al no estar inscrita la *tokenización*, el Registro de la Propiedad no recoge la vinculación entre el bien inmueble y el *token*, por lo que la transmisión del *token* no reflejado registralmente no podrá ser objeto de inscripción, sin perjuicio de la inscripción, en su caso, de la transmisión del derecho real conforme reglas generales.

En materia de transmisión *blockchainizada*, en primer lugar, la adquisición o transmisión del derecho real representado digitalmente mediante *token* solo se produce si se da cumplimiento a la teoría del título y modo. Es necesario que, junto al contrato donde se determina el acuerdo de voluntades, se produzca la *traditio* para la adquisición del derecho real sobre el activo *tokenizado*. Esta *traditio* puede fácilmente acreditarse en una transmisión *blockchainizada* mediante la *traditio* simbólica, mediante la acreditación de la tenencia del activo digital, del *token,* a través de las correspondientes claves privadas, en una cuenta titularidad del adquirente, en los términos anteriormente comentados.

En segundo lugar, el contrato a través del cual se transmite el *token* debe contener los elementos esenciales determinados en el artículo 1261 del Código civil. En este sentido, debe tenerse en consideración que la contratación electrónica ya está reconocida y regulada en nuestro ordenamiento jurídico a través de los artículos 23 a 29 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. Así, su artículo 23.1 dispone que «*los contratos celebrados por vía electrónica producirán todos los efectos previstos por el ordenamiento jurídico, cuando concurran el consentimiento y los demás requisitos necesarios para su validez. Los contratos electrónicos se regirán por lo dispuesto en este Título, por los Códigos Civil y de Comercio y por las restantes normas civiles y mercantiles sobre contratos, en especial, las normas de protección a consumidores y usuarios y de ordenación de la actividad comercial*». Y su artículo 24.3 reconoce expresamente a esta contratación electrónica el carácter de forma documental privada al sancionar que «*el soporte electrónico en que conste un contrato celebrado por vía electrónica será admisible en juicio como prueba documental*». La «forma electrónica» es, en

consecuencia, forma documental privada. La «forma digital» o «forma *blockchainizada*» se diferenciaría ahora de la «forma electrónica» por sus intrínsecas características de fehaciencia, publicidad e inmutabilidad, que la dotan, inevitablemente, de un mayor valor probatorio, acercándose, sustancialmente, a otras formas de reflejar o formalizar hechos, actos o negocios jurídicos de carácter privilegiado o preferente. Sin embargo, sin un reconocimiento legal específico al efecto, tendrá la misma consideración jurídica que la «forma electrónica», una forma documental privada, siendo los contratos formalizados a través de la tecnología *blockchain* contratos válidos y con la caracterización jurídica de contratos formalizados en documento privado.

Finalmente, acreditada fehaciente e indubitadamente la transmisión del derecho real representado en el *token* en «forma digital», a través de la plataforma tecnológica *blockchain* elegida por el emisor, la inscripción de dicha transmisión, previa calificación registral, podrá realizarse mediante su presentación a través de cualquiera de los medios de acceso de los que actualmente ya dispone el Registro de la Propiedad. El procedimiento registral para su inscripción no debería requerir ninguna adaptación tecnológica de los procesos internos actualmente existentes.

Estos contratos formalizados mediante tecnología *blockchain*, podrán presentarse al Registro de la Propiedad por cualquiera de los canales de acceso o presentación existentes, esto es, por vía telemática y, en caso de así decidirlo el presentante o interesado, por la vía física. Esta presentación deberá realizarse previa elevación a público de los mismos, por exigencias del artículo 3 de la LH, salvo que los mismos sean o reflejen alguno de los supuestos jurídicos en los que no es necesaria la documentación pública para la presentación de documentación en el Registro de la Propiedad. Una vez presentada en el Registro de la Propiedad, el acto o contrato relativo al dominio o derecho real *tokenizado*, será objeto de control de legalidad por parte del registrador, conforme al artículo 18 de la LH. Si el mismo es calificado positivamente, se practicará la inscripción correspondiente en el Registro de la Propiedad con la mecánica habitual, y el nuevo titular registral del derecho real representado digitalmente mediante *tokens* gozará de la plena protección registral de los principios hipotecarios y su derecho real adquirido será oponible a terceros de manera absoluta, *erga omnes*.

VI. CONFIGURACIÓN JURÍDICA DE LOS *TOKENS* QUE REPRESENTAN DERECHOS REALES INMOBILIARIOS

Se puede definir la *tokenización* como el negocio jurídico consistente en atribuir una representación digital en la cadena de bloques a un activo físico. Desde una perspectiva jurídica se debe especificar que lo que se representa

digitalmente mediante *tokens* son los derechos sobre ese activo de una determinada persona, física o jurídica.

El hecho de que se atribuya al derecho, y concretamente a los derechos reales sobre bienes inmuebles, una representación digital mediante la emisión de un *token* no significa que se produzca una identificación entre el *token* y el derecho. La *tokenización* en el ámbito inmobiliario en ningún caso implica la espiritualización del derecho —que este se incorpore de forma unitaria y autónoma al *token*— a diferencia de lo que puede ocurrir en los títulos-valores. Por el hecho de habérsele atribuido una representación digital mediante *tokens* no se produce una transformación del derecho real inmobiliario en un valor mobiliario, no siendo aplicable, en ningún caso, la teoría de los títulos-valores. De hecho, se produce el fenómeno inverso, en la *tokenización* se atribuye una representación digital a un activo físico, mientras que en la titulización se crea un soporte físico —título— para el derecho titulizado.

En la *tokenización* inmobiliaria, *el token* no se identifica con el derecho inscrito, tan solo es una representación digital del mismo, necesaria para poder operar con él por vía digital en una red *blockchain*. El derecho real sigue residiendo y produciendo plenos efectos jurídicos en el Registro de la Propiedad, siendo su *tokenización* solamente una cualidad más del mismo, una característica específica del contenido del derecho que le permite ser también objeto de transmisión digital y, por lo tanto, susceptible de reflejo registral.

Mas aun, a diferencia de los procesos de titulización, en los que la transmisión queda limitada exclusivamente a la circulación del título, que el *token* represente y no incorpore el derecho, permite que su transmisión pueda hacerse tanto en forma digital como en forma no digital. La *tokenización* de activos inmobiliarios a través del Registro de la Propiedad no impide que —con plena seguridad jurídica y perfecta coordinación y vinculación entre el *token* y el activo físico— la propiedad y demás derechos reales sobre los mismos puedan seguir siendo objeto de transmisión, además de en forma digital, a través de la cadena de bloques, mediante las demás formas no digitales, verbal o documental, tradicionales. Esta simultaneidad de formas de transmisión digitales y no digitales no solo excluye la aplicación de la teoría de los títulos-valores, al no incorporar derecho alguno, sino que acentúa la necesaria función de vinculación del activo físico y el *token* que debe realizar el Registro de la Propiedad para garantizar la seguridad jurídica y la transparencia necesaria en el tráfico jurídico inmobiliario.

Finalmente, además, la incorporación del derecho al token, y por lo tanto la exclusividad de la forma digital como medio de transmisión del derecho, implicaría la imposibilidad de poder realizar transmisiones no voluntarias o ejecuciones forzosas, tal como expondremos a continuación, lo que supondría una limitación inasumible del principio de libre circulación.

El Registro de la Propiedad como institución jurídica que centraliza la vida jurídica de los bienes inmuebles debe reflejar cualquier situación que afecte a

los mismos y, dado que la *tokenización* inmobiliaria supone un acto con trascendencia real debe poder tener acceso al mismo. El reflejo registral de esta *tokenización* convertirá al Registro de la Propiedad, como se ha explicado, en el punto de conexión entre el mundo digital y el mundo físico, entre lo que ocurre *on-chain* y *off-chain*. Sin el mencionado reflejo registral no solo no se producirá la vinculación entre el mundo digital y el mundo físico con plenas garantías jurídicas y plena transparencia y seguridad, sino que, además, los *tokens* emitidos en ningún caso representarán digitalmente el derecho real inscrito.

Sobre un inmueble, al igual que cualquier otro activo, pueden recaer una pluralidad de derechos reales. El derecho más pleno es el derecho de propiedad, que atribuye al propietario un elenco máximo de facultades sobre el bien sin más limitaciones que las establecidas en las leyes, de conformidad con el artículo 348 del Código civil, pero también existen otro tipo de derechos reales más limitados, los derechos reales de goce, los derechos reales de garantía o derechos reales de adquisición preferente. Todos estos derechos o conjunto de facultades sobre los activos inmobiliarios son susceptibles de ser objeto de *tokenización* atribuyéndoles por su titular una representación digital en una cadena de bloques.

VII. *TOKENIZACIÓN* DEL DOMINIO DE BIENES INMUEBLES

1. Concepto y naturaleza jurídica

En el ámbito del derecho real de propiedad, la *tokenización* es un negocio jurídico unilateral por el que el propietario del bien inmueble declara que su derecho dominical va a estar representado digitalmente en una plataforma o cadena de bloques a través de uno o varios *tokens*.

Esta declaración no altera ninguna de las normas estructurales del estatuto jurídico de la propiedad, ni modifica su régimen de transmisión, pues la *tokenización* del dominio no excluye que este pueda ser transmitido por los cauces tradicionales, simplemente habilita otra forma o medio adicional de reflejar la transmisión.

La tecnología de la cadena de bloques, tal como se ha expuesto anteriormente, ha supuesto la aparición de una nueva manera de formalizar la transmisión de los derechos —la forma digital— y su utilización requiere inexcusablemente que dicho derecho tenga una representación digital en dicha cadena a través de *tokens*.

El propietario que quiera desplegar plenamente su facultad de disposición y no cerrarse ninguna posible vía de ejercicio de la misma —de acuerdo con el principio de libertad de forma que rige en nuestro ordenamiento, de conformidad con el artículo 1278 del Código civil— puede emitir *tokens* representativos de

su derecho para hacer uso, en su caso, de la nueva forma digital de negociación y transmisión de los derechos.

La creación jurídica de dichos *tokens,* esto es, el negocio jurídico de *tokenización*, de emisión de *tokens,* debe acceder al Registro de la Propiedad para, por un lado, obtener la vinculación jurídica entre el derecho real inmobiliario inscrito y oponible *erga omnes* y el *token o tokens*, con plenas garantías jurídicas; por otro lado, para poder desplegar y beneficiarse la *tokenización* de todos los efectos jurídicos derivados de los principios hipotecarios y, especialmente, de la transparencia y seguridad derivada de la publicidad registral y, finalmente, porque el *token* en sí no es más que una representación digital del derecho de propiedad, derecho que sigue residiendo en el Registro. El *token* en ningún caso operará como un valor mobiliario o título valor, en el que el derecho es inseparable del soporte, solamente habilita una forma adicional, que no única o excluyente, de poder transmitir ese derecho que ahora se *tokeniza*.

La *tokenización,* como declaración del titular registral dominical que determina y perfila la extensión de su derecho y que lo complementa al efecto de poder utilizar una nueva vía tecnológica para su transmisión, es inscribible al amparo del principio de especialidad recogido en los artículos 9 de la LH y 51 de su RH.

La naturaleza real del negocio jurídico de emisión de *tokens* deriva de ser una manifestación y efecto de la facultad dominical de disposición y, por lo tanto, con trascendencia y efectos para terceros. La doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado de *numerus apertus* permite no solo la constitución de nuevas figuras de derechos reales atípicas, sino también la alteración del contenido típico de los derechos reales legalmente previstos —resoluciones de 5 de septiembre de 2016 y de 18 de febrero de 2016—, como se produce en este caso de atribución de una representación digital al derecho real inscrito.

El ejercicio de esta libertad de alterar el contenido típico del derecho real debe estar justificado con una razón suficiente —que en este caso sería el poder hacer uso de la nueva forma digital de transmisión o negociación de los derechos— y no debe vulnerar ningún principio estructural, como el de libertad de tráfico. La *tokenización* no solo no supone una restricción al principio de libre circulación, sino que logra su pleno desenvolvimiento, pues abre una vía más de transmisión de los derechos —la forma digital a través de la tecnología *blockchain*—. Presupuesto necesario para poder transmitir un derecho digitalmente es atribuir a dicho derecho una representación digital en la cadena de bloques.

No sería admisible ninguna estipulación que excluyera la transmisión por los cauces tradicionales o que, de alguna manera, estableciera una identificación entre el *token* y el derecho de tal forma que este solo fuera transmisible por vía digital, por ser estipulaciones que sí vulnerarían el estatuto jurídico inviolable del derecho real. La transmisión *blockchainizada* es una nueva forma de reflejar el negocio jurídico —forma digital— que el titular del derecho tiene a su

disposición, previa configuración del *token* a través de su emisión e inscripción registral. En ningún caso la emisión de *tokens* —a través del correspondiente proceso de *tokenización*— puede privar al titular del derecho de la posibilidad de elección de las demás formas de transmisión inmobiliaria, ya sea verbal o documental. Será la libre elección del titular del derecho real la que determine qué forma es más adecuada para sus intereses patrimoniales.

El propietario puede emitir *tokens* representativos de su derecho real bien de una forma unitaria —cada *token* representa la totalidad del dominio del bien inmueble, o bien de una manera fraccionada— cada *token* representa una participación indivisa en la propiedad del inmueble. En el supuesto de emitirse varios *tokens* representativos de cuotas indivisas de dominio podría el propietario establecer las normas, al amparo del artículo 392 del Código civil, por la que se vaya a regir la futura comunidad y afecten al contenido del derecho del dominio. Estas normas podrán tener reflejo registral y serán, en consecuencia, plenamente transparentes para terceros. El acceso de dichas normas al Registro se podrá producir cuando se inscriban las adquisiciones de los *tokens* representativos de las participaciones indivisas. Dentro de estas reglas cabría incluir, entre otros aspectos, el pacto de indivisión, de no exigir la extinción de la comunidad durante el plazo de diez años, prorrogables, previsto en el artículo 400 del Código civil.

2. Efectos de la inscripción de la *tokenización* del dominio

Los efectos jurídicos generales de la *tokenización* de activos inmobiliarios han sido objeto de desarrollo en el apartado V anterior. No obstante, resulta necesario, además, destacar una serie de efectos jurídicos específicos de la inscripción de la *tokenización* del dominio en el Registro de la Propiedad.

Una vez que el titular registral ha procedido a inscribir la *tokenización* de su derecho real de propiedad, previo el correspondiente control de legalidad independiente del registrador, el Registro de la Propiedad publicará la circunstancia de que el dominio se encuentra representado por *tokens,* atribuyéndole todos los efectos derivados de la inscripción, y sin alterar la aplicación tradicional de los principios hipotecarios.

El propietario, como hemos anticipado, podrá realizar actos de disposición de su dominio inscrito por cualquiera de las vías admitidas en derecho, incluida la digital a través de la cadena de bloques, si bien para acceder al Registro de la Propiedad deberá cumplir con el principio de titulación pública del artículo 3 de la LH, salvo que sea uno de los supuestos excepcionales en que se admite la titulación privada. Y todas estas transmisiones, sin distinción, estarán sujetas a calificación registral de su legalidad, de conformidad con el artículo 18 de la LH.

Como hemos comentado, el reflejo registral de la *tokenización* del derecho inscrito permite su disposición en forma digital pero no impide su disposición por las restantes formas no digitales. En el caso de que la transmisión se produzca por los cauces tradicionales será necesario que, simultáneamente, en la inscripción de adquisición se haga constar la revocación registral de la representación digital —*token*— del derecho real del transmitente. En estos supuestos, es necesaria dicha revocación pues mantener la existencia de la representación digital —*token*— carece de sentido jurídico, ya que debe ser cada titular del derecho real el que, en su caso, en cada momento, decida darle o no una representación digital —*token*— a su derecho real inscrito.

Tal y como se ha declarado reiteradamente el derecho real es único, si bien temporalmente se le ha atribuido una representación digital para ampliar las vías de disposición por el titular registral. La única razón por la que un titular emite *tokens* representativos de su derecho real es para posibilitar el hacer uso, en su caso, de la forma digital de transmisión. Si voluntariamente decide no hacer uso de esa vía, y transmitir su derecho por otro medio —mediante una forma no digital— lógicamente tendrá que revocar su decisión unilateral y voluntaria y cancelar formalmente la representación digital —el *token*— que no ha utilizado y por lo tanto ha quedado vacía de contenido. El *token* representa el derecho real de una persona específica y solo de esa persona específica que lo ha creado y vinculado voluntariamente a su derecho real. Si transmite esa persona su derecho real en forma no digital, el *token* queda vacío de contenido porque ya no representa a ningún derecho real de esa persona. La representación a través del *token* deja de existir desde el mismo momento de la transmisión no digital del derecho real por su titular y, por ello, en estos casos, debe revocarse registralmente esa representación digital. Esta necesidad de revocación está fundamentada no solo en el carácter del *token* como mera representación digital del derecho real del titular registral sino también en razones de transparencia, especialidad y tracto registral y, además, en el principio de buena fe que preside el ejercicio de los derechos conforme al artículo 7 del Código civil. En el caso de transmisión *mortis causa* del derecho inscrito y *tokenizado*, los herederos, como representantes del causante, podrán revocar la *tokenización,* conforme reglas generales.

Por otro lado, la inscripción de la *tokenización* del dominio por parte del titular registral no impide ni limita su facultad para poder establecer sobre el dominio gravámenes o derechos reales limitados. Estos derechos podrán constituirse sobre su dominio inscrito, pero en ningún caso será posible constituir cargas o derechos reales limitados directamente sobre el *token* dado que este carece de existencia autónoma y no es más que una representación digital del derecho, no el derecho en sí. El titular registral del dominio podrá constituir un gravamen o derecho real limitado sobre su dominio —independientemente de que el mismo tenga o no representación digital— a favor de tercero y solo será

el nuevo titular registral del gravamen o derecho real limitado el que pueda, a su vez, dar o no una representación digital a su derecho real limitado, como luego veremos.

Por otro lado, todos los actos o hechos de carácter forzoso, no voluntario, que pretendan su acceso al Registro de la Propiedad, de conformidad con las reglas generales y por aplicación del principio de tracto sucesivo del artículo 20 de la LH y del principio de tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución Española, deberán contar con la intervención del titular registral, y en nada influye el hecho de que el dominio esté *tokenizado*. Esto es, el hecho de estar *tokenizado* el dominio, representado digitalmente, no impide que se puedan seguir practicando anotaciones de embargo susceptibles de implicar una ejecución, así como otras ejecuciones forzosas del dominio. Como el derecho real sigue residiendo en el Registro de la Propiedad, la transmisión forzosa de la titularidad dominical del ejecutado implicaría igualmente, la revocación de su representación digital —*token*—, tal como se ha expuesto anteriormente.

Si el *token* hubiese sido objeto de transmisión a un tercero y este no hubiese inscrito su adquisición quedará perjudicado, por su falta de inscripción, conforme reglas generales, al no estar protegido por los principios hipotecarios. Si por el contrario el adquirente del *token* sí hubiese inscrito su adquisición, la adquisición derivada de la ejecución forzosa no podrá inscribirse, por falta de tracto sucesivo, conforme al artículo 20 de la LH, por estar protegido el nuevo *token holder* por los principios hipotecarios, siempre que su adquisición hubiese sido previa al asiento registral del que deriva la ejecución, conforme reglas generales. Estas ejecuciones o transmisiones forzosas no serían posibles si el *token* se identifica con el derecho real inscrito.

Finalmente, los efectos que la inscripción de la *tokenización* tiene para el tráfico jurídico en general, tampoco se ven modificados. Todo aquel que esté interesado en adquirir el dominio deberá consultar el Registro de la Propiedad para comprobar que el que transmite sigue siendo titular registral del derecho real representado digitalmente mediante el *token* y, en el caso de que la adquisición se vaya a verificar en forma digital, a través de una red *blockchain,* deberá además confirmar que el *token* que se negocia es el representativo del dominio de la finca registral y verificar el estado de las cargas o derechos reales limitados que consten inscritos. Esto es, que el derecho existe con la extensión y contenido que el Registro publica, conforme al artículo 38 de la LH. La protección del *token* deriva de su inscripción pues no tiene autonomía propia. Una vez se produzca la adquisición del *token* en la red *blockchain* dicha transmisión deberá acceder al Registro para su inscripción, previo control de legalidad registral, pues es la única manera de que el derecho real adquirido digitalmente en una plataforma *blockchain* quede totalmente protegido *erga omnes* y se beneficie de todos los efectos jurídicos que la ley atribuye a la inscripción.

VIII. *TOKENIZACIÓN* DE DERECHOS REALES LIMITADOS SOBRE BIENES INMUEBLES

1. Concepto y naturaleza jurídica

El Registro de la Propiedad tiene por objeto la inscripción de dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles, por lo que junto con el derecho real de propiedad pueden coexistir sobre el bien inmueble otros derechos reales sobre cosa ajena, derechos reales limitados, que son, igualmente, objeto de inscripción registral y, consecuentemente, susceptibles de representación por medio de *tokens* en la cadena de bloques.

Así, un primer ejemplo de derecho susceptible de inscripción registral que podría ser *tokenizado* es el derecho de opción de compra. Sin perjuicio del posicionamiento doctrinal sobre su naturaleza jurídica, en este caso, el *token* representaría digitalmente el derecho de optar, de decidir perfeccionar un contrato de compraventa de un bien inmueble. El propietario del inmueble puede constituir un gravamen sobre su dominio, mediante la constitución de un derecho de opción de compra que atribuye a la otra parte la facultad de decidir, dentro de un periodo de tiempo establecido, la eficacia del contrato de compraventa definido en sus elementos esenciales.

El derecho de opción representado digitalmente mediante el *token* puede recaer sobre un bien inmueble o una cuota indivisa del mismo, como ocurre con el derecho de propiedad y demás derechos reales, pero también puede recaer sobre un *portfolio* inmobiliario. La Dirección General de los Registros y del Notariado, en resolución de 16 de febrero de 2017, admitió que el objeto de la opción fuera un conjunto determinado de varios inmuebles operando como un cuerpo cierto y único, con el único requisito de que el precio de compra estuviera distribuido entre los distintos inmuebles.

El contrato o pacto de opción, y el derecho de él derivado, carece de regulación positiva, tal como reconoce la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de junio de 2009 —más allá del artículo 14 del RH— rigiéndose esencialmente por el principio de autonomía de la voluntad, por lo que no habría en principio obstáculo alguno a que en el momento de su constitución se atribuya al derecho de opción una representación digital en la cadena de bloques vía *token,* no habría ningún obstáculo a *tokenizarlo*.

Este derecho de opción de compra, al que se ha atribuido la característica de estar representado mediante *tokens,* será susceptible de inscripción siempre y cuando cumpla, además de con las circunstancias generales exigidas por la legislación hipotecaria, con los requisitos previstos en el artículo 14 del RH —acuerdo de las partes para su inscripción, precio establecido para la adquisición y, en su caso, para la concesión de la opción y plazo para su ejercicio que no podrá exceder de cuatro años—. Una vez inscrito en el Registro de la

Propiedad, en la forma antes expuesta, podrá reflejarse en dicha inscripción la cualidad de estar representado digitalmente el derecho de opción por medio de *tokens*, al hacer constar en el asiento respectivo la extensión y contenido del derecho inscrito, con arreglo al principio de especialidad registral.

Está admitido, doctrinal y jurisprudencialmente, sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2010, el pacto de atribuir carácter transmisible al derecho de opción, esto es, que el optante pueda transmitir el derecho sin necesidad del consentimiento del concedente de la opción. Dicha transmisión podrá verificarse por la forma clásica documental y, en el caso de que el derecho de opción haya sido representado digitalmente mediante *tokens,* podrá también verificarse, no solo en forma clásica, sino también en forma digital, en la plataforma correspondiente a través de la tecnología *blockchain*. En todos los casos, cualquiera que sea la forma de transmisión del derecho de opción, para que tenga efectos frente a terceros, *erga omnes,* será necesaria la inscripción registral de dicha transmisión, conforme a reglas generales para que, además, previo control de legalidad registral, pueda estar protegida la adquisición del derecho por los demás principios hipotecarios.

El contenido de este derecho de opción debe de estar perfectamente definido conforme a las exigencias del principio de especialidad registral para poder ser inscribible, incluyendo las condiciones de ejercicio del derecho, el plazo y el precio de adquisición, pudiendo también establecerse el ejercicio unilateral por el optante sin necesidad del concurso del concedente. Tratándose de derechos de opción que hubiesen sido objeto de representación digital, *tokenizados,* este ejercicio podría vincularse a *smart contracts*, supeditando la consumación final de la adquisición al cumplimiento de las condiciones previstas y automatizando la ejecución del contrato y su conversión en derecho de dominio. Una vez que se completen todos los eventos programados en dichos *smart contracts*, como podrían ser los requisitos de identificación exigidos por las políticas *KYC (Know Your Customer*), diligencias para la prevención del blanqueo de capitales, o resultado de *due diligence,* culminaría el ejercicio del derecho de opción. Esto es, la ejecución automática del derecho de opción *tokenizado* determinaría que el mismo se transformara en un derecho de propiedad. Este nuevo derecho de dominio, derivado del ejercicio del derecho de opción, tendrá que inscribirse en el Registro de la Propiedad, previo control de legalidad registral, para que pueda surtir plenos efectos frente a terceros y, para quedar plenamente protegido por los principios hipotecarios, conforme reglas generales.

En segundo lugar, como el abanico de derechos reales limitados inmobiliarios es muy amplio, incluyendo no solo derechos típicos sino también nuevos derechos reales surgidos al amparo del principio de autonomía de la voluntad y la doctrina de los *numerus apertus*, otro ejemplo de derecho que podría configurarse como un derecho real limitado, con su representación digital a través del *token,* es el derecho a obtener los rendimientos naturales o económicos

derivados de un activo inmobiliario. Esto es, el derecho a obtener las rentas en caso de alquiler o el derecho a obtener la plusvalía en caso de venta del activo, lo que podría denominarse un derecho real de frutos.

Este derecho real de frutos —derecho de percepción de los productos del inmueble— no existe como tal en nuestra normativa, pero en nuestro ordenamiento jurídico, donde prima la autonomía de la voluntad, rige el criterio de *numerus apertus* en la creación de derechos reales. No hay una lista tasada de derechos reales, sino que se pueden crear nuevos derechos reales para adaptar las categorías jurídicas a las exigencias de la realidad económica y social. Y estas exigencias pueden no verse completamente satisfechas con el derecho real de usufructo, pues dicho derecho engloba, además de la facultad de disfrute, la facultad de uso. La coincidencia parcial con los efectos propios de un derecho típico no puede impedir la configuración autónoma e independiente de un derecho real de frutos sino todo lo contrario, permite la creación de un nuevo derecho real limitado, de contenido y efectos más reducidos que los propios del derecho de usufructo.

Dentro de esta libertad de configuración de derechos reales, y partiendo de la elasticidad del dominio y por su carácter abstracto, sería posible que la facultad de disfrute, como una de las facultades dominicales, sea objeto de disgregación configurando un derecho real atípico. En esta misma línea, la Dirección General de los Registros y del Notariado en resolución de 8 de noviembre de 2018 ha admitido la constitución de un derecho real atípico integrado por una de las facultades dominicales, la facultad de disposición. Por otro lado, además, la posibilidad de individualización de esta facultad de disfrute se encuentra implícitamente reconocida en figuras típicas tales como el derecho real de anticresis en el que el acreedor adquiere el derecho de percibir los frutos del inmueble del deudor, artículo 1881 del Código civil, o el derecho real de usufructo sobre acciones o participaciones sociales, en el que el usufructuario tiene derecho a los dividendos acordados por la sociedad, de conformidad con el artículo 127 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante «LSC»).

Este poder de configuración de derechos reales atípicos tiene dos límites, uno negativo —el respeto a las características estructurales de los derechos reales, inmediatividad y absolutividad, pues no es suficiente la sola denominación del derecho creado como real para que este se considere como tal— y otro positivo —el ser imprescindible la determinación del concreto contenido y extensión del derecho, esto es, que se regulen todas las consecuencias jurídicas que dicha nueva figura comporta—.

El propietario de un bien inmueble podría desgajar una de las facultades que integran su dominio, la facultad de disfrute, y constituir a favor de un tercero un derecho real limitado de percepción de frutos o rendimientos, emitiendo simultáneamente un *token* que represente este derecho de percepción de rendimientos

inmobiliarios. No hay obstáculo alguno a que el titular registral del dominio se desprenda voluntariamente de la facultad de disfrute y configure con ella un derecho real limitado, con el objeto de transmitírselo a otra persona. No sería un mero derecho de carácter personal, de reclamar los frutos del inmueble solo frente a la persona contratante, sino que se configura como un derecho real ejercitable frente a todos, y que confiere un poder directo e inmediato sobre el activo inmobiliario. De esta manera, el *token holder*, si inscribe su derecho, va a poder exigir los rendimientos inmobiliarios a quienquiera que sea el propietario del inmueble, con independencia de que sea una persona distinta de aquel que le confirió inicialmente el derecho real.

De esta forma sobre el inmueble coexistirían el derecho de propiedad y un derecho real limitado de titularidad de un tercero —integrado por la facultad de disfrute, por la facultad de percepción de los productos o rendimientos del activo—. Esta constitución de un derecho real limitado de frutos no vacía en ningún caso de contenido el derecho del propietario, que seguirá manteniendo todas las demás facultades sobre el bien en propiedad, de disposición, de uso, de reivindicación…

En el momento de la configuración de este derecho real limitado de frutos debería perfilarse con claridad el contenido y alcance de este derecho real, por exigencias del principio de especialidad registral, determinante en todo el ámbito de los derechos reales, para el perfecto conocimiento de los terceros a través del régimen legal de publicidad y transparencia de la institución registral.

Así, entre otras circunstancias resulta imprescindible señalarle un plazo, pues en nuestro ordenamiento el dominio no puede quedar gravado a perpetuidad. También habría de detallarse la extensión de la facultad de disfrute, esto es, el alcance económico de la participación del titular del derecho y qué obligaciones conlleva dicha titularidad. Para todo ello podría servir de fuente de inspiración normativa ya existente como, por ejemplo, la regulación del usufructo, en todo lo relativo a la facultad de disfrute, así como la de otras normas sobre frutos contenidas en el Código civil tales como, (i) los artículos 354 y 355 sobre frutos naturales, industriales y civiles, incluyendo en estos últimos el alquiler de los edificios, el precio de los arrendamientos de tierras y el importe de las rentas perpetuas, vitalicias u otras análogas; (ii) el artículo 451 sobre forma de percepción y atribución de los frutos al poseedor de buena fe; o (iii) remitirse a los efectos jurídicos de otra figura y aplicar analógicamente, en todo aquello que fuera posible, la normativa sobre el derecho real de anticresis, conforme a los artículos 1881 y siguientes del Código civil.

Sería indispensable para la inscripción de este derecho real limitado el que se acordara su carácter inscribible y, en la forma antes vista, se podría reflejar el hecho de la *tokenización* como representación digital del derecho real inscrito.

De la misma manera que en la *tokenización* del dominio, podría hacerse de forma unitaria o fraccionada —varios *tokens* que representen una participación indivisa del derecho real de frutos—.

Estos *tokens* de derecho real de frutos podrían vincularse, igualmente, a *smart contracts*. No *smart contracts* que tengan por objeto su transmisión, pues esto no responde a la verdadera naturaleza de los *smart contracts*, sino a su auto ejecución si se dan los hitos previstos. Que, por ejemplo, se automatice el pago de la parte proporcional de las rentas del alquiler, o de las plusvalías de la venta, entre todos los titulares de los *tokens*.

Finalmente, en esta misma línea y complementario al anterior derecho real limitado de frutos, otro derecho susceptible de *tokenización* podría ser el derecho real de garantía de anticresis. El propietario de un inmueble que requiera financiación puede ofrecer, como garantía del préstamo o crédito que reciba, un derecho real de anticresis, y acordarse por el titular registral del derecho real limitado, en el momento de su constitución o en uno posterior, su representación digital por medio de *tokens*. La financiación recibida de terceros por el titular dominical de los bienes inmuebles quedara garantizada con las propias rentas que produzcan los mismos bienes inmuebles.

2. Efectos de la inscripción de la *tokenización* de derechos reales limitados inmobiliarios

De la misma manera que en el supuesto de inscripción de la *tokenización* de dominio hemos analizado unos efectos jurídicos específicos, añadidos a los efectos jurídicos generales de toda *tokenización* de activos inmobiliarios y que han sido objeto de desarrollo en el apartado V anterior, resulta igualmente necesario, en el ámbito de los distintos derechos reales limitados, destacar, adicionalmente, una serie de efectos jurídicos específicos de la inscripción de su *tokenización* en el Registro de la Propiedad.

Cualquiera que sea el tipo de derecho real limitado sobre el activo inmobiliario representado por el *token,* para que esta *tokenización* pueda tener acceso al Registro de la Propiedad, en la forma expuesta anteriormente, han de configurarse los derechos atribuyéndoles naturaleza real, pues únicamente son objeto de inscripción los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre inmuebles, de conformidad al artículo 1 de la LH.

El dominio es el derecho real por antonomasia y como tal susceptible de acceder al Registro de la Propiedad, pero también los derechos reales limitados, ya sean típicos o atípicos, creados al amparo del principio de *numerus apertus,* podrían tener acceso al Registro, conforme a los artículos 2 LH y 7 de su reglamento. Para ello es indispensable que en el momento de su configuración por el titular registral se le dé esta naturaleza real al derecho, atribuyéndole, además, de un contenido perfectamente definido y un plazo, las dos notas características ya mencionadas: la inmediatividad, o posibilidad de ejercicio directo sobre la cosa; y la absolutividad, su eficacia *erga omnes*, que implica un deber general

de abstención que posibilite dicho ejercicio sin constreñir a un sujeto pasivo determinado.

Una vez reconocido el carácter real del derecho, y por lo tanto su inscripción, la característica de que esté representado mediante *tokens* como medio de posibilitar su negociación en una forma digital, mediante la tecnología de la cadena de bloques, debería recogerse igualmente en la inscripción al amparo del principio de especialidad consagrado en el artículo 9 de la LH, en cuanto debe reflejar la inscripción la naturaleza, contenido y extensión del derecho real que se inscribe.

El acceso de la *tokenización* de derechos reales limitados al Registro de la Propiedad tiene un efecto protector para los titulares de estos derechos. Estas garantías jurídicas son consecuencia directa del control de legalidad registral y del principio de publicidad registral, esencias del sistema registral. El control de legalidad y la publicidad registral, además de producir efectos jurídicos sustantivos —de ahí las presunciones registrales de legitimación, veracidad, exactitud e integridad— evita la alegación de la ignorancia, posibilitando el conocimiento general de las situaciones jurídicas de trascendencia real inmobiliaria.

Tanto la emisión de *tokens* representativos de derechos reales limitados, como la transmisión de los mismos que, en su caso, acceda al Registro de la Propiedad, supondrá que estos se beneficien de los efectos protectores de la publicidad registral. Esto es, quedarán bajo la salvaguarda de los tribunales, se presumirá que los derechos reales existen en la forma determinada por el Registro de la Propiedad y quedarán protegidos quienes contraten confiando en el contenido de los pronunciamientos registrales, conforme a los mencionados artículos 1, 32, 34 y 38 de la LH.

Además de estos efectos generales, comunes a toda inscripción registral, se pueden señalar dos garantías jurídicas concretas para los titulares de *tokens* derivadas del reflejo registral de la *tokenización*. La primera es que se evita el riesgo de una duplicidad de la *tokenización*. La segunda es que, en caso de transmisión del activo subyacente, quedarán siempre protegidos los titulares de los derechos reales limitados representados digitalmente mediante *tokens*, si su adquisición ha sido inscrita.

En cuanto a la primera, es evidente que, si no hay constancia del hecho de que el titular o titulares de un activo inmobiliario han emitido *tokens* representativos de los derechos reales sobre el mismo, ya sea el derecho real pleno de dominio o cualquier derecho real limitado, no hay, hoy por hoy, ninguna garantía —salvo la buena fe del emisor de los *tokens*— de que no vuelva a repetir el mismo negocio jurídico de emisión de *tokens* sobre el mismo activo inmobiliario en otra plataforma de las muchas que están apareciendo.

El riesgo de que el activo haya sido doble o triplemente *tokenizado* en distintas plataformas se elimina, pues si se refleja en el Registro de la Propiedad la representación digital del derecho real inmobiliario, una simple consulta

basta para tener conocimiento de ello, y no solo de la identificación del token sino también de la plataforma digital donde es susceptible de transmisión. Y si pretenden acceder *tokenizaciones* sucesivas en otras plataformas, su inscripción se verá rechazada al ya existir una representación digital. Si los derechos reales han sido *tokenizados,* pero no se ha reflejado en el Registro dicha representación digital, además de carecer de efectos *erga omnes* y de certeza y seguridad jurídica, operaría el principio de que lo no inscrito no perjudica a tercero, del artículo 32 de la LH. Esto es una manifestación más de cómo puede funcionar el Registro de la Propiedad como nexo de unión entre el mundo físico y el mundo digital.

En este aspecto ha de señalarse que la tecnología de la cadena de bloques se arroga el haber eliminado el problema del doble gasto —doble venta— pero parte de la premisa de que dichas ventas tendrían que haberse realizado en dicha plataforma, obviando la posibilidad de que tratándose de bienes inmuebles la transmisión se haya producido en el mundo físico o, incluso aun cuando se hubiera producido la disposición en forma digital, esta haya tenido lugar en otra cadena de bloques diferente y no interconectada.

En segundo lugar, en los casos de transmisión del dominio del activo subyacente, del inmueble, si se ha reflejado la emisión de los *tokens* representativos de los derechos reales limitados en el Registro de la Propiedad, los titulares de los derechos reales limitados *tokenizados* van a quedar siempre protegidos solo si inscriben su adquisición en el Registro de la Propiedad. La extensión de esta protección será diferente en función del tipo de derecho real limitado que se ha representado digitalmente mediante *tokens*.

Así, en el caso de que se haya configurado el *token* como representativo de un derecho real limitado de frutos, el propietario del activo inmobiliario podría disponer del bien inmueble, pues su facultad dispositiva no se ha visto limitada, pero la persona que adquiera el bien inmueble lo haría con la carga de este derecho real limitado de frutos. Al representar el *token* un derecho real limitado que vincula directamente al inmueble, y no un simple derecho personal, el que en cada momento sea titular del bien se verá obligado a respetar estos derechos reales previos, esto es, seguirán correspondiendo los rendimientos inmobiliarios a los titulares registrales de los *tokens*.

Si esta *tokenización* no se hiciera constar en el Registro de la Propiedad, el que figure como titular registral puede enajenar el bien inmueble y el nuevo adquirente —siempre que sea un tercero de buena fe y a título oneroso que desconocía que se había *tokenizado* el inmueble— se vería protegido en su adquisición por los principios hipotecarios. Los titulares de los *tokens* no podrían repercutir contra él, no podrían exigirle las rentas o plusvalías del inmueble. Tan solo podrían ir contra el antiguo propietario-emisor y reclamarle, no los frutos o rendimientos económicos, que ya no son suyos por la falta de inscripción de su derecho real, sino la indemnización correspondiente.

Una protección similar recibirían los titulares de los *tokens* representativos de una opción de compra. El activo subyacente se podría transmitir, pero el que lo adquiere sabe que lo hace con la carga de respetar la opción de compra emitida por el titular anterior. El titular del *token*-opción de compra mantendrá la posibilidad de ejercitar esta opción en los términos inscritos y adquirir el dominio del inmueble y protegerlo *erga omnes* mediante la inscripción registral, previo control registral, de su legalidad.

Finalmente, además, con carácter general, cualquiera que sea el derecho real limitado al que se haya atribuido una representación digital mediante un *token*, sus titulares registrales verían salvaguardados sus derechos en el caso de que el activo estuviera sujeto a nuevas cargas o gravámenes como, por ejemplo, nuevos embargos o nuevos derechos reales limitados que se pudieran configurar y que accedan al Registro de la Propiedad con posterioridad a la inscripción registral de la adquisición del derecho real inmobiliario representado mediante el *token*.

IX. CARACTERÍSTICAS TÉCNICAS Y CONTENIDO DEL *TOKEN* INMOBILIARIO

Las características técnicas del *token* dependerán de la elección que su creador, configurador o emisor tome sobre la plataforma en que vaya a desplegarlos. Los *tokens,* como representaciones digitales de derechos, deberán crearse en una plataforma la cual permita no solo reflejarlos sino, además, transmitirlos, por lo que tendrán que emitirse en un formato digital compatible con el protocolo que se utilice para transferirlos. Parece evidente, por las peculiaridades del objeto del *token* ya expuestas, en cuanto supone la representación digital de un derecho real inmobiliario, que deberá utilizarse un estándar de *token* no fungible, que no sea sustituible e indivisible, que mantenga su unidad.

En cuanto a su contenido, los *tokens* admiten varias capas de valor en su interior por lo que serán los propios emisores quienes decidan lo que tiene dentro un *token* concreto, sus propiedades o características que puedan diferenciarlos unos de otros. Los *tokens* pueden también incorporar metadatos, bien mediante hashes o bien mediante enlaces a programas fuera de la propia cadena de bloques para acceder a la información, lo que permitiría no solo completar la información sino también mantenerla permanentemente actualizada.

Desde este punto de vista, el Registro de la Propiedad puede resultar una fuente de información, de todo tipo, que podría incluirse en cualquiera de estos *tokens* representativos de derechos reales inmobiliarios. Además de la información evidente sobre la titularidad y cargas del inmueble, podrían incluir la información relativa a la descripción del inmueble, no solo lo relativo a su descripción física, extensión, linderos, edificaciones construidas, sino también, en los casos en que se haya inscrito su representación gráfica, las coordenadas

georreferenciadas que ubican, sin lugar a dudas, el inmueble en el espacio. Esta posibilidad de configuración del contenido del *token* tiene un evidente valor añadido porque permite el acceso a toda la información reflejada en el Registro de la Propiedad y, además, vinculada a la ubicación del inmueble, como puede ser si está incluido en una zona inundable, si está afecto a la huella acústica de un aeropuerto, o en una zona próxima a un parque natural o a zona militar, etcétera.

Otro tipo de información que podría también incluirse en los *tokens* es la referencia a los libros de edificios depositados en el Registro de la Propiedad o, por ejemplo, en los casos de *tokens* configurados sobre derechos reales que tienen por objeto las partes determinadas de un edificio en régimen de propiedad horizontal, los estatutos o normas de comunidad que rijan el funcionamiento del mismo.

X. *TOKENIZACIÓN* MOBILIARIA Y SOCIETARIA

La misma estructura jurídica para la *tokenización* de activos inmobiliarios a través del Registro de la Propiedad puede ser aplicada en el ámbito mobiliario, a través del Registro de Bienes Muebles, como auténtico registro de titularidades y cargas[4], en donde son de aplicación, igualmente, los principios hipotecarios mencionados, así como, en el ámbito societario, para la *tokenización* de los derechos políticos y/o económicos de las acciones nominativas y participaciones sociales.

Los derechos políticos y económicos de acciones y participaciones sociales pueden atribuirse a personas distintas del titular de las acciones nominativas o participaciones sociales mediante la constitución de un derecho de usufructo de acciones nominativas o participaciones. Este derecho real de usufructo se rige, en primer lugar, por su título constitutivo, de conformidad con el artículo 127 de la LSC, donde las partes pueden pactar voluntariamente su inscripción, además de en el libro de socios, en el Registro Mercantil y de Bienes Muebles o en el Registro de Bienes Muebles, como institución pública que permite la inscripción de gravámenes sobre bienes muebles, dada la ausencia de prohibición legal expresa al efecto, la amplitud del objeto de la sección quinta del Registro de Bienes Muebles y la propia remisión de su normativa reguladora a lo dispuesto en el Reglamento del Registro Mercantil y, en especial, a lo dispuesto en el artículo 94 del mencionado Reglamento.

Inscrito este gravamen —derecho de usufructo— sobre las acciones nominativas y/o participaciones sociales en el Registro de Mercantil y de Bienes Muebles o en el Registro de Bienes Muebles, estos derechos políticos y económicos inscritos podrán ser *tokenizados* por el titular registral del derecho de usufructo de las acciones nominativas o participaciones sociales, reflejando dicha *tokenización* en el Registro, conforme al principio de especialidad regis-

tral, con plenas garantías jurídicas, previo control de legalidad registral, y con plena transparencia y publicidad. Consecuentemente, una vez *tokenizados* estos derechos políticos y económicos podrán ser objeto de tráfico jurídico de manera digital mediante la tecnología *blockchain* —«forma digital» de transmisión— y el adquirente de los *tokens* emitidos, que representan esos derechos políticos o económicos integrantes del derecho de usufructo representado digitalmente mediante *tokens* o participaciones indivisas de dicho derecho de usufructo, podrá inscribir su adquisición en el Registro, previo el correspondiente control de legalidad registral, para que su adquisición goce de la protección y publicidad registral, conforme al principio de oponibilidad, fe pública y legitimación y exactitud, cumplidas las exigencias del principio de tracto sucesivo[5].

XI. CONCLUSIONES

I. El Registro de la Propiedad está dotado de las características y efectos jurídicos que le hacen ser, como oráculo, la institución jurídica idónea para poder vincular con plena transparencia y plenas garantías jurídicas el mundo *onchain* y el mundo *offchain* en el ámbito inmobiliario. Es la única institución jurídica que tiene las herramientas jurídicas adecuadas —a través del control de legalidad registral, del principio de especialidad registral y del principio de tracto sucesivo de los artículos 9, 18 y 20 LH— y que produce los efectos jurídicos necesarios —a través de los principios hipotecarios de oponibilidad, fe pública, exactitud, legitimación y prioridad de los artículos 17, 32, 34 y 38 de la LH— para ser la institución que, con plena transparencia y garantías jurídicas, pueda vincular y conectar los bienes inmuebles y los derechos reales que sobre ellos recaen, con los *tokens* que representan digitalmente a los derechos reales inmobiliarios.

II. El principio de libertad de forma contractual del artículo 1278 del Código civil permite que las transmisiones de *tokens* puedan formalizarse a través de la tecnología *blockchain*, como nueva forma digital de reflejar un determinado hecho, acto o negocio jurídico. Esta transmisión *blockchainizada* de los *tokens,* si representan derechos reales, debe implicar el cumplimiento de la teoría del título y modo a través de la *traditio* simbólica.

III. El uso de la nueva forma digital de transmisión de derechos, aplicada a los derechos reales inmobiliarios, requiere que se atribuya a los mismos una representación digital en la cadena de bloques, mediante su *tokenización*, necesitando quedar perfectamente vinculados el derecho real inmobiliario y su representación digital, el *token*. Sin constancia registral de la *tokenización*, no podrá existir esa vinculación y, además, el *token* no reflejará el derecho real inscrito y, consecuentemente, el derecho real inscrito no podrá ser objeto de transmisión en forma digital.

IV. Todos los derechos reales inmobiliarios son susceptibles de *tokenización* y la cualidad de estar representados digitalmente mediante *tokens* debe reflejarse en el Registro de la Propiedad en cuanto afecta a la naturaleza, contenido y extensión del derecho, de conformidad con el principio de especialidad registral.

V. La declaración de *tokenización* no modifica ni altera las normas estructurales del estatuto jurídico de los derechos reales, ni la aplicación de los principios hipotecarios. Al contrario, la protección derivada de los principios hipotecarios y la transparencia y publicidad del Registro de la Propiedad, derivada del control de legalidad de todos los actos y contratos que acceden al mismo, son de plena aplicación a los negocios jurídicos de *tokenizació*n inscritos.

VI. Los *tokens,* en cuanto representaciones digitales, pueden incorporar y actualizar toda la información publicada y proporcionada por el Registro de la Propiedad. Además, la transmisión de los *tokens*, mediante esta nueva forma digital *blockchainizada*, será inscribible, previo control de legalidad registral, conforme reglas generales, y deberá inscribirse para que el adquirente de los *tokens* pueda obtener la oponibilidad *erga omnes* de la titularidad y extensión de su derecho y la protección de los demás principios hipotecarios. En otro caso, serán meras transmisiones privadas *inter partes*, análogas a las transmisiones en documento no inscrito.

VII. La misma estructura jurídica para la *tokenización* de derechos reales inmobiliarios a través del Registro de la Propiedad puede ser aplicada en el ámbito mobiliario, para la *tokenización* de bienes muebles inscribibles, y en el ámbito societario para la *tokenización* de los derechos políticos y/o económicos de las acciones nominativas y participaciones sociales.

XI. ÍNDICE DE LAS RESOLUCIONES CITADAS

Tribunal Supremo

- STS de 30 de mayo de 1972
- STS de 30 de junio de 1982
- STS de 31 de octubre de 1983
- STS de 29 de marzo de 1995
- STS de 26 de junio de 2008
- STS de 2 de junio de 2009
- STS de 17 de septiembre de 2010
- STS de 19 de junio de 2012

Dirección General de los Registros y del Notariado

- Resolución de la DGRN de 11 de abril de 2000

- Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2016
- Resolución de la DGRN de 5 septiembre de 2016
- Resolución de la DGRN de 16 de febrero de 2017
- Resolución de la DGRN de 8 de noviembre de 2018

NOTAS

[1] Según manifiestan en la página 59 de su obra *Sistema de Derecho Civil,* Volumen III, Tomo I, Tecnos, 2016.

[2] Como sucede, entre otros supuestos, con las donaciones inmobiliarias, conforme al artículo 633 del Código civil, el censo enfitéutico, conforme al artículo 1628 del Código civil, o la hipoteca o el derecho de superficie —que requieren escritura pública e inscripción en el Registro de la Propiedad—, conforme al artículo 1875 del Código civil o el artículo 53 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana.

[3] Así, el artículo 60 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional y la disposición adicional tercera de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de jurisdicción voluntaria y la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2012.

[4] De conformidad con lo dispuesto en el Real Decreto 1828/1999, de 3 de diciembre y, entre otras, la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 11 de abril de 2000.

[5] La misma estructura de *tokenización* sería igualmente aplicable a la titularidad de acciones y participaciones sociales si la titularidad de las mismas fuesen nuevamente objeto de inscripción registral, en beneficio de la transparencia del tráfico empresarial.

(Trabajo recibido el 9-4-2019 y aceptado para su publicación el 27-5-2019)

Servidumbres ecológicas o ambientales

Conservation easements

por

LUIS MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO
Catedrático de Derecho civil
Universidad Jaime I
Castellón

RESUMEN: Estudio sobre las servidumbres de conservación, ecológicas o ambientales en el Código civil y en los Derechos civiles autonómicos, con referencia al Derecho Comparado, como instrumentos de protección del medioambiente. La nueva función de la servidumbre personal.

ABSTRACT: Study on conservation easements in the Civil Code and in the regional Civil Codes with reference to Comparative Law, as instruments of environmental protection. The new function of personal servitude.

PALABRAS CLAVE: Servidumbre ecológica o ambiental. Medio ambiente. Derecho español. Derecho Comparado. Servidumbre personal.

KEY WORDS: Conservation easements. Environment. Spanish Law. Comparative Law. Personal servitude.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. LOS ACUERDOS DE CUSTODIA. —II. DOS REFERENCIAS ESPECIALES: COSTA RICA Y CHILE.—III. LAS SERVIDUMBRES ECOLÓGICAS EN EL CÓDIGO CIVIL. SU CARACTERIZACIÓN COMO SERVIDUMBRES PERSONALES.—IV. LAS SERVIDUM-

BRES ECOLÓGICAS COMO DERECHOS REALES DE APROVECHAMIENTO LIMITADO EN LOS DERECHOS CIVILES ESPAÑOLES.—V. LA ACCIÓN CONFESORIA Y NEGATORIA DE SERVIDUMBRE AMBIENTAL O ECOLÓGICA.—VI. CONCLUSIONES.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN. LOS ACUERDOS DE CUSTODIA[1]

La defensa jurídica del medio ambiente se ha desarrollado, principalmente, como es sabido, desde el punto de vista de la intervención de los poderes públicos. Sin embargo, parece también evidente que la protección del medio ambiente corresponde, asimismo, a los ciudadanos. Estos no solo tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado sino también tienen el deber de protegerlo.

Para ello, los ciudadanos tienen que contar con mecanismos que les permitan contribuir y participar en la elaboración, gestión y evaluación de las políticas ambientales, como es la política relativa a la biodiversidad. De forma especial, los ciudadanos deben contar con instrumentos que les permitan contribuir y participar en la preservación de la misma. Un instrumento de gran relevancia para ese propósito es la «custodia del territorio»[2], entendida como un conjunto de estrategias e instrumentos que pretenden implicar a los propietarios y usuarios del territorio en la conservación y el buen uso de los valores y los recursos naturales, culturales y paisajísticos. Para conseguirlo, se promueve acuerdos y mecanismos de colaboración continua entre propietarios y entidades de custodia así como otros agentes públicos y privados. Junto con estos acuerdos y mecanismos de colaboración, existirán una serie de incentivos, generalmente fiscales y de mecenazgo.

Un acuerdo de custodia, con carácter general, es un procedimiento voluntario entre un propietario y una entidad de custodia para pactar el modo de conservar y gestionar un territorio. El pacto puede ser verbal o escrito.

Las entidades de custodia son organizaciones públicas o privadas sin ánimo de lucro que participan activamente en la conservación del territorio mediante las técnicas de custodia del mismo. Pueden actuar de entidad de custodia organizaciones tan diversas como una asociación de vecinos, una organización conservacionista, una fundación, un ayuntamiento, un consorcio y otro tipo de ente público[3].

Para llevar a la práctica los acuerdos de custodia hace falta la participación de:

- Los propietarios privados o públicos que son quienes negocian, aceptan y desarrollan acuerdos de custodia en sus fincas.
- Las entidades de custodia de la sociedad civil (asociaciones, fundaciones…) o públicas (ayuntamientos, consorcios de gestión del territorio, espacios protegidos…) que son las impulsoras de las iniciativas de custodia.

- Las administraciones públicas que impulsan la custodia a través de la legislación, ayudas, ventajas fiscales, apoyo técnico y formativo, alianzas con entidades de custodia.
- La ciudadanía y las organizaciones de la sociedad (instituciones, empresas…) que apoyan y reconocen la actividad de los propietarios y las entidades de custodia.

Los mecanismos que utiliza la custodia del territorio son muy variados y van desde la sensibilización, las actividades de educación y voluntariado para la gestión responsable, a acuerdos voluntarios para la gestión de fincas que entrañan diferentes niveles de compromiso. Estos acuerdos pueden implicar requisitos legales, la cesión de la gestión de una finca e incluso la adquisición de derechos reales, o la compra de la finca por parte de una entidad de custodia.

Las entidades de custodia utilizan diferentes mecanismos que tienen a disposición en función de su capacidad de actuación de sus recursos, pero en todos los casos buscan el intercambio de opiniones y los acuerdos con los propietarios, ofreciendo a estos la posibilidad de hacerse responsable de los valores que tiene su finca.

Hay que tener presente que en la mayoría de los casos el mantenimiento de una gestión activa por parte del propietario es imprescindible de cara a poder hacer una buena custodia del territorio. Razón por la cual el acuerdo de custodia intenta integrar además la actividad económica y productiva de la finca. Así por ejemplo, se pueden conservar determinadas zonas del bosque que son interesantes para especies de fauna al tiempo que ofrecen recursos forestales y/o no forestales que se pueden explotar; o mantener un determinado tipo de cultivo o área de pasto que genere una rentabilidad económica; o preservar márgenes o muretes de piedra seca que son de utilidad para el propietario y además tienen un valor paisajístico.

Las opciones jurídicas que pueden dar cobertura a un acuerdo de custodia son muy diversas, ya que la custodia de un territorio es una metodología muy flexible para los propietarios y las entidades con el objetivo de la conservación de un territorio, una finca o una parte de la finca. Esta diversidad permite graduar de forma muy precisa el grado de compromiso del acuerdo, tanto de la propiedad como de la entidad.

En este sentido puede haber acuerdos de custodia sin transmisión de la gestión o con transmisión de la misma. En el primer caso, el propietario conserva la gestión de una finca y se fijan unas tareas de gestión y protección coparticipativas que este aplicará, asesorado por la entidad de custodia, la cual velará porque se cumplan a través de un contacto regular con el propietario y un seguimiento periódico de la finca y los términos del acuerdo.

En el segundo caso, con transmisión de la gestión, la entidad de custodia asume la gestión total o parcial de la finca. En este caso, la entidad adquiere

el compromiso de velar también por la conservación según lo que establece el acuerdo[4].

Se pueden utilizar contratos que no impliquen la transmisión de la propiedad o de un derecho real, como el arrendamiento de derechos de tala, pasto u otros, el comodato, o contratos que impliquen la transmisión de la propiedad de la finca o la constitución de una servidumbre o un usufructo sobre la misma o un derecho real de conservación, como es el caso de Chile.

Uno de los instrumentos jurídicos que tienen los particulares a su disposición son las servidumbres denominadas ecológicas o ambientales conocidas en algunos países de América Latina, y de origen norteamericano. Son servidumbres principalmente personales, aunque también pudieran construirse como servidumbres prediales.

Estas servidumbres ambientales, configuradas como servidumbres personales, son voluntarias. Con lo que obviamos aquellas servidumbres que, siendo personales, han surgido por creación directa de la ley. Son servidumbres administrativas, muchas de las cuales se hallan en el ámbito de la protección del medio ambiente[5].

Señalar, también, que si los poderes públicos dan cada vez más un papel más relevante a la sociedad civil a la hora de proteger valores naturales, culturales y paisajísticos, ello redundará en la consecución de ese objetivo final que es la consecución de un medio ambiente adecuado.

La doctrina habla de las servidumbres ambientales como una nueva forma de protección ambiental[6]. Hay que partir de la enorme flexibilidad de la servidumbre para satisfacer las diversas necesidades de las personas. Hoy, la servidumbre, ante el deterioro ambiental a nivel global, cambia de finalidad, y pasa a tener un fin conservacionista. Esta servidumbre que estamos estudiando nace gracias al desarrollo del Derecho Ambiental y a la toma de conciencia del hombre sobre la importancia de la conservación del ambiente, lo cual, junto con el desarrollo de los derechos humanos de tercera generación, hace surgir este tipo de servidumbres perfectamente adaptadas a lo que establece el Código civil para las servidumbres personales, aunque también se podrían establecer bajo la forma de servidumbre predial.

Como se nos dice[7], esta servidumbre va de la mano del desarrollo sostenible, puesto que permite el desarrollo y explotación de las tierras, pero lo somete a niveles que no sean perjudiciales para la conservación y regeneración del ambiente.

Además de promover el desarrollo sostenible, las servidumbres ecológicas pueden ser fuente de ahorro considerable, debido a que los Estados no necesitan expropiar terrenos para conservar en condiciones debidas áreas que pueden ser muy importantes desde el punto de vista ambiental. La conservación de los terrenos estará a cargo de sus propietarios sometidos a la servidumbre ambiental o ecológica.

Y, por último, la servidumbre ecológica se configura como herramienta perfecta para complementar áreas protegidas de los gobiernos, ya que con ella se pueden proteger corredores biológicos y áreas de importancia que se encuentran fuera de los límites de los parques nacionales, pero que son de gran importancia para la mayoría de las especies.

A nivel legislativo español, hay que destacar la Ley 42/2007 de Patrimonio Natural y Biodiversidad (modificada por la Ley 33/2015) que ha incorporado por primera vez, a nivel nacional, la figura de la custodia del territorio a través de la inclusión de las definiciones de «custodia del territorio»[8] y «entidad de custodia» (art. 3). Asimismo, en su artículo 5, afirma que las Administraciones Públicas «promoverán la utilización de medidas fiscales y otros incentivos económicos para la realización de iniciativas privadas de conservación de la naturaleza, y para la desincentivación de aquellas con incidencia negativa sobre conservación de la biodiversidad y el uso sostenible del patrimonio natural»[9].

Si ahora comparamos el concepto de custodia en el Derecho comparado con el del Derecho español, nos encontramos con que lo que en España se denomina custodia del territorio, en el continente americano, desde el Norte hasta el Sur, se denomina, en términos generales, conservación privada, aunque el significado es semejante: son actividades de protección y uso apropiado de los recursos naturales con la participación voluntaria de los sujetos privados (propietarios de tierras, organizaciones ambientalistas, empresas, grupos comunales o indígenas, asociaciones o fundaciones).

Otro término que se aproxima al concepto de custodia del territorio es el de *land trust* (organización de conservación de terrenos/fideicomiso de terrenos) (Estados Unidos, Reino Unido, Canadá). Existen dos definiciones diferentes para este término. En primer lugar, se define como una organización privada sin fines de lucro cuya misión incluye el trabajo activo para conservar la tierra bien a través de la adquisición del terreno o estableciendo una servidumbre de conservación o ambiental o apoyando dichas transacciones o bien a través de la custodia de dichos terrenos o servidumbres. En segundo lugar, también se define como el acuerdo por el que una parte (el fideicomisario) acuerda mantener la propiedad de un bien inmueble para el beneficio de otra parte (el beneficiario).

Los *land trust* también denominados *land conservances,* y en algunas ocasiones *conservation land trust, land stewardship* se conocen desde 1891, pero no ha sido hasta las últimas décadas que han proliferado y ahora constituyen uno de los movimientos con mayor crecimiento y más éxito de los movimientos de la conservación en la historia de los Estados Unidos[10].

La gran biodiversidad que alberga América Latina (cinco de los países megadiversos de la tierra se sitúan en esta región), el débil papel de algunos Estados de la región en materia de la biodiversidad, así como la vecindad con los Estados Unidos, son factores que influyeron en el surgimiento del movimiento para la conservación de tierras en América Latina. No obstante este movimiento no tuvo

lugar hasta la última década del siglo XX. El país pionero fue Costa Rica donde en 1992 se constituyó la primera servidumbre ecológica (o servidumbre de conservación) gracias a la labor del Centro de Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales (CEDARENA). Este movimiento se fue extendiendo a lo largo de la geografía iberoamericana y en la actualidad encontramos un gran número de organizaciones, así como normativa en pro de la conservación de tierras privadas.

II. DOS REFERENCIAS ESPECIALES: COSTA RICA Y CHILE

Es afirmación sabida que América Latina cuenta con un nivel sustancial de los recursos naturales de la Tierra. La región incluye a cinco de los diez países del mundo más importantes en términos de diversidad biológica. América Latina alberga más del 40% de todas las especies que se encuentran en los bosques tropicales del mundo. La conservación de tierras privadas está llamada a jugar un papel cada día más importante en la protección de la biodiversidad de la región. La mayor parte de esta riqueza biológica se encuentra bajo el régimen de propiedad privada.

Es evidente que los propietarios tienen mucho que decir en las estrategias de conservación en esta región debido a que el 90% de la tierra se encuentra en manos privadas y porque, para los gobiernos, la adquisición de tierras para preservarlas a través de su designación como parques nacionales o reservas o imponiendo restricciones sobre el uso de los terrenos privados, es un procedimiento costoso.

Desde esta perspectiva, las servidumbres pueden tener su lugar en esta estrategia. No son las típicas servidumbres de conservación del Derecho norteamericano, entre otras cosas porque la mayoría de los Códigos civiles latinoamericanos no reconocen las servidumbres personales, pero sí es posible utilizar la figura de la servidumbre predial o real cumpliendo la misma función que las servidumbres de conservación.

Las servidumbres reales constituidas en América Latina requieren, lógicamente, la existencia de fundos colindantes. A continuación se enumeran una serie de técnicas que han permitido la constitución de estas servidumbres tradicionales en ciertas circunstancias en las que se aplica, o bien se aligera, el estricto requisito de la existencia de predios privados adyacentes:

- Adquisición por una ONG de terrenos que pueden funcionar como fundos adyacentes.
- Uso de terrenos no adyacentes. Consiste en constituir una servidumbre entre propiedades que no son adyacentes pero que tienen alguna relación o características compartidas para el establecimiento de un nexo apropiado.
- Servidumbres recíprocas. Permiten que los propietarios de fundos adyacentes limiten sus respectivos usos de la tierra mediante servidumbres que

cada propietario constituye en beneficio del otro, de modo tal que ambas propiedades quedan protegidas. Las agrupaciones ambientalistas que han trabajado junto con propietarios de tierras privadas en México y Paraguay han utilizado servidumbres recíprocas en las que una ONG como tercero, obtiene el derecho de supervisar y hacer cumplir las disposiciones de la servidumbre, con facultades expresas para entrar en el predio, monitorizar el cumplimiento, y requerir la defensa y la ejecución por la vía judicial de los derechos y obligaciones derivados de la servidumbre. Así, las servidumbres recíprocas pueden ser fuente de derechos sobre la tierra que una ONG ambientalista puede invocar y defender sin la necesidad de que la ONG sea propietaria del predio adyacente.

- Usos de tierras públicas como fundo dominante para ser titular de una servidumbre. En México se han creado servidumbres sobre tierras privadas utilizando tierras públicas cercanas o adyacentes, como fundo dominante.

Tiene interés el caso de Costa Rica, probablemente el primer país en América Latina que conoció las servidumbres ecológicas[11]. Podemos encontrar las siguientes modalidades de servidumbres ecológicas, según este autor:

- Corredores biológicos

Mediante corredores biológicos es posible unir dos zonas protegidas, tales como dos parques nacionales o un parque nacional y una reserva biológica. En estos casos el empleo de servidumbres evita tener que adquirir los terrenos o que se tengan que expropiar, por parte del Estado. En estos supuestos es posible negociar con los propietarios un precio por la servidumbre, lo cual beneficia al propietario ya que sigue siendo dueño de la finca. Así, además de tener un ingreso por la servidumbre, el propietario puede seguir produciendo, siempre y cuando respete las limitaciones impuestas por la servidumbre.

- Parches de bosques

Existen pequeños bosques que podrían denominarse «parches de bosques», a los cuales el Estado, ocupado de proyectos más grandes, no puede destinar recursos. En estos casos también pueden ser útiles las servidumbres.

- Senderos ecológicos

Hay un tipo de turista al que en lenguaje popular se le llama «mochileros». Los «mochileros» gustan de largas caminatas, a veces de varios días por zonas

de bosque natural, ya que son fervientes admiradores de la naturaleza. Los propietarios de inmuebles aptos para un sendero ecológico pueden ponerse de acuerdo otorgando servidumbres recíprocas, que en este caso serían conjuntamente servidumbres de paso y ecológicas, con restricciones para proteger el área. Lo anterior permitiría cobrar en derecho de paso a los «mochileros» o a agencias de turismo.

A la vez los propietarios podrán coordinar la actividad con servicios de guías y/o el alquiler de pequeños refugios que permitan a esos turistas pasar la noche, conjuntamente con la venta a estos de frutas u otros alimentos. Todo esto puede generar un ingreso adicional a los propietarios de esos inmuebles sin menoscabo de la producción en el resto del inmueble.

• Bellezas escénicas atractivas para el turismo

Cada vez hay más actividad turística en el país que depende de las bellezas naturales de determinadas zonas. Ocurre sin embargo que no siempre los inmuebles en que se ubican esas bellezas naturales pertenecen a quienes se dedican a la actividad turística, ya que generalmente los dueños son más bien finqueros, cuya ganancia no depende del turismo. En estos casos, puede ser muy útil también la servidumbre, ya que los empresarios turísticos o la comunidad misma que se beneficia con la afluencia de turistas, pueden pagar al propietario del inmueble para que mantenga intacta la belleza natural del lugar, acordándose alguna modalidad de pago, mensual o anual o un solo pago en efectivo. Ello nuevamente, reduce el costo que implicaría adquirir el inmueble, mientras que permite al propietario beneficiarse de manera adicional y a la vez seguir siendo dueño del inmueble y continuar produciendo en el resto o en parte del inmueble. Aún la zona limitada del inmueble puede dedicarse a ciertos usos acordes con las limitaciones impuestas.

• Quintas ecológicas

Cuando se adquiere una quinta o una vivienda en una zona de gran belleza natural, rodeada de bosques y paisajes naturales, nunca se tiene la seguridad de que el lugar vaya a permanecer igual. Nuevamente, resulta que las bellezas generalmente están ubicadas en inmuebles ajenos y su permanencia depende de los actuales o futuros propietarios. En estos casos es también útil el pago por la conservación a los dueños de los recursos, a fin de que mediante servidumbres, estos impongan limitaciones al uso de sus inmuebles haciendo, mediante las mismas, posible esa conservación. Tales servidumbres también pueden imponerse sin mediar pago alguno, sea a cambio de servidumbres recíprocas, entre

varios propietarios de quintas o fincas donde existan recursos naturales que en su totalidad dan una gran belleza al lugar, beneficiando a todos.

• Condominios y urbanizaciones ecológicas

Lo mismo que en el caso anterior, mediante servidumbres puede crearse la seguridad de que una zona se va a conservar invariable, garantizando a los adquirentes de condominio o urbanizaciones el disfrute del ambiente y belleza natural que rodea a sus viviendas.

• Conservación para los descendientes del propietario

En otros casos el propietario de un inmueble, por propia convicción, cree en conservar los recursos naturales existentes en su propiedad, para el propio disfrute y el de sus descendientes. Sin embargo, teme que sus hijos, luego de heredar el inmueble, por falta de madurez, den poca importancia a estos recursos y dispongan de ellos, teniendo luego que lamentar este hecho. En estos casos también puede ser útil la servidumbre, que los obligará a conservar el recurso mientras conserven el inmueble haciendo trascender esa obligación a cualesquiera nuevos propietarios del inmueble.

El caso chileno es también especialmente interesante porque se establece un derecho real específico en materia medioambiental. El 10 de junio de 2016 fue promulgada la ley 20.930, que creó el derecho real de conservación medioambiental, siendo el primer país iberoamericano en adoptar este nuevo derecho real[12].

Esta ley constituye una nueva herramienta para la conservación, en especial para las iniciativas de conservación privadas, en el sentido de lo ya dicho hasta ahora y permite al dueño de un predio destinarlo voluntariamente a conservación sin perder su derecho de propiedad sobre el mismo, y asegurar la continuidad de la iniciativa en el tiempo.

¿Qué es el derecho real de conservación? Como lo determina esta ley, el derecho de conservación es un derecho real que consiste en la facultad de conservar el patrimonio ambiental de un predio o de ciertos atributos o funciones de este. Estos atributos o funciones pueden ser tangibles como lo son sus componentes bióticos (ej. flora y fauna) o abióticos como el agua y el suelo, o intangibles, como el valor paisajístico y servicios ecosistémicos. Este derecho se constituye en forma libre y voluntaria por el propietario del predio en beneficio de una persona natural o jurídica determinada, ya sea esta pública o privada.

En cuanto al tiempo, el contrato entre las partes es de duración indefinida, salvo que acordasen lo contrario. De esta manera, el propietario de un predio

puede ceder el derecho real de conservación a perpetuidad y a pesar de que posteriormente venda la propiedad se mantendrán las restricciones o gravámenes que hayan sido estipulados en el contrato que rige este derecho. Esto puede otorgar una protección a largo plazo sobre un área protegida privada.

¿Qué restricciones o gravámenes implica ceder el derecho real de conservación de un predio en la ley chilena?

Al firmar el contrato, las partes deben acordar al menos una de las siguientes prohibiciones, restricciones u obligaciones:

- Restricción o prohibición de destinar el inmueble a uno o más determinados fines inmobiliarios, comerciales, turísticos, industriales, de explotación agrícola, forestales o de otro tipo.
- Obligación de hacerse cargo o de contratar servicios para el mantenimiento, limpieza, descontaminación, reparación, resguardo, administración o uso y aprovechamiento racionales del bien inmueble.
- Obligación de ejecutar o supervisar un plan de actuación acordado en el contrato constitutivo, con miras al uso y aprovechamiento racionales de los recursos naturales del inmueble gravado, dentro del marco de un uso sostenible de los mismos.

La forma de constitución de este derecho real es con la celebración de un contrato por escritura pública, firmado por el dueño del inmueble y el beneficiario del derecho, que servirá de título para la correspondiente inscripción en el Conservador de Bienes Raíces respectivo. Será desde esa inscripción que el derecho real producirá sus efectos.

¿Cómo se extingue este derecho?

Con independencia de las causas de extinción normales de los derechos reales en la legislación chilena, son causas de extinción específicas de este derecho las siguientes:

- Se transfiere el bien gravado a un tercero debido a la ejecución de una hipoteca
- Se disuelve la persona jurídica titular del derecho, a menos que se estipule lo contrario.
- La expropiación del predio o inmueble gravado.

III. LAS SERVIDUMBRES ECOLÓGICAS EN EL CÓDIGO CIVIL. SU CARACTERIZACIÓN COMO SERVIDUMBRES PERSONALES

Decía PUIG BRUTAU[13] que la servidumbre es un derecho real que concede un derecho de disfrute inmediato pero de contenido limitado sobre una finca ajena. Es

una restricción impuesta al derecho de propiedad sobre una finca, que representa una utilidad o ventaja obtenida de predio a predio (caso de las servidumbres prediales) o la utilidad que proporcione la finca como tal al titular de la servidumbre, en el caso de las servidumbres personales, sin que estas puedan considerarse un derecho personal o de crédito contra el propietario del inmueble gravado.

Por otro lado sabemos que el Código civil regula básicamente, fruto de la tradición del Derecho común, la servidumbre predial. Pero también hace referencia a la servidumbre personal, en su artículo 531[14], que recoge, en opinión de PUIG BRUTAU[15], «un derecho que solo hasta cierto punto es equiparable a las verdaderas servidumbres, que son las prediales. Esta servidumbre personal limitada ocuparía un lugar intermedio entre la verdadera servidumbre predial y el usufructo». Consistiría, en opinión de este autor, en un derecho real en cosa ajena que impondría un gravamen sobre un inmueble, no a favor de quien sea propietario de otro inmueble, sino en beneficio de una o más personas o de una comunidad a quienes no pertenece la finca gravada. No existe, pues, predio dominante en el caso del artículo 531 del Código civil[16].

Tanto en las servidumbres prediales como en las personales, la servidumbre constituye un gravamen sobre un inmueble y, en último término, el titular de la servidumbre lo es siempre una persona (física o jurídica) o varias conjuntamente. En las prediales lo es quien en cada momento sea dueño del predio dominante.

La servidumbre ambiental, ecológica o de conservación sería, propiamente, la servidumbre personal[17], a semejanza de EEUU, aunque también se podrían utilizar las servidumbres prediales, como hacen los países latinoamericanos que desconocen la servidumbre personal. Podrían ser definidas como aquel derecho que un titular tiene para limitar o restringir el tipo e intensidad de uso que puede tener lugar sobre un bien inmueble ajeno, con el fin de preservar los atributos naturales, las bellezas escénicas de ese bien inmueble[18].

A estas servidumbres les sería aplicable lo dispuesto en el artículo 594 del Código civil, que reconoce la facultad del propietario de imponer sobre su finca «las servidumbres que tenga por conveniente, y en el modo y forma que bien le pareciere, siempre que no contravenga a las leyes ni al orden público». Con el propietario/a podrán negociar las entidades de custodia la constitución de la servidumbre.

Será el título (acto o negocio jurídico de creación del derecho) el que determine los derechos de las personas que la constituyen y las obligaciones del predio sirviente[19]. De modo particular, la servidumbre podría negociarse a título oneroso, es decir, pagando a los propietarios una única suma alzada en el momento de la constitución o bien, fijando una cantidad anual mientras la servidumbre dure, en caso de que esta no fuera permanente. Asimismo, se podrían fomentar las servidumbres a título gratuito introduciendo modificaciones fiscales a la legislación tributaria por la que se concedan incentivos fiscales a los propietarios.

En el título se fijarían las limitaciones que el propietario del predio tendría, en favor de la conservación, detallando de manera específica la actuación en las diferentes áreas o elementos de los terrenos. Lo que se complementará, a su vez, con el desarrollo económico y productivo de las tierras, ya que la servidumbre puede ciertamente limitar las actividades dentro de ciertas áreas del predio, dejando el resto para el desarrollo sostenible, siendo una herramienta de conservación muy flexible, pero efectiva.

Si el título no hubiera previsto, en todo o en nada, el régimen de este derecho real, la unidad de concepto que el Código presupone entre los artículos 530 y 531, permitiría afirmar que podrá ser contenido de una servidumbre personal todo lo que pueda ser contenido de una servidumbre predial[20].

¿Cuáles serían las características de esta servidumbre ecológica como servidumbre personal?

En primer lugar, sería, lógicamente, voluntaria. En principio, se aplicarían los artículos 537 a 541 del Código civil, aunque la forma normal de constituir la servidumbre es el negocio jurídico o título[21].

Lo más frecuente será la constitución de la servidumbre por contrato celebrado entre el dueño de la finca que sufre la servidumbre y la entidad de custodia, ya sea oneroso o gratuito, aunque tampoco puede descartarse que también pueda crearse la servidumbre mediante un legado o cualquier otra manifestación de voluntad emitida en conformidad con las disposiciones legales.

Obviamente, es esencial la existencia de la entidad de custodia, como organización especializada dedicada a la conservación de los recursos naturales. De esta manera, esta entidad podrá asesorar y apoyar al propietario con información científica y legal para definir conjuntamente con este las actividades sostenibles más recomendables que pueden ser llevadas a cabo en la propiedad, definir una zonificación con base en lo anterior y los términos de la servidumbre ecológica. Además, esta organización sería la responsable de realizar el seguimiento de acuerdo con el título, garantizando así el mantenimiento de los valores naturales de la propiedad.

En cuanto al propietario, no cambia la propiedad de los bienes inmuebles y mantiene sus deberes en tanto dueño de la tierra y conserva el derecho de realizar todas las actividades que desee, con la excepción de aquellas que voluntariamente acuerde no se continuarán efectuando en su propiedad. De esta manera, como se ha señalado[22], «el principal beneficio resultante de la servidumbre ecológica es el legado a perpetuidad que el dueño hace: su propiedad será utilizada indefinidamente en forma sostenible y las áreas ecológicamente más importantes serán conservadas por siempre, brindando los mismos servicios ambientales actuales: aire limpio, agua, evitación de erosión del suelo, mantenimiento de la vida silvestre, etcétera. Las servidumbres ecológicas aumentan el valor de las propiedades en que se establecen y también el de las vecinas, debido a que mantienen un ambiente rural y natural en la propiedad a perpetuidad, que es lo que un sector importante del mercado de bienes raíces actualmente prefiere».

Respecto a la forma del acto constitutivo, si se trata de un contrato, será aplicable el régimen normal de los artículos 1278, 1279 y 1280, núm. 1, del Código civil, siempre que sea a título oneroso. Aunque de esta manera se llega a la corriente afirmación de que no es indispensable el otorgamiento de escritura pública[23], por no afectar a la validez, hay que advertir que no es conveniente prescindir de su otorgamiento, entre otras cosas, por la importancia de inscribir la servidumbre en el Registro de la Propiedad, a fin de darle eficacia frente a terceros. Todo ello también sin perjuicio de que si la existencia de la servidumbre se manifiesta ostensiblemente, el tercero quede afectado por esta publicidad de hecho.

Si es a título gratuito, la cosa cambia. Debería establecerse la servidumbre en escritura pública con carácter solemne o formal, por aplicación del artículo 633 del Código civil, al tratarse de la donación de una servidumbre, de un derecho real inmobiliario (cfr. art. 334, 10.º CC).

En segundo lugar, sería personal. La servidumbre se creará a favor de la entidad de custodia sin la existencia de un predio dominante[24].

En tercer lugar, dado que es una servidumbre personal sería, en principio, una servidumbre discontinua[25], de acuerdo a una opinión doctrinal dominante y a una jurisprudencia consolidada, partiendo del artículo 532 párrafos tercero y cuarto, donde se distingue entre servidumbres continuas y discontinuas. No obstante, no se puede negar la posibilidad que se puedan configurar como servidumbres continuas y aparentes, como también se ha encargado de puntualizar alguna doctrina[26]. Y es que se puede prever que la forma de ejercer la servidumbre ecológica será, por un lado, a través de actividades que suponen un hecho actual del hombre, como labores de limpieza, reparación, mantención. O también a través de la abstención de efectuar ciertas actividades, en que no es necesario un hecho actual del hombre para el ejercicio de la servidumbre, basta con la abstención.

Pueden ser servidumbres positivas o negativas, dependerá del título. Es decir, el dueño del predio puede tener la obligación de no impedir los actos del titular de la servidumbre ecológica-personal. O, bien, el dueño del predio tendría la prohibición de hacer algo que este, sin la servidumbre, podría hacer. No olvidemos la enorme flexibilidad de las servidumbres personales[27], que se pueden configurar prácticamente como se quiera.

También sería posible que fueran *in faciendo*, esto es, como servidumbres positivas que consisten para el propietario del predio sirviente en la obligación de hacer por sí mismo alguna cosa[28].

La *«utilitas fundi»* merece alguna reflexión en el caso de las servidumbres ambientales.

La regla, como es sabido, es *«servitus fundo utilitis esse debet»,* que justifica que la servidumbre suponga una restricción a la propiedad inmobiliaria. Y, como se nos dice[29], constituye un elemento esencial en toda servidumbre.

No termina de ser del todo claro en que puede consistir esa utilidad. El Código civil, respecto de la servidumbre predial, habla de esta como gravamen «en beneficio» de otro diverso. Y en relación a la servidumbre personal, habla de «provecho»[30]. De cualquier forma, en el caso de la servidumbre ambiental o ecológica, no se trata del provecho de la entidad de custodia, sino que más bien nos hallamos ante una servidumbre que pretende proteger el derecho de todos a un medioambiente adecuado.

En cuanto al problema de la inherencia e indivisibilidad de las servidumbres personales, a estas solo en parte les es aplicable el artículo 534 del Código civil, ya que la inseparabilidad, lógicamente, no se da en relación con un predio dominante que no existe. La indivisibilidad conlleva que, según el párrafo primero del artículo 535, si el predio sirviente se dividiese entre dos o más, la servidumbre no se modifica y cada uno de ellos tiene que tolerarla en la parte que le corresponda.

¿Se puede hablar de transmisibilidad de las servidumbres ecológicas entendidas como servidumbres personales? Porque a la doctrina le ha planteado dudas la transmisibilidad del derecho del artículo 531 del Código civil.

El artículo 534 afirma que «las servidumbres son inseparables de la finca a que activa o pasivamente pertenecen». En la servidumbre personal esta regla es aplicable al predio gravado, sin que exista finca a la que el derecho pertenezca activamente. Como dice PUIG BRUTAU[31], queda sin resolver la cuestión de si la persona o personas titulares podrán hacer que otra u otras pasen a ocupar su lugar. Afirma: «Cuando nada haya previsto el título constitutivo sobre este punto o cuando se trate de una servidumbre personal de origen legal, el Código no ofrece base para una solución indudable».

Alguna pista podría ofrecernos el artículo 107, núm. 5, de la Ley Hipotecaria, que autoriza la hipoteca de «los derechos de superficie, pastos, aguas, leñas y otros semejantes de naturaleza real». Ello nos puede hacer pensar que se trate de derechos enajenables, pues el carácter hipotecable de unos bienes es consecuencia de la posibilidad de su enajenación (cfr. art. 1858 CC).

Frente a ello, la antigua STS de 30 de noviembre de 1908 fue contraria a la tesis del carácter transmisible de las servidumbres personales, pues afirmó que el gravamen constituido sobre una finca para que determinadas personas y sus sucesores pudieran ocupar el balcón y ventanas del piso primero de la misma, con la finalidad de presenciar determinados festejos, «no tiene más extensión que la que aparece del título, y solo puede beneficiar a aquellos, no autorizando que deleguen su propia facultad en distintas personas». Nada había previsto el título sobre el carácter transmisible o intransmisible de esta servidumbre, pero el Tribunal Supremo lo interpretó en el sentido de estimar que no debía imponerse a los dueños del predio sirviente la obligación de tener que tolerar el ejercicio del mismo derecho de servidumbre por personas distintas de las que habían sido consideradas en el acto de creación del gravamen.

A mí me parece que la transmisibilidad de la servidumbre ecológica no debería ofrecer dudas. No solo porque así se pueda establecer en el título constitutivo, sino porque está en íntima conexión con la propia forma de permitir e incentivar la existencia de la servidumbre ambiental, puesto que puede darse la circunstancia de que el titular no pueda seguir adelante con la conservación del predio, pero tuviera interés en que se siguieran efectuando labores de conservación. Lo razonable en este caso sería transmitir el derecho a otra persona que tuviera la posibilidad y quisiera seguir adelante con ella.

Otra cuestión dudosa en relación con las servidumbres personales y, por tanto, con las servidumbres ecológicas, es el tiempo de duración de las mismas: ¿perpetuas o temporales?

Parece claro que en el caso de las servidumbres prediales, estas han de ser permanentes. Lo explica PUIG BRUTAU[32]: «La razón de ser del gravamen, en las prediales, consiste en la utilidad que obtiene el predio dominante. Por tanto, el sujeto activo del gravamen existirá siempre, pues será el dueño del predio dominante. Ello no impide que la servidumbre predial pueda constituirse con duración limitada (cfr. art. 546, núm. 4); pero, a falta de previsión en este sentido, se tratará de un derecho de duración indefinida».

Pues bien, de modo similar, en el caso de que una servidumbre personal se haya constituido en favor de una comunidad, tenemos también que hablar de una servidumbre permanente: la titularidad activa estará adscrita a un sujeto permanente como en las servidumbres prediales.

Para los que equiparan la servidumbre personal de algún modo con el usufructo, considerando que, en realidad, ocupa una posición intermedia entre la verdadera servidumbre, que sería la predial y el derecho de usufructo, uso y habitación, entonces la servidumbre personal tendría un carácter temporal. No obstante, como sigue señalando OSSORIO MORALES[33], «dada la sistemática del Código civil sobre la materia, separando netamente al usufructo de la categoría de la servidumbre, no hay motivo alguno para ampliar a las servidumbres personales *strictu sensu* la limitación del artículo 515 del Código civil, que de un modo taxativo se refiere al usufructo». Probablemente, esta sea la solución que, a la vista de los datos legislativos, sea la más correcta, sin perjuicio de lo que pueda ser establecido en el título.

Desde esta perspectiva, es bueno que en el título se diga expresamente que la servidumbre ecológica es a perpetuidad. Ello haría a las servidumbres muy atractivas para muchos propietarios porque les daría la seguridad de que su actual esfuerzo de protección (por ejemplo, de un bosque) sería continuado.

Respecto a la extinción de estas servidumbres, destacar, como causa propia, la muerte del titular de la servidumbre y, en nuestro caso, la desaparición de las entidades de custodia. Las demás causas de extinción de las servidumbres prediales se podrían aplicar, o bien directamente, o bien teniendo en cuenta la naturaleza de las servidumbres personales. De acuerdo con ello, señala OSSORIO[34] que de

los casos que enumera el artículo 546 del Código civil, refiriéndose en general a las servidumbres, los números 2 y 4 son aplicables a las servidumbres personales en sus propios términos: «Por el no uso durante veinte años» y «Por llegar el día o realizarse la condición, si la servidumbre fuere temporal o condicional».

La redacción de los cuatro casos restantes, en opinión de este autor, ha de modificarse para ser aplicados a las servidumbres personales. Así:

- Por adquirir el titular de la servidumbre la propiedad del predio sirviente.
- Cuando el predio sirviente venga en tal estado que no pueda usarse de la servidumbre.
- Por la renuncia del titular.
- Por la redención convenida entre el titular de la servidumbre y el dueño del predio sirviente.

¿Son realmente prácticas las servidumbres personales? Hace tiempo se decía[35] que esta clase de servidumbres tienen muchos inconvenientes y que sería más natural reducirlas a una relación personal, o considerarlas como derechos de usufructo de contenido limitado. Aparecería como una figura mal definida, que ocupa una posición intermedia entre los derechos limitados de uso o disfrute sobre cosa ajena y las verdaderas servidumbres, que son las que prestan una utilidad obtenida de puerta a puerta. Se plantearían muchas dudas acerca de qué preceptos del Código civil relativos a la servidumbre (que está pensada básicamente para la servidumbre predial) se aplican a la servidumbre personal, contando además que si no hubiera norma sobre la servidumbre aplicable a la servidumbre personal, tendríamos que ir a la normativa del usufructo.

Todo lo anterior es cierto, pero, a la vez, debemos destacar los aspectos positivos de las servidumbres personales, que ayudan a que la servidumbre ambiental se pueda encontrar cómoda dentro de esta figura, sin perjuicio de cambiar en su momento el Código civil para aclarar bien la institución, siendo el modelo chileno muy interesante. Se podría decir que la servidumbre personal se ha modernizado. Es posible que pudiera aparecer originariamente en el Código civil por motivos coyunturales, como se ha señalado[36], como atender en la época de la codificación a la tipificación de algunos aprovechamientos forestales (de montes, pastos y leñas), especialmente a favor de algunas asociaciones y corporaciones de ganaderos y labradores en Castilla, requeridos en aquellos momentos de algunas reglas legales[37].

No cabe duda, en primer lugar, que el ámbito de poder de la servidumbre personal es mayor que el de una servidumbre predial, lo cual ofrece muchas posibilidades a la servidumbre ecológica, lo que ya se ha podido ir viendo a lo largo de este trabajo[38].

En íntima relación con lo anterior, esta figura sirve para poder ofrecer a los particulares la posibilidad de constituir, dentro de la misma, nuevos de-

rechos reales que den satisfacción a las exigencias del tráfico sobre el uso y aprovechamiento parcial del fundo ajeno, y en especial, todo lo relativo a la protección del medio ambiente, a través de lo que, en España, se denomina «custodia del territorio»[39].

Alguna doctrina ha señalado expresamente que estos nuevos derechos reales no podrían configurarse dentro del usufructo, uso y habitación, sino solo como servidumbres personales. De lo contrario, el usufructo, uso y habitación se desvirtuarían.

GÓMEZ CORRALIZA ha tratado con cierta extensión este punto, para llegar a la conclusión anterior[40].

Partiendo, nos dice este autor, que el usufructo, el uso y la habitación atribuyen a su titular lo que denomina «la totalidad de la sustancia fructífera de la cosa», bien en toda su extensión y cuantía (usufructo), bien limitando el tipo de frutos que puede percibir el titular y el *quantum* de estos por el módulo de las necesidades del usuario y de su familia (es decir, de los diferentes frutos que produzca la finca, solo puede percibir aquellos que necesite y en una cuantía medida por sus necesidades y las de su familia), no tiene sentido afirmar que es un usufructo un derecho que consiste en atribuir a determinada persona solo alguna de las facultades de uso o disfrute del mismo. Ello supondría una desnaturalización del usufructo, ya que la esencia del mismo consiste en absorber toda la «sustancia fructífera» de la cosa. Y reducirlo a solo determinado uso o aprovechamiento significaría desvirtuarlo[41].

IV. LAS SERVIDUMBRES ECOLÓGICAS COMO DERECHOS REALES DE APROVECHAMIENTO LIMITADO EN LOS DERECHOS CIVILES ESPAÑOLES

En algunos Derechos civiles españoles, estas servidumbres personales ecológicas del Código civil se podrían configurar como derechos reales de aprovechamiento parcial. Aunque solo en el Derecho civil catalán se nos habla de su función mediombiental. Son tres los Derechos a los que nos referimos muy brevemente: Navarra, Aragón y Cataluña[42].

En el Derecho de Aragón, el artículo 555 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, es el que establece el derecho real de aprovechamiento parcial[43].

Por consiguiente, como nos dice ARGUDO PÉRIZ[44] los derechos reales de aprovechamiento parcial son derechos reales de goce parcial en finca ajena constituidos sobre alguna de sus utilidades concretas y determinadas en beneficio de una o varias personas determinadas, o de una comunidad, con total abstracción o independencia de cualquier relación predial, conservando la

misma configuración que las servidumbres personales del Código civil, aunque con distinta denominación, ya que en el Código del Derecho Foral de Aragón la denominación de «servidumbres» se reserva exclusivamente para las servidumbres prediales.

Dice este autor: «La nueva Ley[45] contempla un concepto amplio de servidumbre como derecho real limitado de goce, en sus dos modalidades de prediales y personales, pero otorgando un distinto *nomen*, otra denominación a las personales que son los nuevos derechos reales de aprovechamiento parcial. No origina ninguna duda reconocer la institución como la expresión de las servidumbres personales en el Derecho civil aragonés, ya que también su régimen jurídico supletorio remite al de las servidumbres reales. Y al igual que el Código, existen servidumbres personales típicas, en relación de género a especie, en la nueva Ley son los "tradicionales" ademprios, regulados en el artículo 48[46], y que obligaba a establecer el marco general del derecho real que los cobija».

Lo que parece claro es que la integración de las servidumbres personales en el Código del Derecho Foral de Aragón y su regulación como derechos reales de aprovechamiento parcial y teniendo en cuenta que su régimen jurídico se fundamenta en la voluntad de los particulares (título constitutivo), continuación de la tradición aragonesa de libertad civil, hace pensar que estos derechos, entre otras cosas, pueden servir perfectamente para regular lo que hemos llamado «servidumbres ambientales o ecológicas» en el Código civil.

El artículo 555, que lleva por título «Derechos reales de aprovechamiento parcial», está situado en la Sección primera («Concepto, clases y caracteres») del Título II («De las servidumbres»). Dice ARGUDO PÉRIZ[47] «que no responde a ninguno de los epígrafes de la sección, al no configurarse legalmente como servidumbres, ya que el artículo 15.1 (hoy art. 551) delimita tal concepto referido exclusivamente a las reales o prediales, aunque su régimen supletorio "en lo que sea compatible" sea el de este capítulo I referido al régimen general de las servidumbres».

Señala este autor[48] que es una figura semejante a las servidumbres personales del artículo 531 del Código civil, como se puede observar en la propia redacción del artículo 555, al establecerse los derechos reales de aprovechamiento parcial «a favor de una o varias personas o de una comunidad sobre una finca ajena, con independencia de toda relación entre fincas». Es decir, el artículo 555 cumple una función similar al artículo 531 del Código civil, aunque el *nomen* sea distinto, pero coincide con las servidumbres personales del Código civil en que puede servir para regular nuevas situaciones sociales, económicas y especialmente ambientales.

La nueva regulación aragonesa de los derechos reales de aprovechamiento parcial, afirma ARGUDO PÉRIZ[49], comparte *nomen* y contenidos con los ordenamientos navarro y catalán. Añade: «Derechos civiles también de origen pirenaico, pero difieren en el régimen supletorio de tales derechos que la tra-

dición jurídica romanista navarra y catalana hace desembocar en las clásicas servidumbres personales (usufructo, uso y habitación, con especial protagonismo del primero), mientras que el Derecho aragonés, siguiendo su tradición foral histórica y la no confrontación frontal de los juristas aragoneses con el Código civil español —entre los que cabe distinguir a GIL BERGES—, acoge la supletoriedad del régimen de las servidumbres reales, como el Código civil de 1889 y los ordenamientos jurídicos germanos».

No es muy extenso el contenido del artículo 555 que se limita a expresar que los derechos reales de aprovechamiento parcial no consisten en una relación entre fincas como las servidumbres prediales, es decir, en un derecho subjetivamente real en el que la determinación del titular viene dada por la propiedad del fundo, sino en un derecho subjetivamente personal ya que las utilidades las percibe una persona en relación con una finca ajena, que actúa de fundo sirviente, pero en la que no existe fundo dominante ni servicio entre predios ya que los titulares del derecho —personas físicas, jurídicas o comunidades— no lo son por su relación con una finca concreta, estableciendo a continuación que el régimen sustancial de tal derecho viene definido por su título constitutivo, salvándose las posibles lagunas del mismo en lo que sea compatible con las normas que establecen el régimen general de las servidumbres.

Desde nuestra perspectiva, es evidente que este derecho real de aprovechamiento puede servir perfectamente a una entidad de custodia para una utilidad parcial y limitada que el fundo sea susceptible de proporcionar, de protección medioambiental.

Trae a colación ARGUDO PÉRIZ[50] la discusión si la utilidad limitada de un fundo por persona determinada configura un interés protegible por el derecho, frente a la utilidad socialmente relevante que fundamenta las servidumbres prediales y potencia la solidaridad interfundiaria. Creo que no hay cuestión sobre este punto. En el derecho real de aprovechamiento parcial que tiene por objeto una finca la relevancia social puede ser enorme: se trata de proteger el medioambiente, por instrumentos privados o contratos de custodia del territorio, quizás menos relevantes que los instrumentos públicos, pero totalmente dignos de protección.

El Derecho civil de Navarra también contempla en su legislación el derecho real de aprovechamiento parcial, aunque se separa en algún aspecto sustantivo del Derecho aragonés[51].

La Ley 394 del Fuero Nuevo de Navarra establece que no son servidumbres «los derechos de uso o aprovechamiento establecidos a favor de una persona sobre finca ajena, con independencia de toda relación entre predios, los cuales se regirán por lo establecido en el Capítulo II del Título IV de este libro», dedicado a la «habitación, uso y otros derechos similares» (leyes 423 a 426).

Este Libro es el dedicado a regular los derechos de usufructo, uso y habitación. Los redactores de la Compilación se alejaron del concepto de servidumbres

personales por resultarles extraña a la sistemática de Justiniano, considerando servidumbres únicamente a las prediales, pero evitando para los otros derechos que no eran servidumbres su absorción por el régimen de las servidumbres personales del Código civil.

La Ley 423 comienza con la indicación general de que los «derechos de habitación, uso u otros similares de aprovechamiento parcial de cosa ajena se rigen por lo establecido en el título de constitución y, en su defecto, por las disposiciones siguientes», por lo que la Compilación navarra no llega a definir estos derechos reales de aprovechamiento parcial más allá de lo expresado en la ley 394.

El derecho real de aprovechamiento parcial de cosa ajena puede constituirse por los mismos modos que el usufructo. Sin embargo, la obligación de prestar garantía solo será de aplicación si lo hubiera ordenado el constituyente del derecho real o se refiera a aprovechamientos sobre bienes muebles. En este último caso, se exigirá, además, la realización de inventario salvo dispensa del constituyente (Ley 423).

El derecho real se presume gratuito y vitalicio. El titular solo tendrá obligación de pagar las contribuciones que graven, precisamente, el uso exclusivo que él haga de la cosa. También deberá hacer las reparaciones que exija el desgaste por el uso ordinario (Ley 423).

Además se extingue por las mismas causas que el usufructo y por el abuso grave de la cosa. También se extinguirá cuando el uso o aprovechamiento determinado a que se refieran se haga imposible, pero el propietario deberá indemnizar la pérdida o merma que supongan para el ejercicio del derecho las modificaciones por él introducidas en la cosa objeto del mismo. Es redimible siempre que no se hubiera constituido por tiempo determinado. La redención se regirá por lo establecido para las «corralizas» en la Ley 382. La «corraliza» puede ser un derecho de aprovechamiento parcial sobre la finca ajena o una comunidad indivisible constituida por la concurrencia de diversos titulares dominicales, con atribución, a uno o a varios, de los aprovechamientos especiales de pastos, hierbas, aguas, leñas, siembras u otros similares[52].

Los titulares del derecho de aprovechamiento parcial concurrirán en su ejercicio con el uso ordinario del propietario o persona que le sustituya; y no podrán ceder totalmente su derecho, aunque sí compartir su ejercicio con otras personas, tanto mediante retribución como sin ella (Ley 425).

En el derecho real de aprovechamiento parcial que no se refiera a un aprovechamiento determinado de los frutos o productos naturales, el titular podrá aprovechar todos los que la cosa produzca, pero tan solo en la medida del consumo ordinario de las personas que participan en el ejercicio del derecho y sin facultad de venderlos (Ley 426).

¿Se puede utilizar este derecho real de aprovechamiento parcial del Derecho navarro como instrumento privado del medio ambiente, en el mismo sentido que las servidumbres personales del Código civil? La verdad es que no deja

de parecerse simplemente a un derecho de uso. Dependerá, en definitiva, del título constitutivo.

Si vamos ahora al Derecho civil catalán, tiene especial interés para nosotros porque aparecen ya los derechos de aprovechamiento parcial como un instrumento que los particulares pueden utilizar en la gestión del territorio, con las entidades de custodia como titulares de los mismos.

El primer intento para establecer un régimen jurídico del derecho real de aprovechamiento parcial fue, según nos cuenta NAVAS NAVARRO[53], el Proyecto de ley de la segunda ley del Código civil de Cataluña presentado al Parlamento en fecha 29 de julio de 2003, por el cual se aprobó la estructura y el contenido del libro V, que es el dedicado a los derechos reales. Fue el capítulo III del Título VI de este libro el que se dedicó a regular el derecho real de aprovechamiento parcial en cuatro artículos: los artículos 563-1 a 563-4.

Interesa resaltar que la Exposición de Motivos del Proyecto afirmaba que en la categoría de los derechos reales de aprovechamiento parcial se incluían una serie de derechos de naturaleza heterogénea que en muchas ocasiones eran cualificados de «servidumbres personales». Es un derecho que se caracterizaba por permitir a una persona (que en nuestro caso sería la entidad de custodia) la obtención de un determinado aprovechamiento sobre una finca ajena.

La Exposición de Motivos distinguía este derecho del derecho de usufructo y del derecho de servidumbre. Se diferenciaba de este en que no se trataba de una relación entre fincas y de aquel en que el aprovechamiento se limitaba una simple utilidad de la finca.

Como señala NAVAS NAVARRO[54] parecía claro que el legislador catalán pretendía regular mínimamente la categoría que en el Código civil es conocida como servidumbre personal.

Este derecho sería especialmente útil en la gestión medioambiental, en todo lo referente a la custodia del territorio. A través del mismo se pretendía conservar los valores y recursos de la finca, sin resultar ello incompatible con la actividad económica de la misma.

La regulación definitiva de este derecho se hará en la Ley 5/2006, de 10 de mayo, del Libro V del Código civil de Cataluña, relativo a los derechos reales, con la misma numeración de los artículos del Proyecto y también cumpliendo la finalidad medioambiental y aproximándose al derecho de usufructo y no a las servidumbres reales.

Esta Ley ya tiene especial interés para nosotros porque hace referencia expresa a lo que estamos denominando «servidumbres ecológicas o ambientales». Así, el Preámbulo de la Ley señala que la «regulación de los derechos de aprovechamiento parcial, auténtico cajón de sastre de aprovechamientos diversos que pueden ser útiles para promover la conservación de los bosques y de los espacios naturales mediante una explotación racional, agrupa las antiguas servidumbres personales»[55].

La doctrina ha distinguido estos derechos de las servidumbres personales[56]. Los considera una categoría más actual y moderna que estas, con su característica ambigüedad en cuanto a su identificación, desde los precedentes romanos, con los derechos de usufructo, uso y habitación. De tal manera que estos derechos presentan autonomía, sin configurarlos como una modalidad de servidumbres personales, no sin negar, ciertamente, sus semejanzas en cuanto gravamen parcial sobre una finca.

El artículo 563-1, sobre el concepto y régimen jurídico de los derechos de aprovechamiento parcial con carácter real, establecidos a favor de una persona sobre una finca ajena con independencia de toda relación entre fincas[57], señala algunos tipos de estos, que muestra además la flexibilidad de este tipo de derecho:

- gestionar y obtener sus aprovechamientos forestales a cambio de rehacer y conservar los recursos naturales y paisajísticos o de conservar su fauna y su ecosistema[58].

Son derechos que se rigen por la propia ley catalana, por el título constitutivo del derecho, por la costumbre y por las normas del usufructo.

El régimen jurídico del mismo es el siguiente:

En cuanto a quienes pueden constituir el derecho real de aprovechamiento parcial, lo pueden hacer los propietarios de la finca gravada y los titulares de derechos reales posesorios constituidos sobre esta, lógicamente en este último caso, con el alcance y duración de dicho real posesorio.

Si media o no contraprestación, señala NAVAS NAVARRO[59] que se puede aludir a derecho de aprovechamiento parcial a título gratuito u oneroso. En este segundo caso, la contraprestación puede tanto consistir en un precio como en la promesa de una prestación de otro signo, como bien pudiera ser, afirma esta autora, «la realización de alguna actividad, de algún servicio. En este sentido suele ser frecuente que, si la constitución del derecho real de aprovechamiento parcial tiene como finalidad la custodia del territorio, la contraprestación consista en la realización de una serie de actividades, por parte del titular del derecho de aprovechamiento parcial, tales como gestionar y conservar los recursos naturales o paisajísticos de la finca, o conservar el ecosistema o la fauna existente en la misma, siempre que aquellas actividades excedan de las propias de conservación en orden a la extracción de la utilidad acordada».

Si la constitución se hace mediante negocio jurídico, este debe constar por escrito y solo puede oponerse ante terceras personas si consta en escritura pública y se inscribe en el Registro de la Propiedad.

En principio, si las partes no pactan un plazo diferente, la duración de este derecho es de treinta años, sin que pueda superar en ningún caso los noventa y nueve años.

Cabe la redención de estos derechos por voluntad exclusiva de los propietarios de la finca gravada una vez pasados veinte años desde la constitución del derecho. El precio de la redención, salvo pacto en contrario, es el que resultaría de la capitalización del valor anual del aprovechamiento, determinado por peritos, tomando como base el interés legal del dinero en el momento de la redención.

Una última cuestión y enlazamos el Código civil con este tipo de derechos. Aunque la constitución de las servidumbres personales, que cumplen la misma función que estos derechos de aprovechamiento parcial, está garantizada por el artículo 531 Código civil, no olvidemos que, aunque no existiera este precepto, siempre sería factible la concesión de facultades singulares de disfrute, uso o goce sobre un inmueble a favor de persona determinada, sin consideración a otro inmueble[60]. Ello resultaría justificado por el principio de libertad en la constitución de los derechos reales y alteración de los configurados por la ley (*numerus apertus*) que rige en nuestro Derecho.

V. LA ACCIÓN CONFESORIA Y NEGATORIA DE SERVIDUMBRE AMBIENTAL O ECOLÓGICA

No parece tener duda que las servidumbres ambientales o ecológicas están protegidas por las clásicas acciones confesoria y negatoria así como por las acciones posesorias[61].

La entidad de custodia tiene, en primer lugar, la acción confesoria de servidumbre. Si acudimos al Derecho civil catalán el artículo 566-13 del Código civil catalán regula esta acción afirmando que el titular de la servidumbre tiene acción real para mantener y restituir el ejercicio de la servidumbre contra cualquier persona que se oponga al mismo, que lo perturbe o que amenace con hacerlo. Y este precepto se aplica tanto a las servidumbres prediales como personales[62].

En cuanto al Código civil se carece, como es sabido, de una regulación específica de la acción confesoria, por lo que su tratamiento se debe realizar a partir de normas generales, como la del artículo 348.2 del Código civil, que se refiere expresamente a la acción reivindicatoria, sin que, obviamente se confunda con esta. En cualquier caso, la construcción de la acción confesoria afecta tanto a las servidumbres prediales como a las servidumbres personales.

La legitimación activa para el ejercicio de la acción confesoria se considera ligada a la idea de titularidad. Por tanto, como señalan ESPEJO LERDO DE TEJADA y DÍAZ PITA[63], el principal legitimado para ejercitar la acción confesoria es el dueño actual de la finca dominante (o en la medida en que exista un derecho real de goce sobre el predio dominante, cuyo contenido se extienda asimismo al goce de la servidumbre, en que estará legitimado activamente ese

titular), lo que se simplifica en el caso de la servidumbre personal donde únicamente está legitimado el titular[64].

En cuanto a la acción negatoria de la servidumbre, se pretende la declaración de que el inmueble con la presunta carga de la servidumbre ambiental no se encuentra sometido a las facultades propias de la servidumbre ecológica que la entidad de custodia ejercería sobre el mismo, y a solicitar que cese dicha intromisión.

Es, de alguna manera, el reverso de la acción confesoria. Quien actúa como demandante en la acción confesoria, en la negatoria sería el demandado. Mientras que el demandado en la acción confesoria, sería en la negatoria el demandante.

Respecto a la protección posesoria, para nuestra doctrina no cabe duda que esta, especialmente la brindada por los interdictos de retener y recobrar (cfr. art. 1968 CC) puede instarse también cuando la situación posesoria sea la típica de las servidumbres, tanto las prediales como las personales, incluyendo por tanto, dentro de estas últimas, las servidumbres ambientales o ecológicas. Los derechos reales, y las servidumbres en particular se pueden poseer, y, por tanto, cabría utilizar el mecanismo procesal denominado «tutela sumaria de la posesión» (en la antigua LEC, interdictos) que pretenden la reintegración en la situación posesoria previa a la lesión, la alteración, la inquietación (cfr. art. 446 CC), el despojo o la perturbación (cfr. art. 250.1.4.º LEC) de la posesión que hubiese sido realizado por el demandado, aceptando, por otro lado, el consenso mayoritario, que esta posibilidad de ejercicio interdictal se refiere a todas las servidumbres, sin excluir las servidumbres aparentes y negativas.

Por tanto, la acción de tutela posesoria puede ser ejercitada por la entidad de custodia, en cuanto poseedor de la servidumbre. Entonces estaríamos ante un remedio procesal que cumpliría una función parecida a la perseguida con la acción confesoria, aunque sin que la tutela sumaria de la posesión comporte, en este caso, una declaración acerca de la titularidad del derecho de servidumbre, ya que lo único que se lograría es afirmar que la posesión perturbada debe reintegrarse[65].

Así mismo cabría también la utilización de la protección posesoria en una función negatoria: quien acreditara la existencia de la posesión de un inmueble a título de dueño y demuestre también la existencia de un acto de la entidad de custodia que menoscabase su ejercicio pleno del dominio, mediante un comportamiento posesorio como titular de una servidumbre ambiental puede demandar la reposición de la posesión al estado previo a la inquietación[66].

VI. CONCLUSIONES

Estoy plenamente de acuerdo con NAVAS NAVARRO, que es quien probablemente más ha estudiado esta figura (llámese servidumbre personal o derecho

real de aprovechamiento parcial), cuando afirma que[67] «dado el término genérico que se emplea por las normas vigentes —y que se utiliza en este trabajo— para referirse a otras utilidades de la finca, el derecho real de servidumbre personal que, actualmente, en la legislación, aparece más bien como una categoría *residual*, puede acabar convirtiéndose, en un futuro no muy lejano, en el derecho real que sirva para la explotación más racional de las utilidades de una finca, a partir del cual vehicular las más diversas utilidades y rendimientos que pueda ser susceptible de proporcionar una finca ajena (e, incluso, otro bien ajeno), de suerte que llegue a adquirir, en la realidad social, un papel destacado».

VII. BIBLIOGRAFÍA

ARGUDO PERIZ, J.L. (2010). Los derechos reales de aprovechamiento parcial en la ley de Derecho Civil Patrimonial. *Revista de Derecho Civil aragonés*, núm. 16, 177-211.

ATMELLA CRUZ, A. (1992). Servidumbres ecológicas, *Revista Iustitia*, núm. 68, 13-17.

BARREIRA LOPEZ, A. (coord.) *et al*., (2010), *Estudio jurídico sobre la custodia del territorio*, http: //www.custodia-territorio.es/sites/default/files/archivos/estudiocustodiaterritorio_final.pdf.

CASTRO FIGUEROA, S. (2015). La servidumbre ambiental o ecológica en el sistema jurídico ecuatoriano. *Udla*. *Universidad de las Américas*. *Facultad de Derecho* (en línea). Disponible en http://dspace.udla.ec/handle/33000/2339.

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (2015). Capítulo 1. Concepción y tipificación de las servidumbres en el Derecho actual: la servidumbre predial de utilidad privada como genuina servidumbre y la más odiosa carga real inmobiliaria. En G. Cerdeira Bravo de Mansilla (dir.), *Tratado de servidumbres*. Madrid: La Ley, 63-108.

— (2015). Capítulo 2. Elementos —esenciales, naturales y accidentales— en las servidumbres prediales. En G. Cerdeira Bravo de Mansilla (dir.) *Tratado de servidumbres*, Madrid: La Ley, 109-180.

— (2015). Capítulo 5. Servidumbres continuas y discontinuas. En G. Cerdeira Bravo de Mansilla (dir.). *Tratado de servidumbres,* Madrid: La Ley, 249-266.

DÍAZ FUENTES, A. (2004). *Servidumbres, serventías y relaciones de vecindad*, Barcelona: Bosch.

ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. y DÍAZ PITA, M.P. (2015). Sección Sexta. Tutela en materia de servidumbres. En G. Cerdeira Bravo de Mansilla (dir.). *Tratado de servidumbres*. Madrid: La Ley, 971-1128.

GÓMEZ CORRALIZA, B. (2017). Capítulo Segundo. Clases de servidumbres. En M. Linacero de la Fuente (dir.), *Tratado de servidumbres*, Valencia: Tirant lo Blanch, Valencia, 95-393.

NAVAS NAVARRO, S. (2007). *El derecho real de aprovechamiento parcial*. *Propuesta de lege ferenda para la regulación de la servidumbre personal en el Código civil*, Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

OSSORIO MORALES, J. (1936). *Las servidumbres personales (Ensayo de sistematización)*, Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado.

PALACIOS GONZÁLEZ, M.D. (2015). Capítulo 3. Servidumbres prediales y personales: en especial, las servidumbres personales (típicas y atípicas). En G. Cerdeira Bravo de Mansilla (dir.). *Tratado de servidumbres*. Madrid: La Ley, 183-214.

PUIG BRUTAU, J. (1979). *Fundamentos de Derecho Civil*, *Tomo III, Volumen II*, *3.ª edición*, Barcelona: Bosch.

PUIG FERRIOL, LL. y ROCA I TRÍAS, E. (2007). *Institucions del Dret Civil de Catalunya*. *Volumen IV*, Valencia: Tirant Lo Blanch.

REBOLLEDO VARELA, A.L. (2013). Capítulo 7. Constitución por negocio jurídico, En A.L. Rebolledo Varela (coord). *Tratado de servidumbres*. *Tomo I*, 3.ª ed., Navarra: Aranzadi, 145-227.

REBOLLEDO VARELA, A.L. (2013). Capítulo 5. Positivas y negativas, En A.L. Rebolledo Varela (dir.). *Tratado de servidumbres*. *Tomo I*, 3.ª Ed., Navarra: Aranzadi, 127-139.

SOLÉ RESINA, J. (1998). *La acción confesoria de servidumbre*. *Configuración y régimen jurídico*, Madrid: Marcial Pons.

TAMAYO, A. (1956). *El derecho real de servidumbre*. Barcelona: Bosch.

TAPIA JARA, P. (2017). *El derecho real de conservación medioambiental: Estructura y conflictos con otros derechos reales,* Santiago, Chile, Disponible en: repositorio. uchile.cl.

NOTAS

[1] La servidumbre ambiental o ecológica es un tema novedoso en el Derecho español, sin apenas bibliografía específica, al menos en lo que a mí se me alcanza. Es por ello que hay que acudir a las obras más generales para ver la manera de encajarlas en las instituciones más adecuadas, en este caso, las servidumbres personales, si se trata del Código civil.

[2] Buena parte de esta «Introducción» ha sido tomada de la Web *https:/www.custodia-territorio.es/la-custodia*.

[3] En la web citada se explican con detenimiento los motivos para constituirse como entidad de custodia, qué hay que hacer cuando la entidad esté en funcionamiento y cómo hacer los acuerdos de custodia del territorio. Así mismo se explica un poco los orígenes de la custodia del territorio en España.

[4] Un completo estudio sobre las diversas opciones jurídicas se puede encontrar en BARREIRA LOPEZ, A. (coord.) *et al*., (2010). *Estudio jurídico sobre la custodia del territorio*, http: //www.custodia-territorio.es/sites/default/files/archivos/estudiocustodiaterritorio_final.pdf.

[5] Cfr. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (2015). Capítulo 1. Concepción y tipificación de las servidumbres en el Derecho actual: la servidumbre predial de utilidad privada como genuina servidumbre y la más odiosa carga real inmobiliaria En G. Cerdeira Bravo de Mansilla (dir.), *Tratado de servidumbres*. Madrid: La Ley, 69.

[6] Seguimos a CASTRO FIGUEROA, S. (2015). La servidumbre ambiental o ecológica en el sistema jurídico ecuatoriano. *Udla*. *Universidad de las Américas*. *Facultad de Derecho* (en línea). Disponible en http://dspace.udla.ec/handle/33000/2339.

[7] CASTRO FIGUEROA, S. (2015). La servidumbre ambiental o ecológica en el sistema jurídico ecuatoriano. *Udla*. *Universidad de las Américas*. *Facultad de Derecho* (en línea). Disponible en http://dspace.udla.ec/handle/33000/2339: «La servidumbre ambiental o ecológica es un medio nuevo y versátil que permite un equilibrio entre la explotación de la tierra, su desarrollo y la conservación del medio ambiente, además de gran ayuda para los medios de conservación públicos, por el hecho irrefutable de que muchos gobiernos, a nivel mundial,

carecen de los medios para proteger y conservar gran parte de sus territorios. Es ilusorio el creer que los gobiernos puedan poseer los recursos necesarios para realizar una correcta tarea de conservación en todos los territorios con valor ecológico. Es aquí cuando entra en juego el papel de los particulares, la servidumbre ambiental o ecológica impulsa a los privados a tomar parte en la tarea de conservación del ambiente, creando conciencia social y evidenciando la necesidad de un nuevo estilo de desarrollo, que a la vez que permita satisfacer las necesidades del hombre, no supere la capacidad de carga del ambiente, ni ponga en riesgo la biodiversidad de los diferentes ecosistemas».

[8] En el artículo 3, núm. 9, se define lo que la Ley entiende por «custodia del territorio»: «Conjunto de estrategias o técnicas jurídicas a través de las cuales se implican a los propietarios y usuarios del territorio en la conservación y uso de los valores y los recursos naturales, culturales y paisajísticos». En el núm. 37 del mismo artículo, se define «Entidad de custodia del territorio»: «Organización pública o privada, sin ánimo de lucro, que lleva a cabo iniciativas que incluyan la realización de acuerdos de custodia del territorio para la conservación del patrimonio natural y la biodiversidad».

[9] Con carácter general, el artículo 1 de la Ley señala, como objeto de la misma, que su misión es establecer el régimen jurídico básico de la conservación, uso sostenible, mejora y restauración del patrimonio natural y de la biodiversidad, como parte del deber de conservar y del derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, establecido en el artículo 45.2 de la Constitución. Y en el artículo 4.4, al referirse este precepto a la función social y pública del patrimonio natural y la biodiversidad, afirma: «En la planificación y gestión de los espacios protegidos y la conservación de los hábitats y las especies, se fomentarán los acuerdos voluntarios con propietarios y usuarios de los recursos naturales, así como la participación de la sociedad civil en la conservación de la biodiversidad».

[10] Sobre las *conservation easements* norteamericanas, se puede ver el completo estudio que sobre las mismas (con bibliografía), hace TAPIA JARA, P. (2017). *El derecho real de conservación medioambiental: Estructura y conflictos con otros derechos reales,* Santiago, Chile, disponible en: repositorio.uchile.cl, 12. Las *conservation easements* o servidumbres de conservación son mecanismos de conservación privada originados hace unos 50 años en Estados Unidos y cuyas principales características son las siguientes: i) Un interés privado en poder de una organización no lucrativa, creado voluntariamente por las partes; ii) Restringe al dueño del predio sirviente de alterar los atributos medioambientales de la propiedad; iii) Un derecho limitado, sin posesión, donde el dueño del predio sirviente mantiene sus derechos sobre la tierra; iv) «In gross», es decir, el titular de la servidumbre no necesita ser dueño del predio colindante al predio sirviente para poder constituir la servidumbre; v) Es perpetuo, o al menos es posible esa perpetuidad; vi) Existe un interés en la propiedad del titular de la servidumbre, es decir, un interés efectivo en la tierra en sí misma y no solamente una obligación contractual del dueño del predio gravado; vii) Vinculante a los sucesores de la propiedad sirviente; viii) Asignable como un derecho de propiedad (*property right*) a otras organizaciones no lucrativas o entidades gubernamentales.

[11] ATMELLA CRUZ, A. (1992). Servidumbres ecológicas, *Revista Iustitia*, núm. 68, 14-15. Seguimos a este autor en el caso costarricense.

[12] Sobre el tema cfr. TAPIA JARA, P. (2017). *El derecho real de conservación medioambiental: estructura y conflictos con otros derechos reales,* Santiago, Chile, disponible en: repositorio.uchile.cl, acceso: 13 de junio de 2019. Con una extensa bibliografía de la doctrina chilena.

[13] PUIG BRUTAU, J. (1979). *Fundamentos de Derecho Civil*, *Tomo III, Volumen II*, *3.ª edición*, Barcelona: Bosch, 383.

[14] Afirma DÍAZ FUENTES que nuestro ordenamiento es un islote entre las pocas legislaciones que acogen esta clase de servidumbres. [Cfr. DÍAZ FUENTES, A. (2004). *Servidumbres, serventías y relaciones de vecindad*, Barcelona:Bosch, 703].

[15] PUIG BRUTAU, J. (1979). *Fundamentos…*, *Tomo III-2.º*, *op. cit.,* 389.

[16] Probablemente, el Código civil quería fundamentar con más claridad las servidumbres de pastos y leñas, que aparecen como servidumbres personales de contenido limitado y de origen

legal. Lo que sucede es que el Código civil es muy confuso, incluso habla indistintamente de comunidad y servidumbre de pastos. En realidad, en la práctica se pueden confundir. Ya PUIG BRUTAU trajo a colación un ejemplo que muestra esta confusión [PUIG BRUTAU, J. (1979). *Fundamentos…*, *Tomo III-2.º*, *op. cit.,* 433]: «Incluso cabe observar que, según dicho criterio, la servidumbre de pastos se convertirá en comunidad cuando sea recíproca. Si A concede a B el derecho de que los rebaños del segundo puedan pastar en la finca del primero, existirá una servidumbre de pastos; pero si luego las mismas partes estipulan que B permitirá que los ganados de A también puedan pastar en finca de B, sobrevendrá una figura jurídica igual a la creada con el primer contrato, pero que ya dará lugar a una situación global que encajará en el concepto de comunidad de pastos. La eficacia de las dos servidumbres producirá el efecto de que los dos propietarios habrán puesto en común los pastos de sus fincas respectivas para que los utilicen, indistintamente, los ganados de ambos. Además, la servidumbre personal puede concederse, no solo a un titular, sino a varios en común, produciéndose lo que OSSORIO MORALES llama una servidumbre de pastos ejercida en común. Por todo ello puede ofrecer bastante dificultad la calificación de los hechos de un litigio sobre comunidad o servidumbre de pastos».

[17] Pero también se pueden configurar como servidumbres prediales, como es el caso de los países latinoamericanos que las han configurado, ya que, como hemos comentado, desconocen la figura de la servidumbre personal.

[18] Pero también los aspectos históricos, arquitectónicos o culturales de un bien inmueble.

[19] Sería una modalidad de contrato de custodia del territorio.

[20] Aunque como ya se señalaba hace muchos años por OSSORIO MORALES [cfr. OSSORIO MORALES, J. (1936). *Las servidumbres personales (Ensayo de sistematización)*, Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado, 127 y 128], la diferencia que media entre las servidumbres personales y las prediales, al ser las primeras derechos establecidos a favor de una persona determinada, en lugar de a favor de un predio dominante, «ha de determinar necesariamente algunas características diferenciales en su régimen jurídico, que es necesario tratar de deducir de su propia naturaleza, si bien en relación con las normas relativas a las servidumbres en general».

[21] El título es la expresión de la voluntad de los particulares, de la autonomía de la voluntad, el negocio jurídico fuente de creación de servidumbres (arts. 537, 539 y 594 CC), constituyendo el modo más natural de constituir las servidumbres, ya que es una de las formas de disponer de los bienes. Se opone, en este punto al título en sentido formal o instrumental, ya sea el «título» en cuanto se contrapone a «modo» (art. 609 CC) o título como «acto documentado» (art. 3 LH). El «título», en definitiva, es el negocio jurídico o acuerdo de voluntades del titular de la servidumbre y del dueño del predio sirviente, bien sea oneroso o gratuito, *inter vivos* o *mortis causa*. Además, título en materia específica de servidumbres no es toda causa o razón jurídica de la adquisición del derecho, sino que a la vista de los artículos 537 y 539 del Código civil y en cuanto se contrapone el título a otros modos de constitución de este derecho real limitado como la usucapión, la imposición forzosa o incluso, y a estos efectos, el signo aparente del artículo 541 del Código civil, título lo es solamente la declaración de voluntad unilateral (testamento) o bilateral verificada para constituir la servidumbre [Cfr. REBOLLEDO VARELA, A.L. (2013). Capítulo 7. Constitución por negocio jurídico, en A.L. Rebolledo Varela (coord). *Tratado de servidumbres*. *Tomo I*, 3.ª ed., Navarra: Aranzadi, 146-147].

[22] Centro de Información Jurídica (en línea), Convenio Colegio de Abogados-Universidad de Costa Rica, Informe de Investigación Cijul, Tema: Servidumbres ecológicas, http://cijulenlinea.ucr.ac.cr/condición.htm.

[23] PUIG BRUTAU, J. (1979). *Fundamentos…*, *III-2.º*, *op. cit.,* 406.

[24] Lo cual no impide que si la entidad de custodia tenga la propiedad u otro derecho sobre un predio o fundo dominante, entonces se podría establecer una servidumbre predial, como ya se ha comentado.

[25] Señala CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA que todas las servidumbres personales conocidas, ya sean las más típicas, como la de pastos y la de leñas, ya sean las más atípicas,

como las de siembra o labranza, la de caza o pesca, la de saca de agua o abrevadero (cuando no sea predial, ni objeto de dominio), la de paso, cuando no sea predial, el derecho de palco o de balcón y la de instalación de postes o palomillas son todas discontinuas. Cfr. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA. G. (2015). Capítulo 5. Servidumbres continuas y discontinuas, en G. Cerdeira Bravo de Mansilla (dir.). *Tratado de servidumbres, op. cit.,* 260.

[26] PALACIOS GONZÁLEZ, M.D. (2015). Capítulo 3. Servidumbres prediales y personales: en especial, las servidumbres personales (típicas y atípicas), en G. Cerdeira Bravo de Mansilla (dir.). *Tratado de servidumbres*, *op. cit.,* 197. Dice esta autora: «Además, también se puede pensar en servidumbres personales continuas y aparentes como la de utilizar vitrinas o colocar publicidad en finca ajena».

[27] GÓMEZ CORRALIZA hace notar la enorme amplitud del contenido posible de las servidumbres personales negativas, pues estas podrían consistir en la prohibición de realizar cualquier actuación o actividad (y la gama imaginable es infinita) siempre que la prohibición vaya referida al fundo sirviente, limitando de ese modo la libertad de usos o aprovechamientos del mismo. Cabe imaginar los típicos supuestos de no edificar, no edificar más alto, no labrar, no sembrar gramíneas, no plantar coníferas, no talar cierto bosque, no destinar los locales comerciales a determinada actividad, no instalar antenas de telefonía móvil, no destinar los pisos a despacho profesional sino exclusivamente a vivienda, no poder realizar en el fundo determinada actividad comercial, no poder vender en el mismo determinados productos o determinadas marcas. Junto con los anteriores, podemos contemplar hipótesis más llamativas, como no poder instalar aparatos de música (o televisión o teléfono), no dedicar el piso o local a lugar donde ensayan grupos musicales o bandas de música, no poder tocar determinado instrumento musical —piano, la flauta, la dulzaina— o ningún instrumento musical, o incluso prohibiciones extravagantes o esperpénticas, como por ejemplo no poder hacer fiestas en el piso o chalet o villa, no poder bailar sevillanas, sardanas, muñeiras u otros bailes regionales, no poder celebrar reuniones relativas a determinado credo religioso o a determinada ideología política, no poder hacer barbacoas, no poder tener perros o gatos o pájaros. [Cfr. GÓMEZ CORRALIZA, B. (2017). Capítulo Segundo. Clases de servidumbres. En M. Linacero de la Fuente (dir.), *Tratado de servidumbres*, Valencia: Tirant lo Blanch, Valencia, 118].

[28] Como se encarga de señalar REBOLLEDO VARELA, la existencia de las servidumbres *in faciendo* es una cuestión discutida en la doctrina. En principio, la regla general es que los derechos reales consisten en una atribución directa e inmediata al titular del mismo de todo o parte de la utilidad de una cosa, sin intervención de ninguna otra persona, por lo que implican siempre una conducta pasiva del titular de la cosa sobre la que recaen pero no pueden imponer al mismo una obligación positiva, lo que aplicado a las servidumbres implica respecto del propietario del predio sirviente el permitir o no hacer, pero regido por la regla *servitus in faciendo consistere nequi*. Sin tampoco entrar en la discusión teórica sobre su admisibilidad, indicar la existencia de estas servidumbres en el Código civil, aunque se pueda pensar que son una excepción y que además el artículo 533 del Código civil supondría claramente su reconocimiento a nivel legal, sin perjuicio de considerar que en el título constitutivo de la servidumbre se puedan imponer obligaciones al propietario del predio sirviente [cfr. REBOLLEDO VARELA, A.L. (2013). Capítulo 5. Positivas y negativas, en A.L. Rebolledo Varela (dir.). *Tratado de servidumbres. Tomo I*, *op. cit.,* 131-132].

[29] CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (2015). Capítulo 2. Elementos —esenciales, naturales y accidentales— en las servidumbres prediales, en G. Cerdeira Bravo de Mansilla (dir.) *Tratado de servidumbres*, *op. cit.,* 127.

[30] Esta utilidad se caracterizaría por la parcialidad (en principio no absorben toda la utilidad posible, en su goce y disposición, de la propiedad privada) y proporcionalidad en la limitación de la propiedad privada (debe existir una proporcionalidad entre el gravamen impuesto a la propiedad sirviente y el beneficio, provecho y utilidad que correlativamente a esa carga corresponde a la propiedad dominante).

[31] PUIG BRUTAU, J. (1979). *Fundamentos…*, *III-2.º*, *op. cit.,* 429.

[32] PUIG BRUTAU, J. (1979). *Fundamentos…*, *III-2.º*, *op. cit.,* 430.

[33] OSSORIO MORALES, J. (1936). *Las servidumbres personales…*, *op. cit.,* 431.

[34] OSSORIO MORALES, J. (1936). *Las servidumbres personales…*, *op. cit.,* 164.

[35] TAMAYO, A. (1956). *El derecho real de servidumbre*. Barcelona: Bosch, 88.

[36] CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (2015). Capítulo 1. Concepción y tipificación de las servidumbres en el Derecho actual: la servidumbre predial de utilidad privada como genuina servidumbre y la más odiosa carga real inmobiliaria. En G. Cerdeira Bravo de Mansilla (dir.). *Tratado de servidumbres*, *op. cit.,* 65.

[37] Que serían consagradas en los artículos 600 y sigs. del Código civil.

[38] Es interesante lo que dice GÓMEZ CORRALIZA a este respecto: [GÓMEZ CORRALIZA, B. (2017). Capítulo Segundo. Clases de servidumbres. En M. Linacero de la Fuente (dir.). *Tratado de servidumbres*, *op. cit.,* 97, nota 4]: «A nuestro parecer, el contenido de las servidumbres personales puede ser más amplio que el de las prediales, pues podrá serlo cualquier uso o aprovechamiento del fundo sirviente siempre que no absorba la totalidad de la sustancia fructífera y económica de este (en cuyo caso se trataría de un usufructo). En las prediales, sin embargo, el contenido está más limitado, pues tiene que significar un beneficio, ventaja o utilidad para un fundo (dominante) como consecuencia del gravamen impuesto a otro (sirviente), en virtud de una relación material, objetiva y funcional entre ambos predios (relación *fundiaria*), abstracción hecha de los gustos o intereses subjetivos de quien en cada momento sea su titular. Podemos, por tanto decir, que todas las servidumbres prediales pueden constituirse como personales, pero no a la inversa, ya que si el contenido de la servidumbre no implica una relación objetiva entre un fundo y otro (por ejemplo, el derecho a cazar, pescar, moler, labrar, balcón, palco o butaca, poner anuncios —luminosos o no—, poner antenas para emitir o recibir ondas, etc.) solo podrían constituirse como personales y no como prediales, lo cual tiene capital importancia en cuanto al régimen aplicable (transmisibilidad separada, duración, etc.)». En realidad, dadas las características tan peculiares de las servidumbres ambientales, su regulación más adecuada es bajo la forma de servidumbres personales. Dice también este autor, refiriéndose a la regulación seguida por el Código civil: «Pero también tiene elementos que deben calificarse de meritorios, como la admisión misma de la categoría jurídica de las "servidumbres personales" —distinta del usufructo, uso y habitación—, que permitirá considerar servidumbres personales concretas y típicas según lo demanden las necesidades o nuevas exigencias del tráfico, con resultados similares a la figura que en varios Derechos forales (Cataluña, Aragón, Navarra) ha dado en llamarse "derechos reales de aprovechamiento parcial", que no es sino una perífrasis del propio *nomen* de "servidumbre" y, por tanto, es menos específico que el de "servidumbre personal". Por todo ello el juicio que finalmente merece el Código en este punto es positivo». Cfr. GÓMEZ CORRALIZA, B. (2017). Capítulo Segundo. Clases de servidumbres. En M. Linacero de la Fuente (dir.). *Tratado de servidumbres*, *op. cit.,* 108-109.

[39] Como señala GÓMEZ CORRALIZA [GÓMEZ CORRALIZA, B. (2017). Capítulo Segundo. Clases de servidumbres, en M. Linacero de la Fuente (dir.). *Tratado…*, *op. cit.,* 111], la servidumbre personal tiene el mérito de su modernidad y capacidad de adaptación a nuevas necesidades, entre ellas, las derivadas de la conservación del medio ambiente. Y añade: «Conseguir ese objetivo de adaptación a las nuevas exigencias del tráfico —que es un fenómeno común en los ordenamientos modernos— es, en realidad una cuestión de opciones legislativas. Unos códigos (como los de corte germánico, entre los que, en esta materia, hay que incluir al español, como antes hemos señalado), lo consiguen por la vía de las servidumbres personales. Otros (como los de corte romano-francés), lo consiguen —sobre la base de proscribir las servidumbres personales y no admitir más que las prediales— acogiendo un derecho de uso distinto del romano (así, en Francia, el «uso irregular») o admitiendo, junto al usufructo, el uso y la habitación, un nuevo derecho llamado precisamente "derecho real de aprovechamiento parcial" (como ha ocurrido en Cataluña, Aragón y Navarra). La opción tomada por el Código civil español —dentro de los defectos y carencias de que adolece— puede, por tanto considerarse acertada y, en nuestra opinión, incluso más acertada que la que proscribe las servidumbres personales».

[40] GÓMEZ CORRALIZA, B. (2017). Capítulo Segundo. Clases de servidumbres, En M. Linacero de la Fuente (dir.). *Tratado…, op. cit.,* 114 y siguientes.

[41] Lo mismo se podría decir del uso y de la habitación. Señala lo siguiente: «Y tampoco podría utilizarse el derecho de uso para el mismo y citado propósito (reducir este a un uso o aprovechamiento parcial), pues en tal caso quedaría desnaturalizado por partida doble: primero por la misma que el usufructo, ya que, como este, el uso comprende todos los tipos de frutos o aprovechamientos que produzca la cosa, siempre que las necesite el usuario (luego reducirlo a solo determinado uso o aprovechamiento resulta contrario a su naturaleza). Y, en segundo lugar, porque lo realmente específico y definitorio del derecho de uso (y de habitación) es determinar el *quantum* de los frutos o aprovechamientos que puede percibir el usuario por el módulo de las necesidades de este y de su familia, cosa que no acontecería en el llamado «derecho real de aprovechamiento parcial». En consecuencia, atribuir al "usuario" una extensión o una cuantía de los frutos inferior o superior a la determinada por el módulo de sus necesidades y las de su familia, resulta contrario a la esencia y naturaleza del derecho de uso. Consideramos que el derecho de uso (y el de habitación) es indisociable del concepto de "necesidades del usuario y de su familia" incluido en su tipificación legal. Y, por ello, la atribución al usuario de un contenido de facultades inferior o superior a dicho módulo legal, no da lugar a un derecho de uso "irregular", sino que desnaturaliza el derecho de uso y hace tránsito a una figura o categoría distinta, que conocemos como servidumbres personales». Cfr. GÓMEZ CORRALIZA, B. (2017). Capítulo Segundo. Clases de servidumbres. En M. Linacero de la Fuente (dir.). *Tratado…, op. cit.,* 116.

[42] Cada uno de estos ordenamientos jurídicos exigiría un auténtico estudio. Aquí nos conformaremos con hacer unas breves descripciones, no sin avisar que, además del modelo chileno, el Código civil tiene en estos derechos un auténtico ejemplo a seguir a la hora de hacer una modificación del mismo donde tengan cabida estos derechos reales medioambientales.

[43] Artículo 555. Derechos reales de aprovechamiento parcial: «Los derechos reales de aprovechamiento parcial establecidos a favor de una o varias personas o de una comunidad sobre una finca ajena con independencia de toda relación entre fincas, se rigen, en todo aquello que no determine su título constitutivo, por el régimen general de las servidumbres, en lo que sea compatible».

[44] ARGUDO PERIZ, J.L. (2010). Los derechos reales de aprovechamiento parcial en la ley de Derecho Civil Patrimonial. *Revista de Derecho civil aragonés*, núm. 16, 179.

[45] Se refería a la Ley 8/2010, de 2 de diciembre, sustituida hoy por el Código de Derecho Foral de Aragón.

[46] Hoy artículos 582 y siguientes. Código del Derecho Foral de Aragón.

[47] ARGUDO PÉRIZ, J.L. (2010). Los derechos reales…, *op. cit.,* 202.

[48] ARGUDO PÉRIZ, J.L. (2010). Los derechos reales…, *op. cit.,* 203.

[49] ARGUDO PÉRIZ, J.L. (2010). Los derechos reales…, *op. cit.,* 203.

[50] ARGUDO PÉRIZ, J.L. (2010). Los derechos reales…, *op. cit.,* 204.

[51] Seguimos, en lo referente al Derecho civil navarro, a NAVAS NAVARRO, S. (2007). *El derecho real de aprovechamiento parcial. Propuesta de lege ferenda para la regulación de la servidumbre personal en el Código civil*, Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 92 y si

[52] Hay que tener en cuenta la precisión señalada por STSJ Navarra 28.12.1995 traída a colación por NAVAS NAVARRO, S. (2007). *El derecho real…, op. cit.,* 94-95.

[53] NAVAS NAVARRO, S. (2007). *El derecho real…, op. cit.,* 96.

[54] NAVAS NAVARRO, S. (2007). *El derecho real…, op. cit.,* 97.

[55] Como señalaba la doctrina, la referencia a las servidumbres personales ponía de manifiesto que no se trataba de una institución jurídica nueva, ya que se entendía que el artículo 531 del Código civil estaba vigente en Cataluña tras la Compilación de 1960. Cfr. PUIG I FERRIOL, LL. y ROCA I TRÍAS, E. (2007), *Institucions del Dret Civil de Catalunya. Volumen IV. Drets reals,* Valencia: Tirant lo Blanch, 686.

[56] PUIG I FERRIOL, LL. y ROCA TRÍAS, E. (2007), *Institucions…, op. cit.,* 687.

[57] NAVAS NAVARRO, S. (2007). *El derecho real…*, *op. cit.,* 122, lo define de la siguiente manera: «derecho constituido a favor de una o de varias personas simultáneamente o sucesivamente en virtud del cual se otorga la facultad de extraer una/s concreta/s utilidad/es de una finca ajena».

[58] También son derechos reales de aprovechamiento parcial el de apacentar ganado y rebaños, el de podar árboles y cortar matas, el de instalar carteles publicitarios, el de palco, el de balcón y otros similares.

[59] NAVAS NAVARRO, S. (2007), *El derecho real…, op. cit.,* 125.

[60] OSSORIO MORALES, J. (1936) *Las servidumbres personales…*, *op. cit.,* 87.

[61] Dice SOLÉ RESINA, hablando del ámbito de protección de la acción confesoria de la servidumbre, y haciéndose la pregunta si es posible que quepa el ejercicio de la acción confesoria en la tutela de una servidumbre personal, que hay que partir de la base de que en el Código civil no hay normas generales acerca de este tipo de servidumbres, por lo que estas deben regirse: 1.º. Por el título de su constitución (art. 598 CC), y 2.º supletoriamente, por las reglas de las servidumbres prediales en cuanto les sean aplicables, habida cuenta de la diferencia de naturaleza que entre unas y otras existe. Concluye: «Admitido lo anterior, hay que aceptar que se podrán aplicar a las servidumbres personales las reglas relativas a la constitución, modificación, extinción y, en lo que aquí interesa especialmente, a la protección de las servidumbres prediales. En definitiva, en cuanto se admita la categoría de la servidumbre personal, entendemos que cabe extender el ámbito de protección de la acción confesoria de servidumbre a su protección». Cfr. SOLÉ RESINA, J. (1998). *La acción confesoria de servidumbre. Configuración y régimen jurídico*, Madrid: Marcial Pons, 18.

[62] ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. y DÍAZ PITA, M.P. (2015) Sección Sexta. Tutela en materia de servidumbres. En G. Cerdeira Bravo de Mansilla (dir.). *Tratado de servidumbres*. Madrid: La Ley, 980.

[63] ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. y DÍAZ PITA, M.P. (2015). Sección Sexta. Tutela en materia de servidumbres. En G. Cerdeira Bravo de Mansilla (dir.), *Tratado de servidumbres, op. cit.,* 985.

[64] SOLÉ RESINA, J. (1998). *La acción confesoria de servidumbre…, op. cit.,* 18.

[65] Cfr. ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. Y DÍAZ PITA, M.P. (2015). Sección Sexta. Tutela en materia de servidumbres. En G. Cerdeira Bravo de Mansilla (dir.), *Tratado de servidumbres…*, *op. cit.,* 1066 y si

[66] Cfr. ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. y DÍAZ PITA, M.P. (2015). Sección Sexta. Tutela en materia de servidumbres. En G. Cerdeira Bravo de Mansilla (dir.), *Tratado de servidumbres., op. cit.,* 1068.

[67] NAVAS NAVARRO, S. (2007). *El derecho real de aprovechamiento parcial…*, *op. cit.,* 124.

(Trabajo recibido el 9-3-2019 y aceptado para su publicación el 27-5-2019)

DICTÁMENES Y NOTAS

La ineficacia práctica del retracto anastasiano y su tutela registral

The practical inefficiency of the Anastasiano's legal withdrawal and its registry protection

por

DANIEL ESCRIBANO FERRER
Abogado
Ilustre Colegio de Abogados de Madrid
Universidad Complutense de Madrid

DIEGO VIGIL DE QUIÑONES OTERO
Registrador de la Propiedad
Profesor Asociado de Derecho civil
Universidad Complutense de Madrid

RESUMEN: Desde el Derecho romano hasta la actualidad, ha existido con diferentes matices un derecho de retracto que permite al deudor de un crédito cedido retrotraer la cesión. La figura ha recuperado actualidad con ocasión de las cesiones de créditos ocasionadas por la crisis. Analizando la misma, se observan una serie de imprecisiones, defectos e incoherencias en la aplicabilidad del retracto de créditos. El presente trabajo analiza los mismos, con especial referencia a las formalidades relativas a la inscripción y al papel del Registro de la Propiedad en relación al retracto anastasiano.

ABSTRACT: From Roman law to the present, there has existed with different nuances a right of withdrawal that allows the debtor of a given loan to

transfer the transfer. The figure has regained relevance on the occasion of loan assignments caused by the crisis. Analyzing the same, we observe a series of inaccuracies, defects and inconsistencies in the applicability of the credit retraction. The present work analyzes the same ones, with special reference to the formalities related to the inscription and to the role of the Property Registry in relation to the Anastasian retraction.

PALABRAS CLAVE: Retracto. Créditos. Cesiones. Deudor. Notificación.

KEY WORDS: Retraction. Credits. Assignments. Debtor. Notification.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA PROTECCIÓN DEL DEUDOR POR MEDIO DE UN DERECHO DE RETRACTO Y SU ACTUAL INEFICACIA: 1. El retracto de créditos en la historia y el Derecho comparado y su recepción por el Código español. 2. El retracto de graciosa en Navarra. 3. La nueva figura catalana. 4. El retracto de créditos litigiosos en el Código civil. 5. La excepción legal para las operaciones de reestructuración. 6. Los límites a la eficacia protectora de la figura (la doctrina del TS sobre la cesión de carteras de créditos y el retracto).—III. ALGUNAS CUESTIONES TÉCNICAS SOBRE LA APLICACIÓN Y EFICACIA DE LA FIGURA: 1. El problema de la notificación (diferente régimen común y catalán). 2. La tutela de los retractos por el Estado en las transmisiones y la discriminación del retracto de créditos frente a otros retractos: *A) Los retractos y el Registro. B) El retracto arrendaticio. C) El retracto de graciosa y de créditos litigiosos*. 3. El problema de la distribución del precio.—IV. CONSIDERACIONES CRÍTICAS SOBRE LA ACTUAL INUTILIDAD DE LA FIGURA: POSIBLES REFORMAS.—V. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN[1]

Una de las transformaciones a que ha dado lugar la crisis económica reciente ha sido la cesión de una gran cantidad de préstamos hipotecarios por parte de sus acreedores (en ocasiones entidades reestructuradas) a inversores (varios de ellos extranjeros) que con ello pasan a ser nuevos acreedores.

Tradicionalmente, para el caso de cesión de un crédito el Derecho civil contemplaba la posibilidad de que el deudor liberase el mismo pagando al acreedor lo que había dado por dicho crédito. Dicha figura, retracto de créditos, tiene diferentes matices en unos derechos y otros: el Código civil español exige que se trate de créditos litigiosos en tanto que otras legislaciones no exigen la litigiosidad. Paralelamente, se ha intentado dar nueva vida a la figura mediante

su introducción en Derechos civiles donde no estaba, así el catalán, como medida de choque frente a los efectos de la crisis económica.

Estas figuras de retracto presentan por tanto una gran actualidad. El objeto del presente trabajo será profundizar en las mismas, analizando como operan en la práctica y cuestionando si nuestro sistema registral responde adecuadamente a la finalidad que se pretendía con los créditos litigiosos[2].

II. LA PROTECCIÓN DEL DEUDOR POR MEDIO DE UN DERECHO DE RETRACTO Y SU ACTUAL INEFICACIA

1. El retracto de créditos en la historia y el Derecho comparado y su recepción por el Código español

Para empezar a entender la figura del retracto de créditos litigiosos, es necesario hacer una breve referencia por la evolución legislativa de la institución del retracto.

La ausencia de normas romanas que regulan este derecho podría hacernos pensar que su raíz proviene del Derecho germánico. Sin embargo, esto no es suficiente para el profesor DE LOS MOZOS[3], quien encuentra testimonios de su existencia en tiempos de VALENTINO II, de TEODOSIO y de ARCADIO de una especie de retracto de comuneros introducido varias décadas antes.

Sobre su paso por el Derecho germánico, es importante recalcar, como hace el profesor PLANITZ[4], la relación de la figura con la transformación de la propiedad colectiva en individual. Esto conllevó a que surgiera el derecho de los «propincuos», antiguos copropietarios de las tierras, a recuperar lo que un día fue de su dominio en caso de que se promoviera su enajenación. El plazo del que disponían era de un año desde que conocían de la transmisión.

En España se introdujo el derecho de tanteo de comuneros en las Partidas, transformado posteriormente en derecho de retracto. Nuestro Código civil buscó en todo momento un resultado clásico en base a nuestra tradición jurídica para los territorios del Derecho Común, destacando como principal novedad el retracto de colindantes, cuyo advenimiento se produjo, según el profesor DANVILA[5], en la sesión de 20 de noviembre de 1888.

En cuanto al concreto retracto de créditos, el emperador ANASTASIO, vista la cantidad de créditos que se vendían a bajo precio, se determinó a aportar una solución al problema a través de la conocida por Lex Anastasiana[6]. Con esta norma se viene a disponer que los llamados *redemptores litium* pudiesen ejercitar las acciones que habían sido cedidas, pero solo hasta el reembolso del importe del precio pagado por el crédito litigioso, más intereses y gastos desde la fecha de la cesión, quedando la diferencia en favor del deudor.

Pese a ello, algunas personas conseguían burlar los efectos jurídicos de la norma, y refugiarse en algunas lagunas legales. De este modo, ulteriores

disposiciones de ANASTASIO y de JUSTINIANO trataron de aportar luz para cerrar cualquier posible maniobra de los especuladores. Las primeras normas se dictan con el objeto de perturbar cualquier intento de cesión de créditos con propósitos meramente especulativos y fraudulentos, mientras que las posteriores vienen a disuadir las transmisiones en mitad de un proceso.

En época reciente, las legislaciones se han visto influenciadas por el Código civil francés. Tanto la posibilidad de que el deudor adquiera su crédito de forma preferente, como la prohibición de ceder *ad potentiorem* fueron acogidas por Códigos como el sardo (arts. 1543 y 1544), el de Nápoles (arts. 119 y 1200) o el portugués (arts. 786 y 787). Solamente el alemán rehusó la entrada al retracto litigioso.

En España el artículo 1535 del Código civil tiene su origen (según ROMERO GARCÍA-MORA[7]) en el artículo 1699 del Código civil francés: *Celui contre lequel on a cédé un droit litigieux peut s'en faire tenir quitte par le cessionnaire, en lui remboursant le prix réel de la cession avec les frais et loyaux coûts, et avec les intérêts à compter du jour où le cessionnaire a payé le prix de la cession à lui faite*[8]. A diferencia del Código civil español, en el francés aparece la palabra «derecho litigioso», algo que presentó varias dudas en el país vecino sobre la limitación del ámbito de aplicación.

A su vez, el artículo 1699 del Código civil francés está inspirado en la llamada Lex Anastasiana Romana mencionada, que se justificó por JUSTINIANO (Ley 23) en razones de humanidad y de benevolencia (*«tam humanitatis quam benevolentiae plena»*), y se resume en que «el que dio cantidades para que se le cediesen acciones no consiga de las acciones cedidas nada más que lo que por ellas hubiera dado». Estos precedentes vendrían a otorgar una oportunidad al deudor para que en el caso de que su crédito esté en litigio, no pueda pasar a manos de un tercero extraño en la relación jurídica, de modo que se le permite, humanitatis causa extinguirlo con el pago del precio de la cesión.

Las críticas vertidas por LAURENT a la figura[9] dieron paso a la omisión en algunos textos normativos codificados en el siglo XX del retracto de créditos litigiosos. Así pasó con el Código italiano, que, pese a la elaborada jurisprudencia que la mantenía en su sistema, decidió rehusar del precepto que regulaba el citado retracto. En contrapartida, mantuvo vigente el artículo que prohibía las cesiones *ad potentiores,* como podemos ver en su artículo 1261[10]: *I magistrati dell'ordine giudiziario, i funzionari delle cancellerie e segreterie giudiziarie, gli ufficiali giudiziari, gli avvocati, i procuratori, i patrocinatori e i notai non possono, neppure per interposta persona, rendersi cessionari di diritti sui quali è sorta contestazione davanti l'autorità giudiziaria di cui fanno parte o nella cui giurisdizione esercitano le loro funzioni, sotto pena di nullità e dei danni (1421 e seguenti, 2043). La disposizione del comma precedente non si applica alle cessioni di azioni ereditarie tra coeredi, ne a quelle fatte in pagamento di debiti o per difesa di beni posseduti dal cessionario.*

Exactamente lo mismo sucedió con el Código civil portugués, que suprime la institución del retracto de créditos litigiosos, pero mantiene la prohibición de

ceder créditos litigiosos ad potentiores: *«1. A cessão de créditos ou outros direitos litigiosos feita, directamente ou por interposta pessoa, a juízes ou magistrados do Ministério Público, funcionários de justiça ou mandatários judiciais é nula, se o processo decorrer na área em que exercem habitualmente a sua actividade ou profissão; é igualmente nula a cessão desses créditos ou direitos feita a peritos ou outros auxiliares da justiça que tenham intervenção no respectivo processo. 2. Entende-se que a cessão é efectuada por interposta pessoa, quando é feita ao cônjuge do inibido ou a pessoa de quem este seja herdeiro presumido, ou quando é feita a terceiro, de acordo com o inibido, para o cessionário transmitir a este a coisa ou direito cedido. 3. Diz-se litigioso o direito que tiver sido contestado em juízo contencioso, ainda que arbitral, por qualquer interessado»*[11].

En contrapartida a ello, varios fueron los países que sí quisieron regular la institución del retracto de créditos litigiosos, como fue el caso de Argentina o de Filipinas, que incluyeron artículos en sus Códigos civiles sobre la materia.

En el Derecho civil español hubo siempre referencias tanto a las leyes anastasianas y justinianas, como a la prohibición de ceder *ad potentiores*. GARCÍA GOYENA criticaba incluso que esta legislación se había introducido de manera muy recortada[12], y que se debería enfocar desde una perspectiva mucho más extensa[13].

En el proyecto de 1851 se introdujeron dos artículos que hacían referencia a la institución: el 1466 y el 1467. El primero trataba del retracto de créditos litigiosos, y el segundo de los tipos de créditos que han de quedar fuera del retracto.

En el Anteproyecto de 1882-1888 apenas se vio modificada la regulación del retracto de créditos litigiosos con respecto al Proyecto de 1851, reproduciendo en su integridad la institución en los artículos 1562 y 1563. Sin cambios sustanciales se promulgó el texto definitivo, nuestro actual Código, que regula el retracto de créditos litigiosos en los artículos 1535 y 1536, tomando como partida los anteriores textos[14].

Además de la opinión de don FLORENCIO, podemos destacar la de otros autores que también han expresado sus opiniones en cuanto al artículo 1535 del Código civil, entre los que cabría destacar por sus interesantes matices que:

MANRESA descartaba la posible inclusión en el artículo 1535 del Código civil del caso de la venta de bienes inmuebles litigiosos, pese a la opinión de autores como GARCÍA GOYENA. Pese a tener en cuenta las observaciones de GARCÍA GOYENA, los autores de nuestro Código utilizaron la palabra «crédito», en defecto de «derechos litigiosos», por lo que no se puede ampliar por interpretación el sentido del concepto, y por lo tanto, en opinión de MANRESA, no cabría la posibilidad de incluir a los inmuebles en litigio[15]. La misma postura fue defendida por COSSÍO[16] al mantener que la Ley no habla de «derechos litigiosos», sino que solo cita a los «créditos».

Entre los autores recientes LACRUZ BERDEJO hace especial hincapié en que se omita la palabra «derecho», y en su lugar se utilice la palabra «crédito»[17]. GARCÍA CANTERO resaltó igualmente que no se haga referencia a «derechos» sino a «créditos», y opina se debería haber extendido la aplicación del artículo 1535 del Código civil a cualquier derecho litigioso que haya sido objeto de cesión[18].

2. El retracto de graciosa en Navarra

El Código civil español no es el único texto normativo que en nuestro país trata el tema del retracto de créditos litigiosos, ya que la Ley 511 del Fuero Nuevo de Navarra también lo hace (aun después de la modificación llevada a cabo por la reciente Ley 21/2019). En su Capítulo V dispone que «El acreedor puede ceder su derecho contra el deudor, pero cuando la cesión sea a título oneroso, el deudor quedará liberado abonando al cesionario el precio que este pagó más los intereses legales y los gastos que le hubiere ocasionado la reclamación del crédito».

Como se puede observar habla de derecho y no señala la necesidad de que sea litigioso. El auto de 27 de abril de 2016, de la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Pamplona analiza la figura de la Ley 511 y resuelve disponiendo que en la regulación foral el crédito no tiene que ser litigioso y que «la consecuencia esencial de la distinta regulación es que en el marco del Derecho Foral navarro el cesionario que reclama al deudor el importe íntegro del débito puede incurrir en pluspetición ya que el pago del total no le es exigible, pudiendo el deudor liberarse pagando una cantidad inferior, en este caso el importe de la cesión más los intereses legales y los gastos que le hubiera ocasionado la reclamación. Ello exige lógicamente y con carácter previo, conocer el importe de dicha cesión».

3. La nueva figura catalana

Por su parte, en Cataluña, la Ley 24/2015 de 29 de julio, de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y la pobreza energética (suspendida actualmente por el TC[19]) en su disposición adicional dispuso que «En la *cessió de crèdits, el creditor pot cedir el seu crèdit contra el deutor si el crèdit ha estat garantit amb l'habitatge del deutor i aquest és un consumidor. Si la cessió és a títol onerós, el deutor resta alliberat del deute abonant al cessionari el preu que aquest ha pagat més els interessos legals i les despeses que li ha causat la reclamació del deute*»[20].

Como se puede observar, se limita a créditos pero no se exige la litigiosidad.

4. El retracto de créditos litigiosos del Código civil

El artículo 1535 del Código civil se encuentra encuadrado en el capítulo VII del Título IV del Código civil español (de la transmisión de créditos y demás derechos incorporales), justo después de la regulación del retracto legal. El Código lo define en los siguientes términos «Vendiéndose un crédito litigioso, el deudor tendrá derecho a extinguirlo, reembolsando al cesionario el precio que pagó, las costas que se le hubiesen ocasionado y los intereses del precio desde el día en que este fue satisfecho. Se tendrá por litigioso un crédito desde que se conteste a la demanda relativa al mismo. El deudor podrá usar de su derecho dentro de nueve días, contados desde que el cesionario le reclame el pago».

La correcta aplicación del precepto requiere en primer lugar aclarar que no estamos propiamente ante una subrogación de derechos propia de un retracto. La sentencia del Tribunal Supremo, de 31 de octubre de 2008[21] resuelve que, pese a la terminología empleada, no se dan algunos de los elementos esenciales del retracto, pues no existe realmente una subrogación como su definición estricta, sino genuino derecho a extinguir el crédito mediante el reembolso del coste de la cesión (precio, intereses y costas). Idea esta la de la no cesión ya destacada por DE CASTRO[22], quien en todo momento hace alusión al «mal llamado retracto de créditos litigiosos» y fundamenta su rechazo en que al ejercitarlo no se da la situación de subrogación ni de rescisión. En el mismo sentido ALBALADEJO: el deudor extingue su deuda, pero no se subroga en derechos y obligaciones de la cedente[23].

A diferencia de las figuras históricas y forales, el precepto solo permite de aquel crédito que se encuentre en litigio. Ello implica que se debe haber iniciado, mediante previa demanda, un procedimiento civil, y debe haber una contestación a la demanda oponiéndose por cuestiones de fondo. Hay un buen cuerpo jurisprudencial consolidado que restringe la noción de litigiosidad, a los efectos del artículo 1535 del Código civil, a aquellos créditos respecto de los cuales está planteado un procedimiento orientado a dilucidar su existencia y exigibilidad, y no tanto a hacerlo efectivo.

Incluso se ha descartado la consideración como crédito litigioso en aquellos casos en que el demandado se haya limitado a contestar a la demanda sobre la mera oposición de excepciones formales, sin cuestionar su existencia o legitimidad[24].

En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo, de 16 de diciembre de 1969 expresaba que «aunque en sentido amplio a veces se denomina «crédito litigioso» al que es objeto de un pleito bien para que en este se declare su existencia y exigibilidad o bien para que se le lleve a cabo su ejecución, sin embargo, en el sentido restringido y técnico que lo emplea el artículo 1535 de nuestro Código civil, «crédito litigioso» es aquel que habiendo sido reclamado judicialmente la declaración de su existencia y exigibilidad por su titular, es

contradicho o negado por el demandado, y precisa de una sentencia firme que lo declare como existente y exigible; es decir, el que es objeto de una «litispendencia» o proceso entablado y no terminado sobre su declaración»[25].

Precisamente por ello tampoco se puede solicitar el retracto en momentos previos a un procedimiento judicial (véase por ejemplo, en una conciliación), ni cuando la persona demandada se allana, ya que lo relevante es que tiene que haber una controversia sobre la existencia del crédito. Del mismo modo, el momento final es aquel en que se obtiene un título ejecutivo el deudor tiene la posibilidad de alegar el llamado retracto de créditos litigiosos (ya que hasta entonces se está discutiendo la existencia del propio crédito).

Es importante comprobar lo importante que es la existencia de una controversia en cuanto a la existencia del crédito, para que pueda entrar en juego el papel del retracto de créditos litigiosos: es precisa la demanda y la contestación a la misma. En resolución de la AP de Valencia[26], considera que el crédito deviene litigioso en el momento en el que un deudor se opone en un procedimiento monitorio, y este se tiene que tramitar, tras demanda, por el cauce del juicio ordinario. Así pasa en este procedimiento, donde el Banco Santander presenta solicitud de procedimiento monitorio el día 2 de marzo de 2015, contra unos deudores. El crédito fue transmitido a un tercero y durante el proceso se solicitó la sucesión procesal.

Sobre la subrogación, el profesor BERCOVITZ lo analiza de la siguiente manera: «el efecto de la subrogación es, pues, el de mantener el crédito tal y como era antes del pago, en principio, tanto por lo que se refiere a su entidad (incluida la cuantía) como sus garantías (art. 1212 CC). Ello quiere decir, que aunque el tercero pague menos, el crédito subsiste por su valor nominal, exactamente igual que ocurre en la cesión de crédito (arts. 1528, 1535 CC)»[27].

Sobre el vocablo «crédito», la STS de 31 de octubre de 2008 ya mencionada[28] aborda el problema de si solo son créditos dinerarios o si han de entenderse otros créditos[29]: «El tema más relevante que plantea la normativa, que es precisamente el nuclear del presente proceso, hace referencia al alcance del vocablo "crédito", con relación al que cabe mantener: bien una postura muy restrictiva, reduciendo su aplicación a los créditos dinerarios; bien un criterio más abierto, comprensivo de otros derechos de crédito o personales; o bien una solución amplia que abarque todos los derechos y acciones. La doctrina jurisprudencial utiliza la fórmula amplia en la sentencia de 14 de febrero de 1903 y sigue un criterio más restrictivo en las sentencias de 4 de febrero de 1952 y 28 de febrero de 1991. La doctrina civilista en su casi totalidad, y especialmente, de modo decidido, su sector más relevante, se inclinan por la interpretación más amplia. Se pone de relieve que, a pesar del tenor literal del artículo 1535 EDL 1889/1 en relación con la acepción vulgar del vocablo crédito, dicha interpretación amplia es la que se deduce de nuestra tradición jurídica y del contenido del Código».

Es decir, no solo son créditos los dinerarios, sino que también deben considerarse como tal los que sean de otros derechos de crédito o personales.

Otra cuestión interesante a plantearse es si se puede pedir el retracto sobre todo tipo de créditos. El profesor CASTÁN[30] es partidario de extender la facultad retractual a todo tipo de cesión onerosa, mientras que GARCÍA CANTERO[31], por su parte, entiende que no cualquier cesión o transferencia del crédito da origen a la facultad que el artículo 1535 del Código civil otorga al deudor.

En todo caso solo son susceptibles de retracto las cesiones que se efectúan mediante precio, excluyéndose los actos a título lucrativo (*inter vivos* o *mortis causa*), porque en ellos está ausente toda idea de especulación.

Por tanto, la pendencia de un procedimiento donde no se esté discutiendo la existencia de un crédito (por ejemplo, una ejecución) no legitima al deudor a ejercitar el derecho de retracto del mismo. Es necesario que el crédito sea «litigioso, sin que se pueda ejercitar esa vía cuando se ha solicitado la sucesión procesal dentro de un procedimiento de ejecución.

Finalmente, entre los matices a tener presente en relación con esta figura resulta la obligación que tiene la entidad cedente de notificar al deudor la cesión del crédito, confirmada reiteradamente por la jurisprudencia[32], para que tenga lugar la sucesión procesal. Una notificación que sin embargo no es requisito para inscribir la cesión en el ámbito extrajudicial (cfr. RRDGRN 17 y 18 de octubre de 2000).

5. La excepción legal para las operaciones de reestructuración

Por otra parte, hemos de tener presente la Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión[33], sucesora de la Ley 9/2012, de 14 de noviembre. Su artículo 29.4 dispone que «*La transmisión de activos estará sometida a las siguientes condiciones especiales: …b) Para la transmisión de créditos que tengan la consideración de litigiosos, no resultará aplicable lo dispuesto en el artículo 1535 del Código civil*».

Es decir, cuando se cumpla el ámbito objetivo de la ley, y la entidad financiera se encuentre intervenida por el FROB, no será de aplicación el artículo 1535 del Código civil. Esto viene a «blindar» la cesión de créditos producida en el contexto de la reestructuración, y a impedir al deudor que pueda adquirir de forma legítima su crédito vendido. En un sentido idéntico, la ya derogada Ley 9/2012 regulaba exactamente lo mismo en su artículo 36.4.b.

6. Los límites a la eficacia protectora de la figura (la doctrina del TS sobre la cesión de carteras de créditos y el retracto).

Uno de los puntos más críticos a tener en consideración es el caso de la transmisión de créditos en conjunto. O, lo que es lo mismo, una venta en

globo de las reguladas en el artículo 1532 del Código civil. En la práctica es muy frecuente que un fondo de inversión sea quien adquiera toda una cartera de créditos.

En estos casos, la jurisprudencia es contraria a la existencia del retracto anastasiano (STS de 1 abril de 2015, ATS de 1 de junio de 2016). Incluso algunos pronunciamientos respaldan que ni siquiera es posible la exigencia de la determinación del precio de la transmisión[34]. De este modo no existe un precio de venta del crédito, e imposibilita al deudor a que pueda solicitar el derecho al retracto de créditos litigiosos.

III. ALGUNAS CUESTIONES TÉCNICAS SOBRE LA APLICACIÓN Y EFICACIA DE LA FIGURA

1. El problema de la notificación (diferente régimen común y catalán)

En la aplicabilidad práctica del retracto, es de vital importancia la notificación al deudor. Solo mediante esta el deudor podría saber que se ha producido la cesión y decidir sobre el ejercicio del retracto.

En coherencia con ello, el artículo 569-28.2 del Código civil de Cataluña exige dicha notificación, la cual será además un requisito para la inscripción: «*2. El titular d'un crèdit o prestec hipotecari que transmet el seu dret ho ha de notificar fefaentment al deutor i, si escau, al titular registral del bé hipotecat, com a pressupòsit per a la legitimació del cessionari, i ha d'indicar el preu convingut o el valor que es dona al dret i les condicions essencials de la cessió. La renúncia del deutor a la notificació en qualsevol moment és nul·la*»[35].

Por el contrario, en el Derecho común este requisito no existe (según se desprende de los arts. 149 y 151 LH y RRDGRN 17 y 18 de octubre de 2000 citadas). Ello es coherente con los limitados efectos del retracto de créditos en el Derecho civil de Castilla, pero deja en determinados casos en peor condición al deudor sujeto al Derecho civil común que al Derecho catalán.

Precisamente en atención a la importancia de la notificación se han sucedido las propuestas de introducción del requisito de la notificación en las cesiones de crédito, tanto a nivel general como autonómico. Así, en el Congreso de los Diputados se registró una propuesta de modificación del artículo 540 LEC por parte de los grupos de Unidos Podemos, Ezquerra Republicana de Catalunya y Mixto el 10 de enero de 2018[36]. En el ámbito autonómico una Ley en tramitación en Les Corts valencianes de 5 de abril de 2018[37] y una propuesta ante el Parlamento de Cantabria que reproduce la propuesta de reforma del artículo 540 LEC propuesta al Congreso[38].

2. La tutela de los retractos por el Estado en las transmisiones y la discriminación del retracto de créditos frente a otros retractos

Otro aspecto a considerar para un juicio acertado sobre el problema que tratamos es el de la tutela del Registro frente a los retractos y a los retrayentes. Para abordarlo hemos de plantear primero como es la tutela registral de los derechos de retracto. A partir de la misma, podemos hacer un análisis del retracto anastasiano en relación con el Registro.

A) Los retractos y el Registro

Con carácter general, los derechos legales de retracto perjudican al tercer adquirente de bienes inscritos pese a que no consten en el Registro. Ello es extremadamente peligroso, como hemos dicho en otro lugar, pues obliga al adquirente a consultar no solo el Registro si no también los boletines oficiales[39]. Lo cierto es que ello es lo que dispone el artículo 37.3 LH.

En coherencia con esto, el Registro, habituado a recabar todos los consentimientos relevantes[40] antes de llevar a cabo cualquier inscripción de un derecho (a fin de una depuración lo más perfecta posible del derecho inscrito frente a posibles causas de impugnación), no exige notificación alguna ni consentimiento del titular del derecho de retracto para inscribir cesiones de derechos sujetas al retracto anastasiano.

B) El retracto arrendaticio

Pese a esto, partiendo con acierto de que la calificación registral procura que las inscripciones sean inimpugnables por haberse contado con todos los consentimientos relevantes, el artículo 25 de la Ley de Arrendamientos urbanos y el artículo 22.4 de la Ley de Arrendamientos rústicos si que exige la notificación al titular del retracto de la transmisión frente a la cual puede ejercitar su derecho. Dicho régimen es práctico, pues al marcar un *dies a quo* para el ejercicio del derecho, purga la adquisición de la carga del retracto más rápido, y facilitas las cosas al adquirente. Es por ello que se ha propuesto que se siga el mismo régimen para otros derechos de retracto previstos en el Derecho civil foral[41].

C) El retracto de graciosa y de créditos litigiosos

En el caso del retracto anastasiano y de graciosa, el régimen sin embargo es el del artículo 37.3 LH. Las propuestas legislativas y la legislación catalana, pese a este régimen registral, introducen el requisito de la notificación, como hemos visto.

Sin duda que dicha notificación sería lo más conforme a la existencia del derecho de retracto, de ahí que haya que valorar positivamente que se exija allá donde dicho derecho es extenso y operativo como en Cataluña. Aunque no podemos olvidar que la regla general común es que la notificación a titulares de tanteos es la excepción (art. 25 LAU) y no la regla.

En el resto de España el problema de la publicidad legal y no registral de la carga del retracto es el mismo de tantas otras cargas legales, si bien al ser tan limitado (como hemos visto) el juego del retracto anastasiano según el Código civil y la jurisprudencia consolidada sobre el tema, no estamos ni mucho menos ante uno de los supuestos más complejos de retracto no inscrito que pueden perjudicar al tercero conforme al artículo 37.3 LH.

3. El problema de la distribución del precio

Aun no siendo precisa la notificación, el ejercicio del derecho de retracto se topa con otro obstáculo para su ejercicio: el retrayente lo único que podrá conocer consultando el contenido del Registro será que se ha verificado la transmisión. En caso de que fueren varios los créditos transmitidos (caso para el que, como hemos visto, no hay derecho según la jurisprudencia en vigor sobre el Código civil), existiría también el problema de la falta de distribución del precio entre los diferentes créditos vendidos.

En efecto, la legislación hipotecaria exige la constancia del precio de transmisión de cualquier derecho entre los datos que necesariamente debe contener el título para la inscripción (arts. 9, 21 y 254 LH). Siendo varios los derechos transmitidos en globo, no es en cambio preciso que se distribuya el precio.

En coherencia con ello, en Cataluña el requisito de la notificación, debería requerir la distribución del precio (*«i ha d'indicar el preu convingut o el valor que es dona al dret»*). Más la redacción no dice eso, de forma que se cumpliría con expresar el precio global de la cesión en globo.

Es por ello que el informe reciente sobre la materia del Colegio de Registradores, aun entendiendo que la extensión del ámbito de aplicación del retracto anastasiano no sería una buena medida para la circulación de los créditos, considera que no sería inconveniente exigir la individualización del precio en cada uno de los retractos afectados por la cesión[42].

IV. CONSIDERACIONES CRÍTICAS SOBRE LA ACTUAL INUTILIDAD DE LA FIGURA: POSIBLES REFORMAS

De lo dicho en los apartados anteriores, creemos que cabe señalar varias críticas a la situación en la cual nos encontramos.

En primer término, como en tantas otras materias, sería necesaria una clarificación lo más temprana posible por el Tribunal Constitucional acerca de la competencia para regular la materia, que parece central/foral, al encontrarnos ante derechos reales que preexisten en ciertos territorios (art. 149.1 8 CE). Ello evitaría confusiones como las que suscitan las propuestas legislativas en comunidades carentes de Derecho foral.

En segundo lugar, existen a día de hoy diferencias excesivas entre el régimen catalán (suspendido) y el común que afectan al fundamento de la figura. O se considera que el retracto gracioso es un buen instrumento para proteger al deudor, o no. No resulta razonable el progresivo ataque a la figura limitándola en casos de reestructuración (Ley 11/2015) y cesiones en bloque (STS de 1 de abril de 2015, ATS de 1 de junio de 2016) a nivel general, y el fomento que de la figura se hace en el Derecho catalán. Las razones tenidas en cuenta por los emperadores romanos al respecto, con todo, parecen ser las consideradas por la legislación catalana. Si se atiende a ellas, lo correcto sería, no solo mantener la figura a nivel común, si no extenderla en los términos de la ley catalana suspendida[43]. Sería además lo coherente con las ideas que dicen defender los partidos que hoy tienen mayoría en el legislativo.

En todo caso, más allá de que exista o no la figura y con que extensión, entendemos que hay un déficit importante en aspectos técnicos. Debería estar más claro que se entiende por crédito litigioso, si el retracto procede o no en caso de venta en globo, lo relativo a la distribución del precio, y el régimen formal de protección del deudor (aclarando detalles no menores tanto de la notificación como el relativo al precio distribuido).

En el ámbito registral, si bien es cierto que en este punto rige la norma general de los retractos (innecesariedad de notificación, eficacia legal contra el titular registral *ex* art. 37.3 LH), lo más seguro para un buen desarrollo de la figura, y lo coherente con el retracto arrendaticio (que afecta a la vivienda como este) sería exigir la notificación previa, o bien establecer un sistema de notificaciones *ex post* como el que existe en muchos otros preceptos de la LH y la LEC relacionadas con la extensión de asientos registrales.

V. BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO, M. *El negocio jurídico*, Barcelona, 1958.

ARRUÑADA, B. *Instituciones del intercambio impersonal. Teoría y método de los Registros públicos,* Civitas, Cizur menor, 2013.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. *Comentarios del Código civil y Compilaciones forales*, Madrid, 1991.

DE CASTRO Y BRAVO, F. *El negocio jurídico,* Madrid, 1967.

— *Cesión de crédito litigioso. Aplicación del artículo 1535 del Código civil. Sentencia de 4 de febrero de 1952,* Madrid, 1953.
CASTÁN TOBEÑAS, J. *Derecho Civil Español,* Madrid, 1951.
COSSÍO, A. *Instituciones de Derecho Civil,* Madrid, 1975.
DANVILA. *Sesión de 23 de marzo de 1889, núm. 77.* El Código civil. Debates parlamentarios, 1885-1889, tomo H, Madrid, 1989.
DE LOS MOZOS, J.L. *Derechos reales de adquisición. Estudios sobre Derecho de los bienes,* Madrid, 1991.
DÍEZ PICAZO, L. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial,* edición del año 2011, Madrid.
GARCÍA GOYENA, F. *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español,* Madrid, 1852.
GARCÍA CANTERO, G. *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales,* Dir. por Albaldejo, M. y Díaz Alabart, S, Madrid, 1980.
GUILARTE GUTIÉRREZ, V. y RAGA SASTRE, N. *El procedimiento registral y su revisión judicial: fundamentos y práctica,* Valladolid, Lex Nova, 2010.
LAURENT, F. *Principes de Droit Civil Français,* Paris, 1878.
LACRUZ BERDEJO, J.L. *Elementos de Derecho civil,* Madrid. Edición año 2010.
— *Derecho de obligaciones,* Barcelona, 1985.
MANRESA Y NAVARRO, J.M. *Comentarios al Código civil español,* Madrid, 1950.
MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.P. Cesión de créditos y retracto a favor del deudor. En *El Economista,* 10 de agosto de 2018.
NAVARRO PÉREZ, J.L. *El retracto de créditos litigiosos,* Granada, 1989.
PLANITZ, H. *Principios de Derecho privado germánico,* traducción al castellano de la Ed. Bosch, Barcelona, 1957.
ROMERO GARCÍA-MORA, G. Retracto de créditos litigiosos. Caracterización del crédito retraible. *Revista Aranzadi Doctrinal,* núm. 4/2010. BIB 2010\1072.
SOLER SOLÉ, G. Cesión de cartera de créditos litigiosos (subrogación procesal y del derecho de retracto de créditos litigiosos), *Revista de Derecho vLex,* ISSN: 2462-3423.
VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C. *Código civil, comentarios, notas y jurisprudencia,* Madrid, 2007.
VÉLEZ TORRES, J.R. *Derecho de obligaciones: Curso de Derecho Civil,* Puerto Rico, 1997.
VIGIL DE QUIÑONES OTERO, D. La información registral en la formación del contrato, en *Negociación y perfección de los contratos,* Aranzadi, Cizur menor, 2014.
— El Derecho civil de Aragón, la seguridad del tráfico y el Registro de la Propiedad. En *Revista de Derecho civil aragonés*. XX, 2014, 155-179.

NOTAS

[1] Estudio que se publica en el marco del proyecto de investigación I+D del Ministerio de Economía, Industria y Compettiividad, ref. der2017-84726-c3-2-p, los consumidores en la vivienda colaborativa, Universidad de Valladolid, 2017-2019, ip: Esther Muñiz Espada.

[2] El origen del presente trabajo se debe al intercambio de impresiones entre los dos autores con ocasión de la defensa por don Daniel ESCRIBANO de su Trabajo Fin de Máster, dentro del Máster de Acceso a la Abogacía de la Universidad Complutense de Madrid. Dicho trabajo, en cuyo tribunal evaluador estaba el otro autor, puede consultarse íntegro en http://eprints.ucm.es/47337/

[3] DE LOS MOZOS, J.L. *Derechos reales de adquisición. Estudios sobre Derecho de los bienes,* Madrid, 1991, 586.

[4] PLANITZ, H. *Principios de Derecho privado germánico*, traducción al castellano de la Ed. Bosch, Barcelona, 957.

[5] DANVILA. *Sesión de 23 de marzo de 1889, núm. 77*. El Código civil. Debates parlamentarios, 1885-1889, tomo H, Madrid, 1989, 1565-1566.

[6] NAVARRO PÉREZ, J.L. *El retracto de créditos litigiosos,* 1989, Granada, 6.

[7] ROMERO GARCÍA-MORA, G. Retracto de créditos litigiosos. Caracterización del crédito retraible. *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4/2010. BIB 2010\1072.

[8] Traducción al castellano: «Aquel contra quien se hubiera cedido un derecho litigioso podrá hacerse liberar por el cesionario, rembolsándole el precio real de la cesión con los gastos de escritura y accesorios y demás gastos, y con los intereses a contar desde la fecha en que el cesionario hubiera pagado el precio de la cesión que se le efectuó».

[9] LAURENT, F. *Principes de Droit Civil Français*, Paris, 1878. 66 y 72.

[10] Traducido al castellano: «Los magistrados del poder judicial, los funcionarios de las cancillerías y los secretarios judiciales, los alguaciles, los abogados, los fiscales y los notarios no pueden, incluso a través de un tercero, convertirse en cesionarios de derechos sobre los que surge una disputa ante la autoridad poder judicial al que pertenecen o en cuya jurisdicción ejercen sus funciones, bajo pena de nulidad y daños (1421 et seq., 2043). Lo dispuesto en el párrafo anterior no se aplica a la venta de activos heredados entre coherederos, ni a los realizados en el pago de deudas ni para la defensa de los activos en poder del cesionario».

[11] Artículo 579 del Código civil portugués, que traducido al castellano: *1. La cesión de créditos u otros derechos litigiosos efectuados, directamente o por interpuesta persona, a jueces o magistrados del Ministerio Público, funcionarios de justicia o mandatarios judiciales es nula, si el proceso se desarrolla en el ámbito en que ejercen habitualmente su actividad o profesión; es también nula la cesión de dichos créditos o derechos a expertos u otros auxiliares de la justicia que tengan intervención en el proceso.*

2. Se entiende que la cesión se realiza por persona interpuesta, cuando se hace al cónyuge del inhibido o la persona de quien este sea heredero presumido, o cuando se haga a tercero, de acuerdo con el inhibido, para el cesionario transmitir a este la cosa o derecho cedido.

3. Se dice litigioso el derecho que haya sido impugnado en un juicio contencioso, aunque sea arbitral, por cualquier interesado.

[12] GARCÍA GOYENA, F. *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Madrid, 1852, 435 y 436.

[13] El criterio de la Comisión que elaboró el Proyecto de 1851 planteo un carácter muy restrictivo sobre el ámbito de aplicación del retracto, posición no compartida por GARCÍA GOYENA (*op. cit.*, 436). El autor, consciente de la limitación, hace notar que el artículo dice «crédito», en contraposición al 1699 del Código civil francés que habla de «derecho», y que hizo surgir varias dudas sobre su ámbito de aplicación, las cuales no se pudieron plantear en España por la propia restrictividad del artículo.

Además, cita el autor al antiguo artículo 1467 (siguiente al del retracto de créditos litigiosos) indicando que en él aparece la palabra «derecho», al igual que en el Código civil francés, algo que se tendría que haber producido en el 1466 (actual 1535 CC).

Concluye GARCÍA GOYENA entendiendo que habría sido más práctico denominar al capítulo VIII (actual VII) de los Códigos francés y español bajo la nomenclatura: «De la transmisión de créditos y demás acciones», y comenzando la redacción del artículo 1535 (anterior 1466) por «vendiéndose un crédito, u otro cualquier derecho litigioso…».

[14] Cfr. NAVARRO PÉREZ, J.L. *El retracto de créditos litigiosos*, 1989, 15.

[15] MANRESA Y NAVARRO, J.M. *Comentarios al Código civil español*, Madrid, 1950, 436 y 437.

[16] COSSÍO, A. *Instituciones de Derecho Civil*, Madrid, 1975, 707.

[17] LACRUZ BERDEJO, J.L. *Derecho de obligaciones,* Barcelona: 1985, 296. Por otra parte, cita el mismo autor, que ha sido especialmente criticado por la doctrina el hecho de redundar «créditos y demás derechos incorporales», cuando todos los derechos y créditos lo son.

[18] GARCÍA CANTERO, G. *Comentarios al Código civil*, 1991, Madrid. Dirigido por M. Albaladejo y Silvia Díaz Alabart. «Aunque el artículo 1690 del Código civil francés habla de droit litigienx, y lo mismo el artículo 1546 del Código civil italiano de 1865 (diritto litigioso), nuestro artículo 1535, siguiendo al Proyecto de 1851, comienza refiriéndose a la venta de un crédito litigioso, lo que no obsta a que en el artículo 1.536 aluda a derechos hereditarios y a derechos reales limitados. Esta incertidumbre del lenguaje ha servido de base a divergencias en la interpretación del ámbito a que alcanzan estos preceptos, que intentó superar ya GARCÍA GOYENA, lo que no ha impedido una orientación restrictiva. Por mi parte, entiendo que la facultad que reconoce este artículo debe extenderse a cualquier derecho litigioso que haya sido objeto de cesión, como sostiene la mayoría de la doctrina».

[19] La vigencia de esta disposición está suspendida actualmente por el TC, tras recurso de inconstitucionalidad núm. 2501-2016, pendiente a día de hoy de resolución. Recurso de inconstitucionalidad núm. 2501-2016, contra los artículos 2 (apartado 2), 3, 4, 5 (apartados 1, 2, 3, 4 y 9), 7, la disposición adicional, la disposición transitoria segunda (apartado primero y apartado segundo en lo que se refiere a la aplicación del artículo 7) y la disposición final tercera de la Ley del Parlamento de Cataluña 24/2015, de 29 de julio, de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y la pobreza energética.

[20] Versión castellana: «En la cesión de créditos, el acreedor puede ceder su crédito contra el deudor si el crédito ha sido garantizado con la vivienda del deudor y este es un consumidor. Si la cesión es a título oneroso, el deudor queda liberado de la deuda abonando al cesionario el precio que este ha pagado más los intereses legales y los gastos que le ha causado la reclamación de la deuda».

[21] Tribunal Supremo Sala Primera, sentencia de 31 de octubre de 2008, núm. 976-2008, rec. 1429-2003.

[22] DE CASTRO Y BRAVO, F., *Cesión de crédito litigioso. Aplicación del artículo 1535 del Código civil. Sentencia 4 de febrero de 1952*, 240 y sigs., 1953.

[23] ALBALADEJO, M. *El negocio jurídico*, página 55, Barcelona, 1958.

[24] No parece que el momento procesal oportuno sea con la solicitud de la sucesión procesal por parte de la cesionaria. Ejemplo de ello es el Auto de la AP de Madrid de 22 de junio de 2017, AP Madrid, sec. 8.ª, A 22 de junio de 2007, núm. 239/2017, rec. 435/2017. La AP de Madrid estima el recurso de apelación, y por lo tanto da la razón a la cesionaria, al declarar *que la mera solicitud de la sucesión procesal justificada por la sucesión del crédito es cuestión distinta al «crédito litigioso»* (no se entra a debatir sobre el propio crédito) y por ende no son de aplicación los artículos 1535 y 1536 del Código civil que regulan el retracto de créditos litigiosos.

[25] Sentencias del TS posteriores resuelven conflictos de índole similar. En este sentido, sentencia del Tribunal Supremo Sala Primera, sentencia de 31 de octubre de 2008, núm. 976-2008; y sentencia del Tribunal Supremo Sala Primera, sentencia de 28 de febrero de 1991, núm. 149/1991.

[26] AP Valencia, sec. 11.ª, sentencia de 28 de febrero de 2017, núm. 52/2017, rec. 629/2016.

[27] BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Comentarios del Código civil y Compilaciones forales*, Madrid, 1991.

[28] Tribunal Supremo Sala Primera, sentencia de 31 de octubre de 2008, núm. 976-2008, rec. 1429-2003.

[29] *Revista de Jurisprudencia*, Año IV, núm. 3, diciembre de 2008. Ed: El Derecho Editores.

[30] CASTÁN TOBEÑAS, J. *Derecho Civil español*, 1951, Madrid, 572.

[31] GARCÍA CANTERO, G. *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, Dir. por Albaladejo, Madrid, 1980. 701.

[32] Cfr. la sentencia citada y el auto del Juzgado Primera Instancia 4 Manresa de 9 de junio de 2017, núm. 874/2010 (ETJ).

[33] Que trasponen tanto la Directiva 2014/59/UE, como la Directiva 2014/49/UE

[34] En este sentido, la AP de Valencia ya se ha pronunciado por ello en alguna ocasión, en los siguientes términos: «la exigencia de determinación de precio abonado por el cesionario excede de lo exigible conforme el artículo 17 LEC, pues deriva de un pacto privado ajeno al procedimiento de ejecución pendiente». (AP Valencia, sec. 9.ª, A 3 de mayo de 2017, núm. 539/2017, rec. 2933/2016).

[35] En castellano: «El titular de un crédito o préstamo hipotecario que transmite su derecho debe notificarlo fehacientemente al deudor y, si procede, al titular registral del bien hipotecado, como presupuesto para la legitimación del cesionario, indicando el precio convenido o el valor que se da al derecho y las condiciones esenciales de la cesión. La renuncia del deudor a la notificación en cualquier momento es nula».

[36] En el Congreso de los Diputados se registró una propuesta de modificación del artículo 540 LEC por parte de los grupos de Unidos Podemos, Ezquerra Republicana de Catalunya y Mixto el 10 de enero de 2018 (registro 68398).

[37] RC 96479.

[38] 9L/3100-0002.

[39] VIGIL DE QUIÑONES OTERO, D., «La información registral en la formación del contrato», en AA.VV (Parra Lucán, M.A. Coord.) Negociación y perfección de los contratos, Aranzadi, Cizur menor, 2014, 508.

[40] GUILARTE y RAGA señalan que la calificación registral procura la protección de los afectados por la inscripción, incluidos los terceros no solicitantes de la inscripción solicitada (cfr. GUILARTE GUTIÉRREZ, V., y RAGA SASTRE, N., *El procedimiento registral y su revisión judicial: fundamentos y práctica*, Valladolid, Lex Nova, 2010, 93 y sigs.). Desde el análisis económico, destaca ARRUÑADA que la aplicación de la regla de propiedad (protección real del adquirente *ex* art. 34 LH): cfr. ARRUÑADA, B., *Instituciones del intercambio impersonal. Teoría y método de los Registros públicos,* Civitas, Cizur menor, 2013. Especialmente, 73 y sigs.

[41] VIGIL DE QUIÑONES OTERO, D., El Derecho civil de Aragón, la seguridad del tráfico y el Registro de la Propiedad. En *Revista de Derecho civil aragonés*. XX, 2014, 155 a 179.

[42] Informe de la comisión de consultas doctrinales del Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España, 9 de abril de 2018, conclusión d).

[43] O como señala MÉNDEZ «la cuestión a plantear es si sería conveniente o no que las Cortes, al igual que Justiniano consagró en su día la Lex Anastasiana, *tam humanitatis quam venevolentiae plena,* legislara en un sentido similar al que lo ha hecho el Parlament o la citada Ley Navarra, con mejoras técnicas, para los casos de cesiones individuales de créditos o, incluso, en globo, cuando los créditos incluibles son claramente individualizables». MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.P. Cesión de créditos y retracto a favor del deudor. En *El Economista*, 10 de agosto de 2018, 31.

(Trabajo recibido el 9-4-2019 y aceptado para su publicación el 27-5-2019)

DERECHO COMPARADO

Inteligencia Artificial y coches autónomos: análisis jurídicos europeos

Artificial intelligence and self-driving cars: European legal analysis

por

MIGUEL L. LACRUZ MANTECÓN

Prof. tit. D. civil

Facultad de Derecho. Universidad de Zaragoza

RESUMEN: La tecnología y el Derecho son interdependientes, la primera no puede desarrollarse sin el amparo del Derecho, y este debe necesariamente adaptarse a los cambios sociales causados por la tecnología. El desarrollo de la tecnología cibernética ha dado lugar a varios textos emitidos por la Unión Europea sobre inteligencia artificial y robótica, como el Proyecto Robolaw, que se inserta en el Séptimo Programa Marco de Investigación y Desarrollo Tecnológico 2007-2013, o la resolución del Parlamento Europeo del 16 de febrero de 2017 con recomendaciones a la Comisión sobre normas de derecho civil sobre robótica, entre los diversos textos que la Unión ha publicado. Los coches autopilotados son uno de los asuntos de los que se ocupan estos textos, principalmente desde el punto de vista de la responsabilidad por los daños que puedan causar, y su indemnización. Una de las soluciones más controvertidas es crear un estatus legal específico para los robots aplicando una personalidad electrónica, discutiéndose si cabe una verdadera personalidad cibernética al carecer los robots de conciencia de sí mismos. El trabajo propone ahondar en las soluciones ya conocidas y en el mecanismo del contrato de seguro para favorecer estos desarrollos científicos.

ABSTRACT: Technology and Law are interdependent, the first cannot be developed without the protection of Law, and this must necessarily adapt to the social changes caused by technology. The development of cybernetic technology has given rise to several texts issued by the European Union on artificial intelligence and robotics, such as Robolaw Project, developed in the 7th Framework Programme for Research 2007-2013, or the European Parliament Resolution of 16 February 2017 with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics, among other several texts that the Union has issued. Self-driven cars are one of the issues dealt with by these texts, mainly from the point of view of liability for the damages they may cause, and their compensation. One of the most controversial solutions is to create a specific legal status for robots by applying an electronic personality, discussing whether a true cybernetic personality is possible, as the robots lack self-awareness. The work proposes to delve into the already known solutions and the mechanism of the insurance contract to foster these scientific developments.

PALABRAS CLAVE: Inteligencia artificial (IA). Robots. Coches autopilotados. Conciencia. Personalidad jurídica.

KEY WORDS: Artificial intelligence (AI). Robots. Self-driven cars. Consciousness. Legal personality.

SUMARIO: I. TECNOLOGÍA Y DERECHO: UN ENTENDIMIENTO NECESARIO.—II. DERECHO EUROPEO Y ROBOTS: EL INFORME *ROBOLAW.*—III. RESPONSABILIDAD POR LOS COCHES AUTÓNOMOS EN EL INFORME *ROBOLAW.*—IV. LA RESOLUCIÓN DEL PARLAMENTO EUROPEO, DE 16 DE FEBRERO DE 2017.—V. DICTAMEN DEL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL SOBRE LAS CONSECUENCIAS DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL PARA EL MERCADO ÚNICO DIGITAL.—VI. LA COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO Y AL CONSEJO «INTELIGENCIA ARTIFICIAL PARA EUROPA».—VII. LA PROPUESTA DE REGLAMENTO POR EL QUE SE ESTABLECE EL PROGRAMA EUROPA DIGITAL PARA 2021-2027.—VIII. EL RECONOCIMIENTO DE UNA PERSONALIDAD JURÍDICA ROBÓTICA.—IX. UNA HUMILDE PROPOSICIÓN: CIRCULEMOS ASEGURADOS.—X. BIBLIOGRAFÍA.

I. TECNOLOGÍA Y DERECHO: UN ENTENDIMIENTO NECESARIO

La adaptación entre la regulación jurídica y determinadas actividades que implican tecnologías avanzadas es un paso necesario si se quiere que progre-

sen y que las ventajas que dichas tecnologías aportan lleguen a la sociedad; dicha adaptación es igualmente precisa para evitar los perjuicios que las nuevas tecnologías pueden causar a los particulares, o eventualmente para reparar los daños que ya les hayan causado.

Esta necesidad de entendimiento se puede comprobar fácilmente en el campo de la automoción y la circulación de vehículos por carretera acudiendo a un momento histórico muy concreto, el del inicio de los carruajes de vapor en la Inglaterra de mediados del siglo XIX. Estos desarrollos técnicos tuvieron que luchar, en primer lugar, contra las tecnologías rivales: la diligencia y el ferrocarril. Nos cuenta el historiador del automóvil BURGESS WISE[1], cómo los precursores del automóvil chocaron con la oposición de los ferrocarriles y sobre todo de las líneas de diligencias, que lograron hacia 1840 que los vehículos movidos por vapor tuviesen que pagar un peaje de dos libras y ocho chelines, en tanto que los carruajes de caballos apenas pagaban tres chelines. Más adelante añade: «La legislación contraria a los carruajes de vapor, iniciada en 1840, culminó con el Acta de Vehículos Locomotores, de 1865[2], que limitó la velocidad de los carruajes de vapor a 6,5 km/h en camino abierto y a 3,2 km/h en el interior de las poblaciones, y obligaba a llevar delante, andando, a un hombre con una bandera roja» (BURGESS WISE, 1972, 13), al objeto de avisar del paso del vehículo autopropulsado.

Como podemos ver, la llamada «Ley de la bandera roja» (*Red flag Act*) nos demuestra que el miedo ante una nueva tecnología, entendida como una peligrosa innovación que amenaza tanto a las empresas ya establecidas como a la ciudadanía en general, no es ninguna novedad. Quizá sea una ley universal que la irrupción de nuevas tecnologías, especialmente de las denominadas «disruptivas», va acompañada del miedo de la sociedad en general, así como de las antiguas tecnologías y las empresas ya consolidadas, y el Derecho es a veces aliado de este miedo y no de las ventajas que puede traer la novedad.

Sin embargo se olvida que la tecnología disruptiva, cuando es realmente nueva y revolucionaria, viene a provocar un cambio total en el sector en el que se inserta (con repercusiones sociales), y que inevitablemente desplaza y elimina a las tecnologías rivales, precisamente porque dejan de serlo al devenir obsoletas. Paulatinamente, la nueva tecnología encuentra su sitio en la sociedad, se consolida y entonces el Derecho pasa a ser un aliado para la adecuada utilización de dicha novedad, como puede verse en las regulaciones del siglo XX sobre automóviles.

Remontándonos a los inicios de la automoción en España, y con algún antecedente de regulación municipal en Madrid, el precedente directo de un Código de la circulación moderno es el *Reglamento para el Servicio de Coches Automóviles por las Carreteras del Estado*, aprobado por Real Decreto firmado por la regente María Cristina el 17 de septiembre de 1900, y publicado en la Gaceta de Madrid el 20 de septiembre del mismo año. Luego vendría el

Reglamento para la Circulación de vehículos con motor mecánico por las vías públicas de España, de 23 de julio de 1918, y luego el más general y moderno *Código de la circulación*, publicado en la Gaceta el 26 de septiembre de 1934.

Pero ya en el primer Reglamento de 1900 podemos leer en su artículo 3 lo siguiente: *Para que un automóvil pueda circular por las carreteras, deberá reunir las condiciones siguientes: a) Todos sus órganos y aparatos estarán dispuestos de manera que no constituya su empleo una causa especial de peligro, y que no produzca gran ruido, á fin de evitar el espanto de las caballerías. b) Los depósitos, tubos y piezas que hayan de contener materias explosivas, inflamables ó corrosivas, estarán construidos de modo que no tengan escapes, con objeto de impedir sus efectos peligrosos, tanto para el tránsito como para las vías públicas… c) Los órganos destinados á la dirección del mecanismo estarán agrupados de manera que el conductor pueda manejarlos sin dejar de vigilar la vía… d) El carruaje se hallará dispuesto de tal suerte que obedezca con toda seguridad al aparato de dirección… e) Deberá estar provisto de dos sistemas de frenos suficientemente enérgicos…* En definitiva, la normal preocupación por la seguridad de la tecnología. La velocidad máxima estaba limitada a los 28 km/h., en recorridos urbanos, 12 km/h.

El Derecho por tanto acompaña al nacimiento y desarrollo de toda nueva tecnología, actuando en un doble sentido, permitiendo la utilización de la novedad, e intentando evitar los inconvenientes o peligros de la misma regulando medidas de seguridad. Veamos si también podemos encontrar reglas jurídicas que se ocupen de las nuevas tecnologías basadas en la inteligencia artificial, y en particular del coche autónomo.

II. DERECHO EUROPEO Y ROBOTS: EL INFORME *ROBOLAW*

La actividad regulatoria europea no ha desconocido las aplicaciones de la inteligencia artificial (IA) ni, en general, el fenómeno robot. Pero la preocupación regulatoria ha ido en un sentido transversal, por instituciones, así por ejemplo la Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a los mercados de instrumentos financieros, modifica anteriores Directivas (la 2002/92/CE y la 2011/61/UE), establece controles en la regulación y previene acerca de la utilización de algoritmos financieros, *bots*, que produzcan disfunciones en las operaciones de mercado de valores. En el ámbito sanitario, para los implantes biónicos, miembros o exoesqueletos robotizados se les señala de aplicación las antiguas Directivas 93/42/CEE del Consejo, del 14 de junio de 1993, sobre dispositivos médicos, y la 90/385/CEE del Consejo, del 20 de junio de 1990, sobre los productos sanitarios implantables activos. Sin embargo, modernamente, la Unión está tomando conciencia de la necesidad de una normativa específica sobre IA y robots.

Entre las iniciativas europeas más interesantes que se ocupan del fenómeno de la Inteligencia artificial y la robótica tenemos el *Robolaw Project*, que se inserta en el *7th Framework Programme for Research*, el Séptimo Programa Marco de Investigación y Desarrollo Tecnológico cuya duración, de siete años, se extendió desde 2007 hasta 2013. Este programa dispuso de un presupuesto total de más de 50.000 millones de euros, gastado en subvenciones para agentes de la investigación de toda Europa y de fuera de ella con el fin de cofinanciar proyectos de investigación, desarrollo tecnológico y demostración.

El proyecto *Robolaw* se desarrolla en el periodo 2012-2014 (terminó en mayo de 2014) y produce el documento de trabajo *D6.2 Guidelines on Regulating Robotics*, específicamente dedicado a los vehículos autónomos todo su Capítulo 2.º (*2. Self-Driving Cars*). Como señala PALMERINI[3], el Informe surge de la colaboración entre juristas e ingenieros, inicialmente focalizada en el análisis de casos de estudio individuales, como los problemas jurídicos planteados por la experimentación de un robot para la recolección de residuos urbanos, al que se le había permitido circular por las calles de Peccioli (un pequeño pueblo de la provincia de Pisa) «…y, sucesivamente, adoptó una postura abierta a la consideración de todas las potencialidades, aunque también de los riesgos, generados por el progreso de la investigación y por los avances de la industria robótica» (PALMERINI, 2017, 62).

El informe se ocupa en sus páginas iniciales de la cuestión de la regulación jurídica de la nueva tecnología robótica y de inteligencia artificial, señalando que la falta de un entorno legal *confiable* y seguro puede obstaculizar la innovación tecnológica: «La opinión de que la intervención es necesaria, incluso en una situación en la que no se pueden anticipar todas las implicaciones o se puede juzgar erróneamente, tiende a prevalecer… a fin de proteger efectivamente los intereses contra riesgos que aún se desconocen, y exige un marco regulatorio que apoye los avances científicos seguros y de valor probado… La ambición de la Unión Europea para promover la innovación en el mercado interno y fomentar la competitividad hace de la robótica un sector estratégico, al que las instituciones europeas están dedicando una atención considerable»[4]. Necesidad regulatoria que resulta del lento paso en la evolución de las soluciones jurídicas frente a la rapidez de los desarrollos tecnológicos, nos señala este informe.

Además, las recomendaciones de líneas regulatorias de la robótica se ven acompañadas en el informe de un análisis ético exhaustivo y sistemático de dichas tecnologías. El análisis ético de los desarrollos robóticos es necesario no solo para decidir si los desarrollos técnicos son compatibles con los estándares éticos y expectativas de la sociedad, sino para implementar una clara regulación jurídica de unos sistemas de inteligencia artificial que, aunque gozan de esta cualidad de la inteligencia, no tienen ni (en mi opinión) pueden tener el instrumento de análisis conductual que los humanos llamamos conciencia[5].

La regulación jurídica debe suplir la falta de controles éticos por parte de los actores robóticos.

Admite el informe que tecnología y Derecho deben aliarse para hacer posible el desarrollo de la robótica, ello con un doble objetivo: «por un lado, debe contribuir a identificar los principales objetivos y logros esperados por los avances en investigación robótica y aplicaciones industriales; por otro lado, debería servir para establecer un núcleo de derechos y libertades fundamentales que puedan ser lesionados por los desarrollos en el campo robótico y que, por el contrario, deban considerarse intangibles» (*Guidelines*, 2014, 14).

En particular, en cuanto a riesgos detectados, nos dice el Informe que para hacer frente a los daños causados por robots y el problema asociado de la responsabilidad, es necesario tener en cuenta la complejidad de los productos robóticos, cuya puesta en funcionamiento involucra a múltiples actores que contribuyen solo a una parte de la máquina, y no tienen control, ni siquiera comprensión, sobre el dispositivo completo y su funcionamiento lo que lleva a que para determinar la responsabilidad por los accidentes en sistemas complejos haya que distribuir el coste indemnizatorio entre los múltiples actores intervinientes.

La evaluación de la responsabilidad viene dificultada por la creciente autonomía que exhiben estas máquinas y su capacidad de aprendizaje: «La suposición de que todo lo que hace un robot es el resultado de la programación, y por lo tanto la máquina puede hacer solo lo que está intencionalmente programada para hacer es una pintoresca super-simplificación (BEKEY, LIN & ABNEY, 2011). Además, los sistemas complejos pueden mostrar «comportamientos emergentes» (ARKIN, 1998), es decir, modos de comportamiento que no fueron predichos por el diseñador pero que surgen como resultado de interacciones inesperadas entre los componentes del sistema o con el entorno operativo» (*Guidelines*, 2014, 22 a 24). Por tanto, se produce una imprevisibilidad del comportamiento de la máquina que hace que los criterios tradicionales de atribución de responsabilidad, basados en la negligencia o falta del cuidado adecuado, no sean aplicables, pues nadie tiene suficiente control sobre la acción de la máquina, ni puede evitar el daño.

El informe también incide en las posibles vías de solución de esta especial responsabilidad.

Una primera propuesta consistiría en limitar la responsabilidad a una suma (como se hace en el accidente aéreo), para no dificultar los avances en la industria robótica, excluyendo que recayese sobre los fabricantes una inasumible responsabilidad por riesgos.

Una segunda solución recurre a la creación de personalidad jurídica para los robots con el fin de responsabilizar al propio robot de los daños causados. Aunque podría defenderse la responsabilidad del propietario del robot, de la misma manera que la tiene el poseedor de un animal por las lesiones causadas por este, o la responsabilidad de los padres por daños producidos por sus hijos

menores, se propugna esta personalidad responsable del robot porque, en última instancia, el propietario tampoco podrá controlar perfectamente el comportamiento de la máquina, dados los comportamientos autogenerados por el robot. Esta idea comporta la necesidad añadida de crear un patrimonio del robot para el pago de las indemnizaciones.

Una tercera solución es agravar la responsabilidad del propietario convirtiéndola en una responsabilidad objetiva. Esta responsabilidad objetiva vendría acompañada por un límite de responsabilidad y por la contratación de un seguro obligatorio, como el actual para los automóviles.

Pese a la indicada falta de conciencia de los sistemas de IA, y por tanto la imposibilidad de creación de una genuina ética para robots, los teóricos propugnan el desarrollo de una ética robótica como sistema de seguridad accesorio. Si concebimos la ética como un estudio de la moral, y a esta como un conjunto de reglas de comportamiento dictadas por la conciencia humana individual, sus valores y su idea del bien y del mal, la inhumanidad de los sistemas de IA no permitiría el empleo de estos términos. Hablamos de ética robótica del mismo modo que hablamos de música militar: el adjetivo cambia enteramente el concepto de la palabra. Sin embargo, el Informe insiste en que una ética de la máquina puede instalar la capacidad de razonamiento moral en los sistemas autónomos, para que puedan enfrentar situaciones inesperadas: «Este resultado debe lograrse equipando a los robots con un código de conducta que les permita tomar una decisión moral, y esto puede hacerse de acuerdo con dos métodos técnicos principales, de arriba a abajo y de abajo a arriba (WALLACH y ALLEN, 2009)» (*Guidelines…* 2014, 24).

Otros autores citados en el Informe, como Patrick LIN, plantean que una máquina guiada por un algoritmo para reducir los daños a personas u objetos puede no ser capaz de identificar y dar cuenta de estos problemas. LIN argumenta que una ética de los números no es suficiente y en algunos casos no es deseable (es la «paradoja del tranvía»[6]. Un conductor de tranvía se encuentra en una situación en la que tienen que decidir si desviar el convoy y matar a un niño o mantener la dirección y matar a tres adultos en la vía). Según LIN, un programa de computadora no tiene la capacidad de tomar decisiones que ponen en peligro la vida y requieren un juicio moral, pues los juicios morales requieren habilidades morales que trascienden el cálculo racional entre los efectos positivos y negativos y, por lo tanto, son una capacidad humana (*Guidelines…* 2014, 42). Contrariamente a LIN, Noah GOODALL adopta un enfoque de la ética de la máquina que explora las posibilidades de crear lo que llama «agentes morales artificiales», que no emulan las facultades cognitivas humanas pero que funcionan satisfactoriamente en situaciones moralmente significativas. GOODALL otorga a las computadoras y los sistemas automatizados la capacidad de detectar con precisión las condiciones concurrentes y de computar el resultado más deseable y moralmente correcto. GOODALL sugiere un enfoque de inteligencia artificial,

donde los sistemas automatizados aprendan del comportamiento humano a través de un sistema de red neuronal.

Destacan la importancia del Informe *RoboLaw* autores como HOLDER, KHURANA, HARRISON y JACOBS[7], que examinando en particular las elaboraciones sobre vehículos autónomos, comentan que los sistemas legales actuales son lo suficientemente amplios como para resolver el problema de los daños causados por coches sin conductor, pues esta no es radicalmente diferente a otras tecnologías. El problema de la seguridad en la circulación vendrá por el desfase entre las expectativas de los usuarios acerca de la nueva tecnología y sus posibilidades reales, pues aquellas suelen ir mucho más allá, pero este desfase siempre se produce cuando se introduce una tecnología disruptiva. Sin embargo, no desdeñan estos autores la otra posibilidad que se explora, que es la de asignar una cierta forma de personalidad jurídica a los vehículos autónomos, reconociendo la posibilidad de que causen daño por sí mismos, lo que eliminaría problemas acerca de la prueba de los factores concurrentes en la causación del accidente y la posible culpa de propietarios, fabricantes o programadores.

III. RESPONSABILIDAD POR LOS COCHES AUTÓNOMOS EN EL INFORME *ROBOLAW*

El análisis legal sobre coches autónomos del Informe (*Guidelines*… 52 y sigs.) se concentra en un tema principal: la responsabilidad de los fabricantes por los automóviles defectuosos (en el sentido de inseguros) y si esta responsabilidad puede ralentizar la innovación (y cómo evitar esto). Otras cuestiones contempladas son: definir los requisitos técnicos que debe cumplir el automóvil automatizado, revisión de las reglas sobre las licencias de conducción, o las normas técnicas sobre carreteras y las reglas de tráfico.

En lo que se refiere a responsabilidad, las normas sobre la misma responden a la pregunta de si los costos de los accidentes deben ser soportados por la víctima o si esos costos pueden transferirse a otra persona, declarada responsable de la causación del daño. Por un lado, las normas de responsabilidad intentan minimizar la frecuencia y el costo de los accidentes, y esto lo hacen proporcionando un incentivo para que la persona «responsable» tome las medidas adecuadas para evitar que se produzcan daños, incentivo negativo que consiste en hacer responsable a quien, pudiendo tomar las medidas adecuadas para prevenir el daño, no lo hace. Por otro lado, la responsabilidad protege a la víctima al proporcionarle una indemnización que remedie o compense el daño sufrido.

En las normas actuales, los sistemas ponen la responsabilidad en el conductor o en el propietario del vehículo, y la indemnización en la compañía aseguradora del vehículo causante de los daños. Y estas soluciones son difíciles de trasladar al vehículo autónomo, pues la conducción es llevada a cabo por un sistema in-

teligente que decide por sí mismo, no por un conductor humano, que pasa a ser un pasajero más. Por tanto, no puede hacerse responsable al ocupante humano del vehículo (que incluso puede faltar), pues no tiene el control del mismo, y en cuanto a la responsabilidad del propietario, tampoco se puede derivar de su negligencia al dejar la conducción en manos del conductor inexperto que causó el accidente, pues el conductor es el propio vehículo, y por tanto el problema se deriva hacia la responsabilidad del fabricante por colocar en el mercado productos defectuosos. Solución que es exactamente la que se quería evitar.

Otra solución también basada en la responsabilidad objetiva es la de responsabilizar al titular de la licencia del vehículo, incluso si no es el conductor del automóvil en el momento del accidente. Es un tipo de responsabilidad objetiva, por riesgo, por el simple hecho de contribuir con un elemento —el vehículo— creador de un mayor riesgo; naturalmente el sistema solo puede funcionar imponiendo la obligatoriedad del seguro de daños. Las ventajas de este tipo de responsabilidad y seguro obligatorio son las siguientes: «1. Evita la discusión sobre quién conduce, ¿el hombre o la máquina? …2. El seguro de responsabilidad es obligatorio, lo que lleva a que prácticamente todos los automóviles estén asegurados… 3. Este tipo de responsabilidad ya existe en Alemania y en otros Estados y por tanto no requiere la introducción de algo radicalmente nuevo» (*Guidelines…* 65).

Pero en cualquier caso, si se solventa el problema de la responsabilidad, ¿cómo se aceptará socialmente que una máquina a la que difícilmente se puede controlar cause accidentes? En principio, se aceptará si causa menos accidentes que un ser humano: «Si los autos automatizados son estadísticamente más seguros que los conducidos por humanos, la sociedad tiene buenas razones para permitir que los autos automáticos vayan por la carretera. Sin embargo, por temor a la responsabilidad o la mala prensa, los fabricantes no quieren correr el riesgo de introducir automóviles automáticos hasta que cumplan con un estándar más alto, como que no causen accidentes que un buen (o el mejor) conductor humano podría haber prevenido. Por lo tanto, hay un retraso en la introducción de automóviles automatizados que se debe exclusivamente a las leyes de responsabilidad y al temor a una publicidad negativa. Llamamos a esto el «efecto escalofriante» de la ley de responsabilidad (CALABRESI y BOBBIT, 1978)» (*Guidelines…* 60).

Para evitar este efecto «escalofriante» o «helador» (*chilling effect*), se baraja la posibilidad de adoptar los modelos de responsabilidad objetiva y abono de las indemnizaciones directamente por las compañías aseguradoras de los vehículos implicados mediante la imposición de seguros obligatorios. Esto es lo que en el Informe se llama modelo sueco, pero en realidad es también el español. Para evitar que la universal indemnización de los daños hiciese a los fabricantes más negligentes en la seguridad de sus automóviles, se propone lo siguiente: «(3) Con el fin de reducir los efectos escalofriantes de la responsabilidad del

producto sobre la innovación en el campo de los automóviles automáticos, se recomienda separar la función de la responsabilidad de compensación del daño de su función de prevención de accidentes. Las aseguradoras compensan a las víctimas (función de compensación) y luego deciden si reclaman la responsabilidad del producto al fabricante… (función de prevención de accidentes)» (*Guidelines*… 67).

Destacan los indicados HOLDER, KHURANA, HARRISON y JACOBS que van a ser necesarios nuevos seguros y nuevos productos de previsión del riesgo para cubrir las responsabilidades aumentadas de los fabricantes, propietarios, desarrolladores de software, operadores de red, ocupantes y demás actores de la construcción y desarrollo de los vehículos sin conductor. Y repiten la idea del modelo sueco, en el cual las compañías aseguradoras pagan la indemnización y después reclaman contra quienes consideran que han contribuido, por su negligencia, a la causación del daño (HOLDER, KHURANA, HARRISON, JACOBS, 2016, 387).

Como contrapartida, señalan los indicados autores que es poco probable que los meros ocupantes del vehículo tengan responsabilidad civil por los daños causados, y también es poco probable que tengan responsabilidad penal, excepto en circunstancias extremas. «Las infracciones penales existentes relacionadas con la conducción (por ejemplo, exceso de velocidad, conducción imprudente) probablemente ya no serán relevantes; sin embargo, la posibilidad de responsabilidad penal para los fabricantes y operadores que no cumplan con sus responsabilidades adquiere más importancia. Los delitos corporativos se aplicarían para disuadir el incumplimiento deliberado de las reglas de seguridad: imagine un escenario en el que las empresas inserten software para evitar ciertos estándares de seguridad. Algo que ciertamente no es tan descabellado en estos días».

IV. LA RESOLUCIÓN DEL PARLAMENTO EUROPEO, DE 16 DE FEBRERO DE 2017

Con base en el *Informe con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica* (2015/2103(INL), elaborado por la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo, y siendo ponente del mismo Mady Delvaux, de fecha 27 de enero de 2017, se emite la posterior *resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica*[8]. La resolución se completa con una *Carta sobre robótica* anexa, elaborada con la asistencia de la Unidad de Prospectiva Científica (STOA) del *European Parliament Research Service,* en la que se propone un código de conducta ética para los ingenieros en robótica, un código deontológico para los comités de ética de la investigación, una licencia para los diseñadores y una licencia para

los usuarios. Por lo demás, STOA ha emitido interesantísimos informes en la materia, entre los más recientes el «Análisis en profundidad» titulado ¿Debemos temer a la inteligencia artificial? (*Should we fear artificial intelligence?*), de marzo de 2018[9].

Esta resolución va destinada a, en general, los juristas europeos, señaladamente a los civilistas, difundiendo una serie de principios y recomendaciones en tema de inteligencia artificial y robótica. Contiene en particular unos *Principios generales relativos al desarrollo de la robótica y la inteligencia artificial para uso civil*, y entre estos encontramos que los de los números 24 y siguientes van específicamente referidos a los *Medios de transporte autónomos,* comenzando por los vehículos autónomos[10]:

a) Vehículos autónomos. 24. Subraya que el transporte autónomo abarca todas las formas del transporte por carretera, ferroviario, por vías navegables y aéreo pilotadas a distancia, automatizadas, conectadas y autónomas, incluidos los vehículos… 25. Considera que el sector del automóvil es el que precisa más urgentemente de normas de la Unión y mundiales que garanticen el desarrollo transfronterizo de los vehículos autónomos y automatizados con el fin de explotar plenamente su potencial económico y beneficiarse de los efectos positivos de las tendencias tecnológicas; subraya que la fragmentación de los enfoques normativos podría obstaculizar la implantación de los sistemas de transporte autónomos y poner en peligro la competitividad europea;

La resolución desciende al detalle ocupándose de problemas concretos: *26. Pone de relieve que, en el caso de una toma de control imprevista del vehículo, el tiempo de reacción del conductor tiene una importancia capital, y pide, por tanto, a las partes interesadas que prevean valores realistas que determinen los aspectos de seguridad y responsabilidad;*

27. Considera que la transición a los vehículos autónomos repercutirá en los siguientes aspectos: la responsabilidad civil (responsabilidad y seguros), la seguridad vial, todas las cuestiones relativas al medio ambiente (por ejemplo, eficiencia energética, uso de tecnologías renovables y fuentes de energía), las cuestiones relativas a los datos (por ejemplo, acceso a los datos, protección de los datos personales y la intimidad, intercambio de datos), las cuestiones relativas a la infraestructura TIC (por ejemplo, alta densidad de comunicaciones eficientes y fiables) y el empleo…

Señala la necesidad de inversión en infraestructuras viarias y de datos: *28. Subraya la importancia decisiva que para la implantación de vehículos autónomos tiene la fiabilidad de la información de posición y tiempo proporcionada por los programas europeos de navegación por satélite Galileo y EGNOS; insta, en este contexto, a que se pongan a punto y se lancen lo antes posible los satélites necesarios para completar el sistema europeo de posicionamiento Galileo.*

Hay que advertir aquí que las infraestructuras a mejorar son las de comunicación, de ahí las referencias a completar los programas de navegación y posicionamiento satelital. En realidad, la conducción autónoma requiere que cada vehículo esté continuamente en línea, comunicado con el entorno y con todos los vehículos posicionados en su misma cuadrícula espacial, al objeto de conocer con antelación las distintas posibilidades del tráfico y tomar decisiones con mayor precisión[11]. Lo que exige la implantación de una red 5G para los dispositivos móviles de los que irán provistos los vehículos. Esto, sin perjuicio de que las infraestructuras viarias hayan de estar perfectamente mantenidas, pero en general se está decidiendo la adaptación de la inteligencia del vehículo a la red viaria, sin modificarla.

Apunta el notario MALDONADO[12], al hilo de esta resolución de 2017, en el ámbito de los automóviles autónomos, que es aquí donde más se deja sentir la necesidad de una normativa común europea, y que si bien las actuales normas de Derecho internacional privado en materia de accidentes de tráfico aplicables en la Unión no necesitan modificarse urgentemente para adaptarlas al desarrollo de los vehículos autónomos, según el informe del Parlamento Europeo «la simplificación del sistema dual con el que se determina actualmente la legislación aplicable (basado en el Reglamento (CE) núm. 864/2007 del Parlamento y el Convenio de La Haya de 1971 sobre la ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera) mejoraría la seguridad jurídica y limitaría las posibilidades de búsqueda del foro más favorable».

Más adelante, añade la resolución en cuanto a responsabilidad civil por daños y perjuicios causados por robots que *(49) …es una cuestión fundamental que también debe analizarse y abordarse a escala de la Unión, con el fin de garantizar el mismo grado de eficiencia, transparencia y coherencia en la garantía de la seguridad jurídica en toda la Unión Europea en beneficio de los ciudadanos, los consumidores y las empresas*. Tras la petición a la Comisión, en base del artículo 114 del TFUE, de desarrollos legislativos sobre los aspectos jurídicos relacionados con la robótica y la inteligencia artificial previsibles en los próximos diez o quince años, junto con instrumentos no legislativos como códigos éticos y de conducta, especifica en relación a la responsabilidad civil lo siguiente:

52. Considera que, independientemente del instrumento jurídico futuro que se escoja en materia de responsabilidad civil por los daños y perjuicios causados por robots en casos distintos a los perjuicios patrimoniales, dicho instrumento legislativo no debería en modo alguno limitar el tipo o el alcance de los daños y perjuicios que puedan ser objeto de compensación, ni tampoco limitar la naturaleza de dicha compensación, por el único motivo de que los daños y perjuicios hayan sido causados por un agente no perteneciente a la especie humana. Vemos así que una de las posibilidades apuntadas en el Informe *Robolaw,* la de la limitación de la indemnización de daños, no se acepta.

53. Considera que el futuro instrumento legislativo debe basarse en una evaluación en profundidad realizada por la Comisión que determine si debe aplicarse el enfoque de la responsabilidad objetiva o el de gestión de riesgos. Seguidamente, se diferencia y caracteriza uno y otro enfoque.

54. Señala al mismo tiempo que la responsabilidad objetiva únicamente exige probar que se ha producido un daño o perjuicio y el establecimiento de un nexo causal entre el funcionamiento perjudicial del robot y los daños o perjuicios causados a la persona que los haya sufrido;

55. Observa que el enfoque de gestión de riesgos no se centra en la persona «que actuó de manera negligente» como personalmente responsable, sino en la persona que es capaz, en determinadas circunstancias, de minimizar los riesgos y gestionar el impacto negativo.

Comenta esta opción DÍAZ ALABART[13] señalando que si la opción escogida es la de responsabilidad objetiva, el método para determinarla sería el mismo que para los productos defectuosos: probar el daño, el funcionamiento incorrecto del robot, y el nexo causal. En cambio el enfoque de la gestión de riesgos, centrado en la posibilidad de evitar el riesgo o reducir el impacto negativo del mismo, depende de los avances técnicos y la viabilidad económica de esta minimización. Con todo, propone la utilización conjunta de ambos sistemas de gestión del riesgo.

Como vemos, las opciones apuntadas anteriormente se cumplen en esta Resolución: las soluciones pasan por una indemnización del daño que se atenga a criterios objetivos, ya los de responsabilidad objetiva, ya los de creación del riesgo (aquí entiendo que matizados por la idea de ventaja o ganancia, *ubi commodum, ibi onus*).

Especialmente interesante es lo que se dice en el núm. *56: Considera que, en principio, una vez que las partes en las que incumba la responsabilidad última hayan sido identificadas, dicha responsabilidad debería ser proporcional al nivel real de las instrucciones impartidas a los robots y a su grado de autonomía, de forma que cuanto mayor sea la capacidad de aprendizaje o la autonomía y cuanto más larga haya sido la «formación» del robot, mayor debiera ser la responsabilidad de su formador; observa en particular que, al determinar a quién incumbe realmente la responsabilidad de los daños o perjuicios causados por un robot, las competencias adquiridas a través de la «formación» de un robot no deberían confundirse con las competencias estrictamente dependientes de su capacidad de aprender de modo autónomo; señala que, al menos en la etapa actual, la responsabilidad debe recaer en un humano, y no en un robot*. Esto anuncia una nueva profesión y una auténtica novedad en el Derecho de daños, la de la responsabilidad del «formador», o mejor, «adiestrador» de vehículos-robot. Ya sabemos que la conducta del robot no está enteramente programada, pues gran parte de sus respuestas provendrán de su propio aprendizaje: el robot aprenderá por sí mismo. Pero claro,

la selección de las respuestas adecuadas y el rechazo de los comportamientos ineficientes o peligrosos, esto es algo que habrá que realizar en cada caso. La buena noticia es que lo enseñado a un vehículo-robot podrá trasladarse a los demás, pues las enseñanzas, en forma de algoritmos, podrán compartirse por los demás vehículos-robot.

El párrafo siguiente va a referirse al inevitable (y necesario) contrato de seguro: *57. Señala que una posible solución a la complejidad de la asignación de responsabilidad por los daños y perjuicios causados por robots cada vez más autónomos, podría ser el establecimiento de un régimen de seguro obligatorio, como ya se aplica, por ejemplo, en el caso de los automóviles; observa no obstante que, a diferencia del régimen de seguros en la circulación por carretera, en el que el seguro cubre tanto las actuaciones humanas como los fallos mecánicos, un sistema de seguros para robots debería tener en cuenta todas las responsabilidades potenciales en la cadena*. Una vez abierta la vía del seguro, se completa el sistema con los números siguientes:

58. Considera que, tal como sucede con el seguro de vehículos de motor, dicho sistema podría completarse con un fondo que garantizara la reparación de daños en los casos de ausencia de una cobertura de seguro; pide al sector de los seguros que desarrolle nuevos productos y tipos de ofertas adaptados a los progresos de la robótica. Estas dos soluciones aparecen ya apuntadas en el Informe *Robolaw*, el seguro obligatorio (ninguna novedad, ya existe en la actualidad) y el fondo de compensación que asegure la indemnización de los daños causados por vehículos sin cobertura.

59. Pide a la Comisión que, cuando realice una evaluación de impacto de su futuro instrumento legislativo, explore, analice y considere las implicaciones de todas las posibles soluciones jurídicas, tales como:

a) establecer un régimen de seguro obligatorio en los casos en que sea pertinente y necesario para categorías específicas de robots, similar al existente para los automóviles, en el que los fabricantes o los propietarios de robots estarían obligados a suscribir un contrato de seguro por los posibles daños y perjuicios causados por sus robots.

b) establecer un fondo de compensación que no solo garantice la reparación de los daños o perjuicios causados por un robot ante la ausencia de un seguro;

c) permitir que el fabricante, el programador, el propietario o el usuario puedan beneficiarse de un régimen de responsabilidad limitada si contribuyen a un fondo de compensación o bien si suscriben conjuntamente un seguro que garantice la compensación de daños o perjuicios causados por un robot;

d) decidir si conviene crear un fondo general para todos los robots autónomos inteligentes o crear un fondo individual para cada categoría de robot,

así como la elección entre un canon único al introducir el robot en el mercado o pagos periódicos durante la vida del robot;

e) crear un número de matrícula individual que figure en un registro específico de la Unión que asegure la asociación entre el robot y el fondo del que depende y que permita que cualquier persona que interactúe con el robot esté al corriente de la naturaleza del fondo, los límites de su responsabilidad en caso de daños materiales, los nombres y las funciones de los participantes y otros datos pertinentes.

El núm. 59 viene a diseñar el sistema de cobertura de los riesgos de manera similar al actual sistema de responsabilidad por la circulación de vehículos a motor: es el sistema español de cobertura del riesgo mediante seguro obligatorio, más, eventualmente, un Fondo de compensación (Consorcio), régimen que permitiría, si contribuyen al seguro tanto fabricantes como programadores, que ambos disminuyesen su responsabilidad: por tanto, seguro del vehículo y seguro de responsabilidad de fabricantes y otros intervinientes en la puesta en circulación del vehículo. Finalmente, se añade una identificación segura de cada vehículo-robot, mediante matrícula, como cualquier coche, aparte de su identificación electrónica permanente y visible en red.

La cuestión de la seguridad es más necesaria para los vehículos autónomos, nos señala PALMERINI, porque los vehículos autónomos, desde el punto de vista jurídico, se ubican en un área gris. En EEUU la circulación de automóviles sin conductor es actualmente posible, pues una intensa actividad de *lobbying* «…ha llevado a la emanación de disposiciones *ad hoc* que autorizan la circulación en vía experimental por las calles de diversos Estados (los primeros en legislar sobre la materia han sido Nevada, Florida, California y Michigan). Estos se han ocupado de reglamentar el permiso especial que legitima la circulación de estos vehículos; de imponer algunos requisitos de seguridad, como la presencia a bordo de una persona que pueda asumir el control del vehículo en caso de necesidad; de los perfiles de la responsabilidad en caso de incidente y los aspectos asegurativos» (PALMERINI, 2017, 69).

Pero en Europa, por el contrario, la Convención de Viena sobre el tráfico urbano de 1968 excluye la circulación de vehículos autónomos por las vías públicas al exigir que cada vehículo esté permanentemente bajo el control del conductor. Sin embargo, señala la autora, cabría admitir la circulación dentro de ciertos límites, siempre que «…se encuentre asegurada la presencia a bordo de una persona que monitoree constantemente la situación del tráfico y esté en capacidad de asumir el control del vehículo, excluyendo el dispositivo automático». En España tenemos la peculiaridad de que, siendo país firmante de la Convención, esta no ha sido ratificada.

Volviendo a la Resolución, lo que sí es una auténtica novedad es lo que nos propone en el punto 59.f: *f) crear a largo plazo una personalidad jurídica específica para los robots, de forma que como mínimo los robots autónomos más complejos*

puedan ser considerados personas electrónicas responsables de reparar los daños que puedan causar, y posiblemente aplicar la personalidad electrónica a aquellos supuestos en los que los robots tomen decisiones autónomas inteligentes o interactúen con terceros de forma independiente. Cuestión que veremos más adelante, pero que está relacionada con la anterior necesidad de crear un sistema fuerte de responsabilidad. Pero antes tenemos que detenernos en otros desarrollos europeos.

V. DICTAMEN DEL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL SOBRE LAS CONSECUENCIAS DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL PARA EL MERCADO ÚNICO DIGITAL

El siguiente evento de relevancia, poco después de la anterior Resolución, lo constituye el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Inteligencia artificial: las consecuencias de la inteligencia artificial para el mercado único (digital), la producción, el consumo, el empleo y la sociedad», Dictamen de iniciativa adoptado en el Pleno del CESE de 31 de mayo y 1 de junio de 2017, (2017/C 288/01), Ponente CATELIJNE MULLER[14].

De forma paralela al Parlamento europeo, el Consejo Económico y Social Europeo ha continuado una labor de estudio del fenómeno IA, elaborando en 2017 este Dictamen en el que incide en consideraciones teóricas y doctrinales acerca de la IA de un enorme interés. Comienza advirtiendo en el capítulo 2 que no existe una definición establecida y unánime de IA: *La IA es un concepto que engloba muchas otras (sub)áreas como la informática cognitiva* (cognitive computing: *algoritmos capaces de razonamiento y comprensión de nivel superior —humano—), el aprendizaje automático* (machine learning: *algoritmos capaces de enseñarse a sí mismos tareas), la inteligencia aumentada* (augmented intelligence: *colaboración entre humanos y máquinas) o la robótica con IA (IA integrada en robots). Sin embargo, el objetivo fundamental de la investigación y el desarrollo en materia de IA es la automatización de comportamientos inteligentes como razonar, recabar información, planificar, aprender, comunicar, manipular, observar e incluso crear, soñar y percibir.*

A continuación el Dictamen, o casi el estudio, acoge la distinción doctrinal de John Searle entre IA débil e IA fuerte (*narrow AI - general AI*): *La IA débil es capaz de realizar tareas específicas. La IA fuerte es capaz de realizar las mismas tareas intelectuales que un ser humano*. Se expone cómo los progresos que se han conseguido lo han sido en IA débil, gracias a los avances en capacidad de procesamiento, la disponibilidad de grandes cantidades de datos (*big data*) y sobre todo el desarrollo del aprendizaje automático (*machine learning o ML*): *El aprendizaje automático incluye algoritmos capaces de enseñarse a sí mismos tareas específicas sin estar programados para ello. El método se basa en el procesamiento de «datos de entrenamiento» que sirven de base al algo-*

*ritmo para aprender a reconocer patrones y formular normas. El aprendizaje profundo (*deep learning *o DL), una forma de ML, utiliza estructuras de redes neuronales* (neural networks) *basadas a grandes rasgos en el cerebro humano que aprenden mediante el ensayo y la respuesta. El resultado de estos avances es que los sistemas de IA (por medio de algoritmos) ya pueden aprender por sí mismos, y ser autónomos y adaptativos.*

Al llegar a este nivel de desarrollo de la IA mediante el «aprendizaje-máquina» se plantean los teóricos si con la autoadquisición de conocimiento y razonamiento predictivo ya se ha comenzado a extender una IA fuerte. La preocupación por el control de estas aplicaciones se manifiesta, por ejemplo, en el parágrafo 3.11: *Actualmente ya hay muchos sistemas de IA que resultan poco comprensibles para los usuarios. Lo mismo se aplica, cada vez en mayor medida, a los desarrolladores de esos sistemas. Las redes neuronales* (neural networks), *sobre todo, son a menudo cajas negras donde ocurren procesos (de decisión) que ya no se pueden descifrar y para los que no existen mecanismos explicativos*. Por ello se propugna la creación de sistemas de IA transparentes, comprensibles y controlables cuyo funcionamiento sea monitorizable también a posteriori, y discriminando con precisión qué procesos de toma de decisiones pueden confiarse a los sistemas de IA y cuáles no, y cuándo es aconsejable o imprescindible la intervención humana.

Hay que resaltar que entre las aplicaciones de esta IA avanzada, cita el Dictamen a los asistentes virtuales, los programas de traducción, las negociaciones financieras automatizadas, y por lo que nos interesa en este momento, los automóviles sin conductor y la investigación electrónico-jurídica.

El CESE formula en este Dictamen diversas recomendaciones, como la dirigida al enfoque de la IA basado en el control humano (*human-in-command*), con un marco de condiciones *que regule el desarrollo responsable, seguro y útil de la IA de manera que las máquinas continúen siendo máquinas y los humanos conserven en todo momento el dominio sobre ellas*, afirmación que expresa una posición muy clara en cuanto a la naturaleza «real», en su sentido iusprivatista, de los mecanismos dotados de IA, que siguen siendo «cosas». Más adelante, en la recomendación del parágrafo 1.12, insiste en la revisión de la legislación y la reglamentación europeas en las seis áreas de interés definidas por la Unidad de Prospectiva Científica (STOA) afectadas por el fenómeno IA. Pero advierte textualmente: *El CESE está en contra de la introducción de cualquier tipo de personalidad jurídica para los robots o la IA, puesto que socavaría los efectos correctores preventivos de la legislación en materia de responsabilidad, generaría un riesgo moral tanto en el desarrollo como en la utilización de la IA y daría lugar a un posible uso indebido.*

La preocupación por el control es permanente, así en el ámbito de la Privacidad, pues muchos productos de consumo ya llevan IA incorporada: aparatos domésticos, juguetes, coches o dispositivos de control de la salud, y todos ellos,

mediante aplicaciones que para su control los propios usuarios han instalado en sus teléfonos móviles, transmiten datos (a menudo personales) a las plataformas de los fabricantes en la nube. Se destacan las repercusiones en el trabajo, el empleo, las condiciones laborales y la educación, y se previene contra las actuales situaciones de monopolio: *3.28. La mayoría de los avances en IA y sus correspondientes elementos (plataformas de desarrollo, datos, conocimiento y experiencia) están en manos de cinco grandes empresas tecnológicas (Amazon, Apple, Facebook, Google y Microsoft)*. Aunque estas empresas son partidarias del desarrollo libre de la IA, y algunas ofrecen sus plataformas en código abierto, eso no garantiza una plena accesibilidad a los sistemas de IA, ni el reparto equitativo del llamado «dividendo digital» (concepto expuesto en el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «Los efectos de la digitalización sobre el sector de los servicios y el empleo en el marco de las transformaciones industriales», Dictamen exploratorio[15]).

Se destaca igualmente las repercusiones de la IA en el ámbito de la legislación: *La Unidad de Prospectiva Científica (STOA) del Parlamento Europeo presentó en junio de 2016 una relación de la legislación y reglamentación europea que se verá afectada por los avances en materia de robótica, sistemas ciberfísicos e IA. Se citan seis áreas de interés —transporte, sistemas de doble uso, libertades civiles, seguridad, salud y energía— donde puede ser necesario revisar o adaptar nada menos que 39 directivas, reglamentos, declaraciones y comunicaciones de la UE, y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea…*

Es fundamental el texto del parágrafo 3.33: *Existe mucha controversia sobre la cuestión de quién es el responsable de los daños que pueda causar un sistema de IA, sobre todo cuando se trata de sistemas autodidactas que continúan aprendiendo después de su entrada en servicio. El Parlamento Europeo ha formulado algunas recomendaciones relativas a la legislación civil en materia de robótica, incluida la propuesta de examinar la posibilidad de dotar a los robots de una «personalidad jurídica» (e-personality) para poder atribuirles la responsabilidad civil por los daños que causen*. Pues bien, en coherencia con lo antes expresado en el parágrafo 1.12, se niega la pretensión de personalidad jurídica para los robots, incluso especial o matizada, pese a lo dispuesto en la resolución 2017: *El CESE se opone a cualquier tipo de estatuto jurídico para los robots o sistemas de IA por el riesgo moral inaceptable que ello conlleva. La legislación en materia de responsabilidad tiene un efecto correctivo y preventivo que podría desaparecer en cuanto el riesgo de responsabilidad civil dejase de recaer sobre el autor por haberse transferido al robot (o sistema de IA). Además, una forma jurídica así sería susceptible de uso y aplicación indebidos*. Es decir, estaríamos ante una exención de la responsabilidad humana y un traslado de la misma al robot, operaciones ambas completamente inadmisibles. Se niega además la analogía con la responsabilidad limitada de las personas jurídicas por lo dicho a continuación: *La comparación con la responsabilidad limitada de las sociedades no es válida,*

puesto que el responsable en última instancia es siempre una persona física. A este respecto, hay que investigar en qué medida responden satisfactoriamente a este problema la legislación, la reglamentación y la jurisprudencia de la UE y de cada Estado miembro en materia de responsabilidad (sobre el producto y el riesgo) y atribución de culpa, y, en su defecto, qué soluciones legales se ofrecen.

El Dictamen hace a continuación una serie de advertencias acerca de la utilización de sistemas inteligentes para la difusión de bulos y falsas noticias, especialmente en procesos electorales, su posible utilización para la guerra o el terrorismo, nos alerta de los peligros de la «Superinteligencia»[16] (insistiendo en el control humano, *de manera que las máquinas continúen siendo máquinas, y los humanos conserven en todo momento el dominio sobre ellas*) y hace votos por la unión de esfuerzos para lograr una IA al servicio de la humanidad.

Como vemos, este Dictamen viene a ser la Casandra de los textos europeos, tras el optimismo y el pensamiento prospectivo bienintencionado de la resolución de 2017.

Posteriormente se elabora el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «Inteligencia artificial: anticipar su impacto en el trabajo para garantizar una transición justa» (dictamen de iniciativa)[17], más dirigido a evitar los inconvenientes que se vaticinan por la introducción de la IA en el mundo laboral, y sus efectos sobre el empleo y la calidad de este: *4.1. El CESE respalda la aplicación del principio de un programa de IA y de robotización inclusivas. Esto significa que, al introducir en las empresas nuevos procesos en los que se utilicen las nuevas tecnologías, sería útil hacer participar a los trabajadores en las modalidades de funcionamientos de esos procesos… 6.5. A priori, no es éticamente aceptable que un ser humano se vea limitado por la IA, o que sea considerado un ejecutor de la máquina, que le dictaría las tareas que debe realizar, el modo de hacerlo y los plazos de ejecución… 6.6. Evitar reproducir hoy nuevas formas de taylorismo digital orquestado por los desarrolladores de máquinas inteligentes, debe ser una prioridad para la UE.*

Sin embargo, en lo que atañe a nuestro problema, no encontramos apenas referencias a la responsabilidad robótica, o si las hay están centradas en el daño producido en la industria, por lo que este último documento no resulta de especial ayuda. Existen otros Dictámenes también referidos a aspectos colaterales de lo digital y la digitalización, pero su importancia palidece al lado del Dictamen reseñado, y de los textos de los que se trata a continuación.

VI. LA COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO Y AL CONSEJO «INTELIGENCIA ARTIFICIAL PARA EUROPA»

La *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las*

Regiones «Inteligencia artificial para Europa», de abril de 2018[18], viene a continuar los desarrollos europeos en la materia. Tras una introducción llena de lugares comunes en la que se da por sentado que la Inteligencia Artificial es cotidiana[19], pasa a exponer la verdadera situación y finalidad de la Comunicación que es inaugurar una iniciativa europea sobre IA cuyos fines serían los de:

— *Potenciar la capacidad tecnológica e industrial de la UE e impulsar la adopción de la IA en todos los ámbitos de la economía*.
— *Prepararse para las transformaciones socioeconómicas que origina la IA, fomentando la modernización de los sistemas de educación y formación… previendo los cambios en el mercado laboral y prestando apoyo a las transiciones que se operen en él y a la adaptación de los sistemas de protección social*.
— *Garantizar el establecimiento de un marco ético y jurídico apropiado, basado en los valores de la Unión y en consonancia con la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE*. En relación a esta finalidad, se anuncia una próxima directriz *sobre la interpretación de las actuales normas en materia de responsabilidad por productos defectuosos*.

Esta iniciativa europea viene reforzada por la firma de 25 países europeos[20], el 10 de abril de 2018, de una Declaración de cooperación en materia de IA, en la que acordaron trabajar juntos en las cuestiones más importantes que plantea la Inteligencia Artificial, sociales, económicas, éticas y legales para garantizar la competitividad de Europa en la investigación y desarrollo de la IA.

Apunta LAMBEA RUEDA[21] que esta Comunicación es el resultado de los trabajos del Grupo Europeo sobre Ética, Ciencia y nuevas Tecnologías, «…dentro de los valores del artículo 2 del TUE y de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, tomando como referente la seguridad del RGPD, el Reglamento E-Privacy, y fomentando la confianza a través de la transparencia. En ella se anuncia un proyecto de directrices éticas en relación con la IA para finales de 2018», proyecto que tendrá en cuenta la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, con especial incidencia en los aspectos de la intimidad, dignidad, protección de consumidores y no discriminación (LAMBEA RUEDA, 2018, 216).

Partiendo de esta Comunicación y de la Declaración referida, se anuncia que la Comisión va a trabajar con los Estados miembro para elaborar un plan coordinado sobre IA: *El debate se producirá en el marco de la actual plataforma europea de iniciativas nacionales para la digitalización de la industria, con vistas a concertar el plan antes de finales de 2018. Los principales objetivos perseguidos serán maximizar los efectos de las inversiones a nivel nacional y de la UE, fomentar las sinergias y la cooperación a través de la Unión, intercambiar las mejores prácticas y definir colectivamente el camino a seguir*

para lograr que la UE en su conjunto pueda competir a nivel mundial. En las próximas semanas, la Comisión publicará una Comunicación sobre el futuro de la movilidad conectada y automatizada en Europa y una Comunicación sobre las futuras metas para Europa en materia de investigación e innovación. La IA será un elemento clave de estas iniciativas. Esto para no quedarse retrasados respecto de otros países que están efectuando ingentes inversiones en IA, singularmente EEUU y China.

La Comunicación describe los esfuerzos europeos en investigación en IA, en el marco de programas comunitarios como el programa de investigación e innovación Horizonte 2020, entre los años 2014 y 2017, en el que se han invertido globalmente cerca de 1100 millones de euros. Además se han abordado iniciativas para el desarrollo de componentes y sistemas electrónicos más eficaces: «chips neuromórficos» específicamente fabricados para las operaciones de IA, ordenadores de alto rendimiento, investigación en tecnologías cuánticas y sobre la cartografía del cerebro humano[22].

Así, mediante la confluencia del sector público y el privado, y el aumento de la inversión tanto pública como privada en investigación y desarrollo de proyectos, se colocará a Europa en la vanguardia de la transformación mundial que la IA va a propiciar a todos los niveles, pero singularmente el de la industria y el empleo. Se pretende potenciar tanto la investigación básica como la aplicada o industrial, y en particular (página 8), las inversiones para la realización de proyectos *en ámbitos de aplicación clave, tales como la sanidad, la conducción conectada y automatizada, la agricultura, el sector manufacturero…* Por tanto la conducción automática y los vehículos autopilotados son un sector estratégico de estas inversiones.

Se prevé por tanto un gran esfuerzo de investigación pura y aplicada, y una traslación de los resultados al conjunto de la sociedad comenzando por los sectores industriales. Para ello la Comisión facilitará el acceso a las tecnologías de IA a todos los usuarios potenciales, pero especialmente a las pequeñas y medianas empresas, las de sectores no tecnológicos y las administraciones públicas: *Para ello, la Comisión apoyará el desarrollo de una «plataforma de IA a la carta». Existirá así un punto de acceso único para todos los usuarios a los recursos de IA pertinentes disponibles en la UE, tales como conocimientos, repositorios de datos, capacidad informática (nube, informática de alto rendimiento), herramientas y algoritmos* (pág. 9). Por supuesto, paso previo a la utilización de estos avances es su desarrollo en forma segura, para lo que también se prevén inversiones en infraestructuras de ensayo y experimentación de las creaciones robóticas o en general dotadas de IA.

La Comisión hace un llamamiento a los inversores privados, alentando al Fondo Europeo para Inversiones Estratégicas para la captación de inversiones privadas que se sumen a las públicas para el desarrollo de la IA. Además la Comisión *colaborará con el Grupo del Banco Europeo de Inversiones, con*

vistas a que las inversiones totales alcancen al menos los 500 millones EUR en el período 2018-2020. Además, la Comisión Europea y el Fondo Europeo de Inversiones acaban de poner en marcha un fondo de fondos paneuropeo de capital riesgo —programa VentureEU—, dotado con 2100 millones EUR, con la finalidad de impulsar la inversión en empresas emergentes innovadoras y favorecer la expansión de las empresas en toda Europa.

Hay además propuestas de futuro —aunque como mero deseo—, en concreto invertir en el próximo marco financiero plurianual 2021-2027 en sectores como: la red paneuropea de centros de excelencia especializados en IA, la investigación e innovación en aprendizaje automático no supervisado, energía y eficiencia de datos, los polos de innovación digital y las instalaciones de ensayo y experimentación de vanguardia en ámbitos como el transporte, la asistencia sanitaria, la industria agroalimentaria y el sector manufacturero, así como la adopción de la IA por parte de organismos públicos.

Analiza la Comunicación otras muchas tareas, dirigidas a la adaptación social a los cambios que vienen, a la evitación de que queden marginados sectores de población y de trabajadores de las nuevas tecnologías, así como la preocupación de que estos avances respeten determinados estándares éticos.

Asimismo, ha elaborado el CESE otras comunicaciones y dictámenes en los que la inteligencia artificial y la cibernética se ven implicadas, como el Dictamen sobre «Inteligencia artificial: anticipar su impacto en el trabajo para garantizar una transición justa» (dictamen de iniciativa) (2018/C 440/01), Ponente: Franca SALIS-MADINIER; también, el Dictamen sobre «Confianza, privacidad y seguridad de los consumidores y las empresas en el internet de las cosas» (dictamen de iniciativa) (2018/C 440/02), Ponente: Carlos TRIAS PINTÓ. O el Dictamen sobre la «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones relativa a la consecución de la transformación digital de la sanidad y los servicios asistenciales en el Mercado Único Digital, la capacitación de los ciudadanos y la creación de una sociedad más saludable» [COM(2018) 233 final] (2018/C 440/09), Ponente: Diego DUTTO, Coponente: Thomas KATTNIG.

Como plataforma de colaboración entre Estados y sectores industriales, sociales o sindicales, se prevé la creación de una amplia plataforma multilateral, la Alianza europea de la IA, que trabajará sobre todas las facetas de la IA. Esta Alianza, que se ha creado el 18 de julio de 2018, pone en contacto a sus miembros con el Grupo de Expertos de alto nivel en Inteligencia Artificial (*High-Level Expert Group on Artificial Intelligence - AI HLEG*) cuyo objetivo está en el diseño de la estrategia europea sobre IA, incluyendo la redacción de recomendaciones sobre acciones administrativas y cuestiones éticas, legales y socioeconómicas en la materia de IA. En particular este grupo redacta el Proyecto de Directrices éticas para una IA «confiable» (supongo que quieren decir «segura»), que se publica el 18 de diciembre de 2018.

VII. LA PROPUESTA DE REGLAMENTO POR EL QUE SE ESTABLECE EL PROGRAMA EUROPA DIGITAL PARA 2021-2027

En la categoría de los textos normativos, es relevante la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, 6 de junio de 2018, por el que se establece el programa Europa Digital para el periodo 2021-2027[23], que nos avisa de la proximidad de un profundo cambio en la sociedad europea y mundial, la «transformación digital». Los ámbitos clave a partir de los cuales tendrá lugar *la transformación digital de la economía y la sociedad,* en los próximos diez años son los de *la computación avanzada, el tratamiento de datos, la ciberseguridad y la inteligencia artificial*. La Exposición de Motivos de esta Propuesta de resolución alerta del bajo nivel de inversión europea en estos ámbitos, y singularmente en el de la inteligencia artificial, en el que aunque se declara que en Europa también existe una comunidad de investigación en inteligencia artificial líder a nivel mundial, así como pequeñas empresas especializadas en esta materia, *su mercado de inteligencia artificial está subdesarrollado en comparación con el de los Estados Unidos, donde las capacidades disponibles, especialmente de datos, ofrecen las condiciones necesarias para la innovación a escala*.

Este retraso de la ciencia europea ya fue puesto de relieve al más alto nivel político en la reunión de Tallin de los jefes de Estado y de Gobierno europeos (la llamada Cumbre Digital de Tallin), y las vías para remediarlo se plantearon en las Conclusiones del Consejo Europeo de 19 de octubre de 2017. Desde entonces, se ha intentado reforzar las capacidades digitales en la UE, y en la Comunicación del marco financiero plurianual COM (2018)98, la Comisión destacó la importancia de duplicar las inversiones en el ámbito digital. Y la realización de tal finalidad es lo que inspira esta Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a un nuevo programa dedicado a aumentar y maximizar los beneficios de la transformación digital para todos los ciudadanos, administraciones públicas y empresas de Europa, el llamado Programa Europa Digital dirigido a una transformación digital de la economía y la sociedad europeas.

Este fundamental Programa Europa Digital tiene como objetivos:

— *Desarrollar y fortalecer las capacidades de informática de alto rendimiento y de procesamiento de datos de la UE…*
— *Desarrollar y reforzar las capacidades esenciales en inteligencia artificial (IA) como los recursos de datos y las bibliotecas de algoritmos de inteligencia artificial y hacerlos accesibles a todas las empresas y administraciones públicas, así como reforzar y fomentar los vínculos entre las instalaciones de ensayo y experimentación en inteligencia artificial existentes en los Estados miembro*.

— *Velar por que las capacidades esenciales necesarias para la seguridad de la economía digital, la sociedad y la democracia de la UE estén presentes y sean accesibles para el sector público y las empresas de la UE, y mejoren la competitividad de la industria de la ciberseguridad de la UE.*
— *Velar por que la población activa actual y futura pueda adquirir fácilmente competencias digitales avanzadas, especialmente en informática de alto rendimiento, inteligencia artificial y ciberseguridad…*
— *Extender el mejor uso de las capacidades digitales… al conjunto de la economía, en áreas de interés público y la sociedad… y facilitar el acceso a la tecnología y al conocimiento a todas las empresas, en particular a las pymes.*

Para el logro de estos objetivos, la Exposición de Motivos prevé la coordinación con otros programas y otras políticas europeas, así como la utilización de fondos y de estímulos a la inversión. Asimismo plantea la evaluación de los sucesivos pasos para la consecución de los objetivos, planes de ejecución de las políticas subsiguientes, así como las aplicaciones presupuestarias adecuadas.

Yendo al texto de Reglamento propuesto, encontramos una referencia inicial a la IA (tras la informática de alto rendimiento) al decir: (*19) El desarrollo de capacidades relacionadas con la inteligencia artificial constituye un motor crucial para la transformación digital de la industria y también del sector público. Robots cada vez más autónomos se emplean en fábricas, intervenciones en aguas profundas, hogares, ciudades y hospitales. Las plataformas comerciales de inteligencia artificial han pasado de la fase experimental a la de aplicaciones reales en los ámbitos de la salud y el medio ambiente; todos los principales fabricantes de automóviles están desarrollando vehículos autónomos y las técnicas de aprendizaje automático se encuentran en el núcleo de todas las principales plataformas web y aplicaciones de macrodatos. (20) Para el desarrollo de la inteligencia artificial reviste una gran importancia la disponibilidad de conjuntos de datos a gran escala y de instalaciones de ensayo y experimentación.*

Esta última referencia a las «instalaciones» es particularmente importante para el autoaprendizaje de robots o vehículos autónomos, que precisan espacios controlados y de seguridad para su ensayo y «adiestramiento».

Continúa la Propuesta con extensas referencias la ciberseguridad, la convergencia con estudios y otros programas de digitalización de la industria y sector público europeos, o con cuestiones tales como la protección de datos y el cambio climático, para posteriormente exponer el texto propuesto como Reglamento para el programa Europa Digital («programa»), en el que se establecen los objetivos del programa, el presupuesto para el periodo 2021-2027, las formas de financiación de la Unión Europea y las normas para la concesión de dicha financiación (art. 1).

Entre los conceptos interesantes para los investigadores y desarrolladores de países europeos están en el artículo 2, referido a *Definiciones*, los de: *e) «centro de innovación digital», entidad jurídica designada o seleccionada en un procedimiento abierto y competitivo con el fin de cumplir las tareas en virtud del programa, en particular facilitar acceso a conocimientos tecnológicos y a instalaciones de experimentación, tales como bienes de equipo y herramientas informáticas para permitir la transformación digital de la industria; f) «competencias digitales avanzadas», las competencias y habilidades necesarias para diseñar, desarrollar, gestionar, desplegar y mantener las tecnologías financiadas en virtud del presente Reglamento*. Es decir, que las entidades que adquieran la condición de «centro de innovación digital», por poseer las «competencias digitales avanzadas» que se requieren para alcanzar tal calificación, podrán optar a una financiación europea para el desarrollo de aplicaciones digitales, entre ellas las referidas a inteligencia artificial.

Por lo demás, esta IA es el «objetivo específico 2» del Programa Europa Digital (art. 3), la intervención financiera prevista se dirige a concretar este en unos objetivos «operativos», que para la IA son: *a) intensificar y reforzar las capacidades básicas de inteligencia artificial en la Unión… b) hacer accesibles dichas capacidades a todas las empresas y administraciones públicas; c) reforzar y poner en red las instalaciones de ensayo y experimentación de inteligencia artificial existentes en los Estados miembro* (art. 5).

El resto del documento va referido a cooperación internacional, subvenciones, financiación, auditorías y otras cuestiones de menor interés teórico. Pero en cualquier caso este Programa Europa Digital va a ser la columna vertebral económica y financiera que permita los desarrollos en IA y campos relacionados en el inmediato futuro europeo. Si el dinero es el nervio de la guerra, el de esta viene contenido en este Programa Europa Digital.

Los desarrollos europeos se completan, al cierre de este artículo, con la *resolución del Parlamento Europeo, de 12 de febrero de 2019, sobre una política industrial global europea en materia de inteligencia artificial y robótica (2018/2088[INI])*[24], basada en la Comunicación de la Comisión «Inteligencia artificial para Europa» antes vista, y en la resolución de 16 de febrero de 2017 sobre normas de Derecho civil sobre robótica, en la línea de establecer un marco jurídico coherente para el desarrollo de la robótica, los sistemas autónomos y los robots autónomos inteligentes.

VIII. EL RECONOCIMIENTO DE UNA PERSONALIDAD JURÍDICA ROBÓTICA

Ante todo hay que recordar que jurídicamente la «personalidad» es la cualidad que tiene el ser humano y determinadas realidades sociales, como las

asociaciones, las fundaciones y las sociedades, de poder actuar como sujetos titulares de derechos y actores con propia individualidad y autonomía en la vida jurídica. Las referencias a una posible «personalidad jurídica» para robots y vehículos autónomos dotados de IA se producen en los documentos europeos y en los estudios jurídicos recientes con bastante frecuencia, como hemos tenido ocasión de comprobar. Se menciona en el *Informe Robolaw* de 2016, al buscar una posible solución a la responsabilidad por daños causados por robots autónomos. Aparece entre las Recomendaciones que expone la *resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica*, en concreto en el parágrafo 59 f)[25]. Se menciona por la Unidad de Prospectiva Científica (STOA) del *European Parliament Research Service,* en sus estudios, así en el reciente ¿Debemos temer a la inteligencia artificial? (*Should we fear artificial intelligence?*), de marzo de 2018, y es objeto de múltiples trabajos doctrinales de juristas de diversas nacionalidades, también la española[26]. Es también tema de fondo del *Informe* de la Comisión sobre Ética de la conducción automatizada y conectada, patrocinado por el Ministerio federal alemán de Transportes e Infraestructura digital y publicado en junio de 2017[27].

En la doctrina jurídica, comenta DÍAZ ALABART que la personalidad jurídica «electrónica» para robots sería una capacidad jurídica bastante limitada y de finalidad puramente indemnizatoria, sin que el robot alcanzase la calidad de sujeto de derechos. Los robots seguirían siendo cosas, y «el hecho de que los robots tengan cierta autonomía no es suficiente para hacerles responsables de los daños que puedan causar. Los animales también aprenden, tienen esa cierta autonomía e impredecibilidad, pero quienes responden de los perjuicios que puedan causar son sus poseedores y las personas que se sirven de ellos, y no los propios animales» (DÍAZ ALABART, 2018, 110). Esto teniendo en cuenta además que los robots carecen de patrimonio, lo que señala la autora que se podría remediar con un fondo de responsabilidad o con un seguro.

Por su parte, ROGEL VIDE se muestra muy crítico con dicha afirmación, estimando que la resolución de 2017 parte del sofisma de la previa aceptación de la inteligencia artificial (IA) como posibilidad, y además como un objetivo deseable, «…pasando de la llamada débil —la actual— a la general —venidera y omnicomprensiva—, siendo necesario, a decir de la Introducción a la resolución …«crear una definición, generalmente aceptada, de robot y de inteligencia artificial que sea flexible y no lastre la innovación», recordándose acto seguido, en la Introducción referida, las ventajas económicas que reporta —para algunos sobre todo— el «desarrollo de máquinas inteligentes y autónomas, con capacidad de ser entrenadas para pensar y tomar decisiones de manera independiente»» (ROGEL VIDE, 2018, 84). Es esta la IA fuerte, que luego veremos, que plantea problemas de aceptación, mientras que la resolución la da por hecha o por inevitable, como ya se ha anunciado, estimándose «…que existe la posibilidad

de que a largo plazo la inteligencia artificial llegue a superar la capacidad intelectual humana» (Considerando «P»). Además la Resolución, en su *Anexo*, recoge la necesidad de una definición de «robot autónomo inteligente»[28], y la consecuencia de todo ello es la necesidad de una personalidad robótica para estos seres.

En esta línea crítica se han producido reacciones a nivel europeo contra la precipitada e innecesaria atribución de personalidad a robots dotados de IA[29]. Se trata en concreto de la *Carta Abierta a la Comisión europea sobre Inteligencia artificial y Robótica*, liderada por la profesora Nathalie NEVEJANS, miembro del Comité ético del CNRS y experta en Ética robótica en el Parlamento europeo, en la que se afirma taxativamente que desde una perspectiva puramente técnica, la concesión de personalidad al robot «ofrece muchos sesgos basados en una sobrevaloración de las capacidades reales incluso de los robots más avanzados, una comprensión superficial de la noción de imprevisibilidad y de la capacidad de autoaprendizaje y una percepción del robot que está distorsionada por la ciencia-ficción y algunas noticias sensacionalistas en la prensa. Desde una perspectiva ética y legal, crear una personalidad jurídica para un robot es una solución inadecuada, independientemente del modelo que se adopte…»[30]. En este mismo sentido, da cuenta MOZO SEOANE[31], en base a la consulta pública realizada en el mismo año 2017, que si bien puede ser útil un Registro mercantil de personas electrónicas, «…en relación con el debatido problema de la conveniencia o no de "personificar" a los robots, la mayoría (60%) de los encuestados por la Comisión de Asuntos Jurídicos está en contra de esa posibilidad» (MOZO SEOANE, 2018, 246)[32].

Por su parte opina SANTOS GONZÁLEZ[33] que la resolución del Parlamento europeo puede entenderse, más que recomendando una atribución de personalidad, en el sentido de apoyar la creación de una nueva figura jurídica intermedia entre las cosas y las personas físicas para gestionar los problemas de los robots: «Dar derechos y obligaciones a las máquinas inteligentes puede parecer extraño pero la configuración artificial o ficticia de la personalidad no es nueva como hemos visto para las personas jurídicas. En relación a la denominación que se propone por la UE de persona electrónica. En EEUU se habla de persona artificial» (SANTOS, 2017, 43).

En realidad, y como opina PALMERINI, la personalidad robótica no es sino un recurso para intentar solucionar el problema de una responsabilidad robótica que no paralizase la investigación y desarrollo (el llamado *chilling effect*, ya mencionado), estimando sobre la base de la resolución de 2017 que las principales propuestas se resumen en tres apartados (PALMERINI, 2017, 77).

Una primera propuesta se apoya en la limitación de la responsabilidad, una «inmunidad selectiva», que se aplicaría principalmente a los fabricantes de esquemas robóticos abiertos, por daños que no hubieran podido evitarse usando

la debida diligencia en el diseño, fabricación e información al consumidor de los potenciales riesgos.

Una segunda tesis recurre a la creación de una personalidad jurídica para robots haciéndolos directamente responsables de los eventuales daños causados a terceros. Con ello se intenta adaptar los actuales esquemas de responsabilidad tradicional a las hipótesis de los robots con capacidad cognitiva y decisoria. Ahora bien, lo mismo que ocurre con los animales, el hecho de que tengan capacidad no evita que —al carecer de patrimonio— tengan que responder por ellos sus utilizadores o propietarios. Si no, la alternativa sería crear un registro y dotar a cada robot de una identificación, así como dotar un fondo para responder de los daños.

La tercera propuesta apoya un incremento u objetivización de la responsabilidad del propietario del robot, necesaria por la dificultad de probar «la negligencia del propietario, o bien, en el caso de que opere un régimen de responsabilidad por producto defectuoso, el defecto del producto y el nexo de causalidad, en razón a la complejidad y al carácter «inescrutable» del funcionamiento de máquinas extremadamente sofisticadas… Puesto que esta regla debe ser sostenible y compatible con el avance del proceso de automatización y con la difusión de la robótica de servicio, se propone acompañarla con la fijación de un límite máximo de resarcimiento al cual podría estar sujeta la misma persona, circunstancia que permitiría asegurar el riesgo con mayor facilidad».

La propuesta de atribuir personalidad implica reconocer en el robot una naturaleza especial, descosificarlo, y de hecho la noción de «semoviente» le sería más apropiada. Nada impide, en este sentido, el calificar a los robots y vehículos-robot como cosas especiales, aunque como nos señala LARREGUE[34], existe en la doctrina francesa actual un rechazo al otorgamiento a los robots de personalidad y subjetividad jurídicas, porque se hace de la distinción entre personas y cosas una *summa divisio* inalterable.

Pero opina el autor que nada impide que se otorgue a estos entes un estatuto jurídico especial, intermedio entre las personas y las cosas, como hacemos con las personas jurídicas, o actualmente con los animales: «El Derecho comparado nos enseña que las entidades no humanas pueden, bajo ciertas condiciones, convertirse en sujetos, y que, por lo tanto, debemos distinguir la personalidad jurídica de la condición humana en sentido biológico. En la India, los ídolos pueden disponer de bienes y demandar. Por supuesto, como los ídolos no pueden comunicarse y no pueden defender sus intereses, están legalmente representados por un tutor humano. El caso de los ídolos puede compararse con los crecientes derechos que se han otorgado a los animales, así como a otras entidades de la naturaleza. Recientemente, los ríos Whanganui (Nueva Zelanda), Ganges y Yamuna (India) han adquirido personalidad jurídica…».

El autor adopta esta posición en contra de las propuestas de otros juristas, como LOISEAU[35], o FRISON-ROCHE[36], contrarios a su vez a la admisión de

figuras intermedias entre las categorías clásicas de personas o cosas, lo que el autor califica de «purismo legal», considerando que es sintomático «…de un obvio sesgo escolástico: hacer que la realidad coincida con el Derecho, en lugar del Derecho con la realidad, es decir, tratar de preservar a toda costa el esteticismo del *summa divisio* personas-cosas, heredada del Derecho romano, en detrimento de las consideraciones básicamente materiales relacionadas con la función social del Derecho».

Pero esto no será para concederles personalidad jurídica al modo humano, ni siquiera al modo animal que ahora se pretende. Se trataría de un estatuto específico, con capacidades bien delimitadas, y en cualquier caso con una dependencia jurídica de control respecto de una persona, física o jurídica, que tutelaría a este peculiar ente y controlaría esta peculiar capacidad.

Dejamos apuntadas estas ideas, a la espera de un estudio más minucioso, para pasar a las necesidades inmediatas.

IX. UNA HUMILDE PROPOSICIÓN: CIRCULEMOS ASEGURADOS

Volviendo al comienzo de este precipitado resumen, quizá sea el momento de recordar que nuestra reacción ante cualquier tecnología que vaya a cambiar sustancialmente nuestra vida va a ser en principio negativa. Los seres humanos somos así, y hacemos bien en serlo, pues nos jugamos nuestra supervivencia. Algunos de nosotros adoptamos la novedad, otros seguimos rechazando las nuevas técnicas porque «no son naturales»: el fuego, la rueda, el hierro, la navegación a vela, los trenes a vapor (en algún momento llegó a plantearse que el alcanzar semejantes velocidades expulsaría el aire de los vagones y los pasajeros morirían asfixiados), la electricidad, y ahora la Inteligencia artificial. La sociedad sigue, y si la técnica realmente es eficaz y aporta ventajas al ser humano, se queda. Quienes no la aceptan, o desaparecen del ámbito económico o social en el que la nueva técnica actúa (las diligencias desaparecen con el ferrocarril y el automóvil) o quedan reducidos a grupúsculos aislados (los *amish* en Norteamérica siguen usando carros tirados por caballos para desplazarse).

El miedo hacia las nuevas técnicas lo expresamos con normas prohibitivas o restrictivas, como la Ley de la bandera roja que había que agitar delante del vehículo movido por vapor. Cuando esa técnica se acepta, las normas pasan a regular el uso más adecuado y menos restrictivo hacia la nueva técnica, como ocurrió con las normas sobre circulación de vehículos automotores en todo el mundo. Entre los aspectos a regular en tema de vehículos autodirigidos está el de la responsabilidad por el accidente de tráfico, cuestión que ya hubo que resolver para hacer frente a la elevada siniestralidad en el uso de los vehículos.

La pretendida personalidad de los robots es un recurso para estructurar una responsabilidad de estos nuevos mecanismos que nace de la consideración de

los robots humanoides. El parecido externo de su aspecto con el nuestro nos lleva a atribuirles las características mentales que nos son propias. Pero esto es, según opina gran parte de la doctrina, una ilusión: damos por supuesto que dentro del robot actúa una conciencia análoga a la nuestra porque su aspecto, sus reacciones y en algunos casos su habla es similar a la nuestra[37]. No hay razón para atribuir personalidad a un robot humanoide, y además si lo que se quiere es indemnizar los daños que cause, tampoco es una buena idea, porque para indemnizar lo importante es tener patrimonio, no personalidad.

Por estas razones se ve claramente que atribuir personalidad a los vehículos dotados de IA es una mala idea. Para empezar, se notaría que se trata de un recurso técnico que parte de una ficción, la de considerar al automóvil como sujeto de derechos. Para seguir, ¿qué necesidad hay de este artificio, si ya tenemos un sistema depurado para hacer frente a los accidentes de tráfico causados por vehículos? El actual sistema de responsabilidad objetiva por el daño causado por el funcionamiento defectuoso del vehículo, de pago de las indemnizaciones al perjudicado por la compañía aseguradora del vehículo, y de seguro obligatorio, satisface suficientemente los requerimientos de una sociedad moderna, ello unido a un sistema nacional de salud por el cual los daños corporales se asumen como carga del sistema.

La idea de personalidad robótica, el buscar un estatuto especial para estas máquinas autómatas puede tener (algún) sentido respecto de los robots humanoides, de los robots-trabajadores, al objeto de que contribuyan a las cotizaciones sociales, o los *bots* de contratación automatizada o que establezcan relaciones directas con los seres humanos, al objeto de asegurar el cumplimiento contractual o, eventualmente, la indemnización de daños. Respecto de los vehículos autónomos solo se pretende una circulación segura y una reglamentación clara y suficiente del resarcimiento de los daños eventualmente causados.

Además, la solución indicada no ha dejado de ser apuntada por los expertos: si vamos a la documentación citada en este trabajo, vemos que ya el *Informe Robolaw* considera que el modelo basado en la responsabilidad objetiva del titular de la licencia del vehículo como responsable del automóvil en el momento del accidente, sea o no el conductor, controlador o supervisor del mismo, puede ser suficiente. Es un tipo de responsabilidad objetiva, por riesgo, por el simple hecho de contribuir con un elemento —el vehículo— creador de un mayor riesgo; naturalmente el sistema solo puede funcionar imponiendo la obligatoriedad del seguro de daños.

Presupuesto de esta responsabilidad objetiva, en principio del titular del vehículo, pero en realidad a cargo de la compañía de seguros, es por tanto la contratación de un seguro suficiente para hacer frente a los daños (teniendo en cuenta que convirtiendo el contrato de seguro en un *smart contract* cabría incluso paralizar el vehículo a distancia, telemáticamente, en caso de impago de las primas anuales). Vimos también cómo en la doctrina autores como HOL-

DER, KHURANA, HARRISON y JACOBS consideran necesario crear nuevos seguros y nuevos productos de previsión del riesgo para cubrir las responsabilidades aumentadas de los fabricantes, propietarios, desarrolladores de software, operadores de red, ocupantes y demás actores de la construcción y desarrollo de los vehículos sin conductor. Y repiten la idea del modelo sueco, en el cual las compañías aseguradoras pagan la indemnización y después reclaman contra quienes consideran que han contribuido, por su negligencia, a la causación del daño (HOLDER, KHURANA, HARRISON, JACOBS, 2016, 387).

En esta línea de asimilación de lo futuro a lo ya existente, y para inclinar la balanza del lado de las cosas y no de las personas, habría que construir un Registro para los robots autónomos, como forma de identificación a todos los efectos. Así, ya la resolución del Parlamento Europeo de 16 febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica (2015/2103[INL]) plantea la creación de un sistema global de registro de robots avanzados dentro del mercado interior de la Unión.

Entre los expertos, M.ª José SANTOS GONZÁLEZ, coordinadora del Departamento Jurídico del Instituto Nacional de Ciberseguridad de España, propugna, para lograr un seguimiento efectivo de los robots, la creación de dos registros, uno de fabricantes y otro de robots inteligentes: «Este registro debería ser administrativo con determinada publicidad registral y con efectos sustantivos civiles. El Registro de Robots inteligentes artificialmente estará encaminado preferentemente a la identificación del titular del robot, al conocimiento de las características técnicas del mismo y …de tener concertado el seguro obligatorio» (SANTOS, 2017, 46). Cada robot tendría un número identificativo.

De entre los Registros ya existentes en nuestro país, cabría plantear la posibilidad de acceso al Registro de Bienes Muebles creado por el Real Decreto 1828/1999, de 3 de diciembre, y llevado por Registradores de la Propiedad y Mercantiles. De hecho, los robots industriales de soldadura, pintado y otras tareas automatizadas ya encuentran acogida en la Sección de Maquinaria Industrial, establecimientos mercantiles y Bienes de equipo de dicho Registro, y de hecho los vehículos autónomos cabrían en la Sección de Automóviles y otros Vehículos de Motor. Posiblemente lo más adecuado *lege ferenda* sería la creación de una sección específica para robots autónomos.

Volviendo al ámbito del contrato de seguro cabría plantear que el seguro de responsabilidad para responder de los daños del vehículo autónomo podría extenderse del propietario titular de la licencia a otras personas que participan en su construcción, programación, adiestramiento y utilización, sujetos cuyo grado de participación en la puesta en circulación (y por tanto en la creación del riesgo) es distinto y tendrá que ser evaluado a la hora de diseñar cada uno de los particulares contratos de seguro.

Es decir, no se propone un solo contrato de seguro en el que participen como tomadores todos los sujetos intervinientes, sino que cada interviniente

en la puesta en circulación tendría un específico seguro de responsabilidad civil para responder de los daños del accidente. El titular del vehículo tendría un seguro obligatorio en todo similar al actual seguro para la circulación de vehículos, lo que ocurre es que si la compañía aseguradora detecta responsabilidad concurrente de otro sujeto interviniente (el fabricante, el programador, el implementador del autoaprendizaje) podría reclamar la parte correspondiente a dicha responsabilidad, o el todo de la indemnización pagada.

En los momentos iniciales, del diseño de esta nueva cobertura por parte de los especialistas en el seguro, quizá sea necesario unirse para estudiar los riesgos, especialmente los de desarrollo, ensayo y prueba de esta nueva tecnología. Esta idea subyace en la preocupación expresada por el director de la *Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro*, José Antonio BADILLO ARIAS, al referirse a la resolución de 2017 y su tratamiento de distintas materias de Derecho Civil, «…entre las que cabe destacar las cuestiones relativas a la Responsabilidad Civil y al aseguramiento de los robots, incluyendo la posible creación de un fondo de garantía, similar al que en la actualidad disponemos en el ámbito de la UE en lo que se refiere al Seguro de Responsabilidad Civil de la circulación de vehículos, que garantice que las víctimas de accidentes causados por los robots puedan ser compensadas adecuadamente, tanto por daños materiales como los perjuicios personales que sufran»[38]. En Europa las distintas naciones han adoptado programas de desarrollo de la nueva industria, incidiendo en la programación ética y la responsabilidad por daños eventualmente causados, así en abril de 2016, el *British Standards Institute* publicó el documento *Robots y dispositivos robóticos. Guía para el diseño ético y la aplicación de robots y sistemas robóticos*. La posterior *Automated and Electric Vehicles Act 2018*, de 19 de julio de 2018, establece la responsabilidad de la aseguradora del vehículo autónomo salvo que se use la conducción autónoma cuando ello no está permitido, y si el vehículo no está asegurado, la responsabilidad del propietario del vehículo.

Las líneas maestras de la solución aseguradora ya existen: Propongo por ello la creación de un Consorcio que asuma estos riesgos derivados de la circulación de vehículos autónomos y que comience el estudio y cálculo de las coberturas necesarias para la nueva tecnología. Las compañías de seguros no tienen un papel secundario en el desarrollo del automóvil autónomo, al contrario, su papel es principal.

X. BIBLIOGRAFÍA

Por autores:

BADILLO ARIAS, (2019). La responsabilidad civil y el aseguramiento obligatorio de los robots, *Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro*, núm. 1, 2019, 3.

BARRIO ANDRÉS, M. (2018). Hacia una personalidad electrónica para los robots. *Revista de Derecho Privado*, Año núm. 102, Mes 3-4, 89-107.

BENTLEY, P., BRUNDAGE, M., HÄGGSTRÖM, O., METZINGER, T., GUTENBERG, J. Prólogo de M.T. GIMÉNEZ BARBAT, y una introducción de BOUCHER, P., European Parliamentary Research Service, STOA-Science and Technology Options Assessment, March 2018. PE 614.547, DOI: 10.2861/412165.

BURGESS WISE, D. (1972). *Automóviles veteranos*, Editorial Bruguera.

DÍAZ ALABART, S. (2018). Robots y responsabilidad civil, en *Los robots y el Derecho*, C. Rogel Vide, (coord.), Reus, Madrid, 99-114.

— (2018). *Robots y responsabilidad civil*, Editorial Reus, Madrid.

FRISON-ROCHE M.-A. (2017). La disparition de la distinction de jure entre la personne et les choses: gain fabuleux, gain catastrophique, *Recueil Dalloz*, 2017, vol. 41, 2386-2389.

HIERRO-PESCADOR, J. (2005). *Filosofía de la mente y de la Ciencia cognitiva*, Akal, Madrid.

HOLDER, C., KHURANA, V., HARRISON, F., JACOBS, L. (2016). Robotics and law: Key legal and regulatory implications of the robotics age (Part I of II), *Computer Law & Security Review*, 32 (2016), 383-402. Obtenido online en www.sciencedirect.com el 19 de febrero de 2019.

LACRUZ MANTECÓN, M.L. (2018). Potencialidades de los robots y capacidades de las personas, en C. Rogel Vide, (coord.), *Los robots y el Derecho*, Reus, Madrid, 85-129.

— (2019). Cibernética y Derecho Europeo: ¿una inteligencia robótica?, *Diario La Ley*, núm. 9376, Sección Doctrina, 13 de marzo de 2019, 1-13.

LAMBEA RUEDA, A. (2018). Entorno digital, robótica y menores de edad. *Revista de Derecho Civil*, vol. 5, núm. 4, 183-232. Disponible en: http://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/353/320.

LARREGUE, J. (2019). Un tournant relativiste chez les juristes? La distinction entre les personnes et les choses n'est pas menacée par les robots humanoides, *ZILSEL, Sociologie, histoire, anthropologie et philosophie des sciences et des techniques*, 23 février 2019. En: https://zilsel.hypotheses.org/3619?utm_source=lettre, consultado el 15 de marzo de 2019.

LOISEAU, G. (2018). La personnalité juridique des robots: une monstruosité juridique, *La semaine juridique*, édition générale, vol. 22, 2018, 1039-1042.

MALDONADO ORTEGA, P.J. (2017). Robots autónomos inteligentes y derecho civil. Reflexiones al hilo de las recomendaciones del Parlamento Europeo a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica. Disponible en: http://www.notariamaldonadortega.com/es/robots-autonomos-inteligentes-y-derecho-civil (Consulta: 20 de marzo de 2019).

MOZO SEOANE, A. (2018). Robots e inteligencia artificial. Control de sus riesgos, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, abril-junio de 2018, número 2-2018, 237-252.

PALMERINI, E. (2017). Robótica y derecho: sugerencias, confluencias, evoluciones en el marco de una investigación europea, *Revista de Derecho Privado*, núm. 32, enero-junio de 2017, 53-97.

DOCUMENTACIÓN:

Carta Abierta a la Comisión europea sobre Inteligencia artificial y Robótica, liderada por la profesora Nathalie NEVEJANS en http://www.robotics-openletter.eu/

Comisión europea. Bruselas, 25.4.2018 COM(2018) 237 final. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones «Inteligencia artificial para Europa» (SWD[2018] 137 final).

Comisión europea. Bruselas, 6.6.2018, COM(2018) 434 final 2018/0227 (COD). Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece el programa Europa Digital para el período 2021-2027.

Guidelines on Regulating Robotics, (robolaw_d6.2_guidelinesregulatingrobotics_20140922.docx). On line: www.robolaw.eu/…files/…/robolaw_d6.2_guidelinesregulatingrobotics_20140922.pdf, Fecha publicación: 22/09/2014.

Ethics Commission Automated and Connected Driving, Appointed by the Federal Minister of Transport and Digital Infrastructure Report: https://www.bmvi.de/SharedDocs/EN/publications/report-ethics-commission.pdf?__blob=publicationFile

NOTAS

[1] BURGESS WISE, D. (1972). *Automóviles veteranos*, Editorial Bruguera.

[2] Las Leyes sobre Vehículos Locomotores fueron en realidad tres, la *Locomotives on Highways Act 1861*, la *Locomotive Act 1865* y la *Highways and Locomotives (Amendment) Act 1878*. La limitación más importante que se introdujo fue la de la Ley de 1865, también conocida como la «Red Flag Act», Ley de la bandera roja, que fijaba la velocidad máxima de los vehículos locomotores a 4 mph (6.4 km/h) en recorridos interurbanos, y a 2 mph (3.2 km/h) en las ciudades, aparte de la indicada necesidad de que fuera delante una persona agitando una bandera roja.

[3] PALMERINI, E. (2017). Robótica y derecho: sugerencias, confluencias, evoluciones en el marco de una investigación europea, *Revista de Derecho Privado*, núm. 32, enero-junio de 2017, 53-97.

[4] *Guidelines on Regulating Robotics*, (robolaw_d6.2_guidelinesregulatingrobotics_20140922.docx). 10, [En línea] www.robolaw.eu/…files/…/robolaw_d6.2_guidelinesregulatingrobotics_20140922.pdf, Fecha publicación: 22/09/2014.

[5] *Vid*. DÍAZ ALABART, S., (2018). *Robots y responsabilidad civil*, Editorial Reus, Madrid; LACRUZ MANTECÓN, M.L. (2018). Potencialidades de los robots y capacidades de las personas, en *Los robots y el Derecho*, C. Rogel Vide, (coord.), Reus, Madrid, 2018, 85-129, y (2019). Cibernética y Derecho Europeo: ¿una inteligencia robótica?, *Diario La Ley*, núm. 9376, Sección Doctrina, 13 de Marzo de 2019, 1-13; ROGEL VIDE, C. (2018): «Robots y personas». *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 1-2018, 79-90.

[6] Dilema ético que ya propuso el alemán Hans WELZEL en la *Revista General de Derecho Penal* alemana, en 1951.

[7] HOLDER, C., KHURANA, V., HARRISON, F., JACOBS, L. (2016). Robotics and law: Key legal and regulatory implications of the robotics age (Part I of II), *Computer Law & Security Review*, 32 (2016), 383-402. Obtenido online en www.sciencedirect.com el 19 de febrero de 2019.

[8] Diario Oficial de la Unión Europea, C 252 de 18 de julio de 2018, 239/257, en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?qid=1552383660116&uri=CELEX:52017IP0051. Consultado en febrero de 2019.

[9] Peter J. BENTLEY, University College London, Miles BRUNDAGE, University of Oxford, Olle HÄGGSTRÖM, Chalmers University, Thomas METZINGER, Johannes GUTENBERG University of Mainz. Prólogo de María Teresa GIMÉNEZ BARBAT, MEP y una introducción de Philip BOUCHER, European Parliamentary Research Service, STOA-Science and Technology Options Assessment, March 2018. PE 614.547, DOI: 10.2861/412165.

[10] Antes ha hecho referencia a los principios de *Normalización, seguridad y protección,* entre los que se recoge el número 22: *…pide a la Comisión que continúe trabajando por la armonización internacional de las normas técnicas, en particular junto con los organismos europeos de normalización y la Organización Internacional de Normalización, a fin de fomentar la innovación, evitar la fragmentación del mercado interior y garantizar un elevado nivel de seguridad de los productos y protección de los consumidores… acoge favorablemente, en este sentido, la creación de comités técnicos especiales, como el ISO/TC 299 Robótica, dedicados exclusivamente a la elaboración de normas sobre robótica*. Más relevante para los que nos ocupa es el número 23, en el que se expone que *…los ensayos de robots en situaciones reales es esencial para determinar y evaluar los riesgos que puedan entrañar, así como para su desarrollo tecnológico más allá de la mera fase experimental en el laboratorio; subraya, a este respecto, que los ensayos de robots en situaciones reales, en particular, en ciudades y carreteras…* Subrayo esto último, indudablemente referido a los vehículos autopilotados.

[11] En realidad no es necesario que el vehículo autónomo esté en conexión con todos los vehículos de la vía por la que transita, pues un exceso de información puede significar una sobrecarga del sistema. Habrá que determinar cuál es el foco de interés para la circulación, tanto en cuanto a los sensores como en cuanto a la comunicación, expresado en un perímetro focal concreto.

[12] MALDONADO ORTEGA, P.J. (2017): Robots autónomos inteligentes y derecho civil. Reflexiones al hilo de las recomendaciones del Parlamento Europeo a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica. Disponible en: http://www.notariamaldonadortega.com/es/robots-autonomos-inteligentes-y-derecho-civil (Consulta: 20 de marzo de 2019).

[13] DÍAZ ALABART, S. (2018). Robots y responsabilidad civil, en *Los robots y el Derecho*, C. Rogel Vide, (coord.), Reus, Madrid, 99-114.

[14] Diario Oficial de la Unión Europea, C 288, 31 de agosto de 2017, en: https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2017:288:SOM:ES:HTML. Consultado en febrero de 2019.

[15] Diario Oficial de la Unión Europea, 2016/C 013/24, 15 de enero de 2016, 161.

[16] *l) Superinteligencia. 3.41. Por último se plantea la cuestión de las posibilidades y los riesgos que trae consigo el desarrollo de una superinteligencia. Stephen Hawking opina que el desarrollo de una IA fuerte significaría el fin de la humanidad. Llegado ese momento, la IA evolucionaría a un ritmo que los humanos no podrían seguir, según Hawking. Algunos expertos abogan por lo que llaman un kill-switch o reset-button, un botón para desactivar o reiniciar los sistemas de IA desbocados o superinteligentes.*

3.42. El CESE defiende el control humano, con un marco de condiciones que regule el desarrollo y uso responsable y seguro de la IA, de manera que las máquinas continúen siendo máquinas, y los humanos conserven en todo momento el dominio sobre ellas…

[17] Diario Oficial de la Unión Europea, C 440/1, 6 de diciembre de 2018, en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2018:440:FULL&from=EN

[18] Comisión europea. Bruselas, 25 de abril de 2018 COM(2018) 237 final. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones «Inteligencia artificial para Europa» (SWD[2018] 137 final).

[19] «Lejos de ser ciencia-ficción, la inteligencia artificial (IA) forma ya parte de nuestras vidas. En la utilización de un asistente personal para organizar nuestra jornada laboral, en el

desplazamiento en un vehículo de conducción automática o en las canciones o restaurantes sugeridos por nuestros teléfonos, la IA se hace realidad. La IA, además de facilitarnos la vida, nos está ayudando a resolver algunos de los principales retos a los que se enfrenta nuestro mundo: desde el tratamiento de las enfermedades crónicas o la reducción de las tasas de mortalidad en los accidentes de tráfico hasta la lucha contra el cambio climático o la previsión de las amenazas a la ciberseguridad».

[20] Son firmantes de la Declaración Austria, Bélgica, Bulgaria, República Checa, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Francia, Alemania, Hungría, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Polonia, Portugal, Eslovaquia, Eslovenia, España, Sucecia, Reino Unido y Noruega. Con posterioridad se han sumado a la Declaración: Rumanía, Grecia, Chipre y Croacia.

[21] LAMBEA RUEDA, A. (2018): Entorno digital, robótica y menores de edad. *Revista de Derecho Civil*, vol. 5, núm. 4, 183-232. Disponible en: http://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/353/320.

[22] La investigación sobre intercambios cuánticos en las estructuras neuronales del cerebro humano está relacionada con las funciones más elevadas del entendimiento humano, singularmente con las funciones que atribuimos a la conciencia. Estas, o la conciencia, derivan de la arquitectura de la propia neurona que hace que el funcionamiento del cerebro no sea el propio de un ordenador, pues conlleva fenómenos cuánticos, lo que se debe, nos dice HIERRO-PESCADOR, por estar el citoesqueleto de cada neurona formado por una serie de micro-tubos o túbulos, compuestos de una proteína llamada tubulina. Roger PENROSE estima que se producen fenómenos cuánticos en la estructura interna de las neuronas, en concreto en estos «microtúbulos» de su citoesqueleto: estos fenómenos subneuronales explicarían el fenómeno de la «conciencia», que luego se ampliaría por el funcionamiento la red neuronal. HIERRO-PESCADOR, J., (2005). *Filosofía de la mente y de la Ciencia cognitiva*, Akal, Madrid.

[23] Comisión europea. Bruselas, 6 de junio de 2018, COM(2018) 434 final 2018/0227 (COD). Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece el programa Europa Digital para el período 2021-2027.

[24] Edición provisional P8_TA-PROV(2019)0081, en http://www.europarl.europa.eu. Consultado el 20 de abril de 2019.

[25] *… f) crear a largo plazo una personalidad jurídica específica para los robots, de forma que como mínimo los robots autónomos más complejos puedan ser considerados personas electrónicas responsables de reparar los daños que puedan causar, y posiblemente aplicar la personalidad electrónica a aquellos supuestos en los que los robots tomen decisiones autónomas inteligentes o interactúen con terceros de forma independiente*.

[26] Sin ánimo exhaustivo, y como más recientes: BARRIO ANDRÉS, M. (2018). Hacia una personalidad electrónica para los robots. *Revista de Derecho Privado*, Año núm. 102, Mes 3-4; DÍAZ ALABART, S. (2018). *Robots y responsabilidad civil*, Editorial Reus, Madrid; LACRUZ MANTECÓN, M.L. (2018). Potencialidades de los robots y capacidades de las personas, en C. Rogel Vide, coord., *Los robots y el Derecho*, Reus, Madrid; (2019). Cibernética y Derecho Europeo: ¿una inteligencia robótica?, *Diario La Ley*, núm. 9376, Sección Doctrina, 13 de marzo de 2019; ROGEL VIDE, C. (2018): Robots y personas. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 1-2018; SÁNCHEZ BARRILAO, J.F. (2018). Derecho constitucional, desarrollo informático e inteligencia artificial: aproximación a la propuesta del Parlamento Europeo a favor de una regulación sobre robótica, en Javier Valls Prieto (coord.), *Retos jurídicos por la sociedad digital*, Aranzadi, Cizur Menor; RAMÓN FERNÁNDEZ, F. (2019). Robótica, inteligencia artificial y seguridad: ¿Cómo encajar la responsabilidad civil?, *Diario La Ley*, núm. 9365, Sección Doctrina, 25 de febrero de 2019; TOMÁS MARTÍNEZ, G. (2017). ¿Puede un robot ser responsable por causar daños?: primeras reflexiones ante el nuevo reto europeo de innovación legal. En Lorenzo Prats Albentosa y Gema Tomás Martínez (coord.), *Culpa y responsabilidad*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2017.

[27] El texto aparece publicado en inglés bajo el título *Ethics Commission Automated and Connected Driving, Appointed by the Federal Minister of Transport and Digital Infrastructure Report*. Presentado el 28 de agosto del mismo año por el ministro Alexander Dobrindt, se puede encontrar en la página web del ministerio: https://www.bmvi.de/SharedDocs/EN/publications/report-ethics-commission.pdf?__blob=publicationFile

[28] *Definición y clasificación de los «robots inteligentes. Debe establecerse una definición europea común de robots autónomos «inteligentes», cuando proceda, incluidas las definiciones de sus subcategorías, teniendo en cuenta las siguientes características: —la capacidad de adquirir autonomía mediante sensores y/o mediante el intercambio de datos con su entorno (interconectividad) y el análisis de dichos datos; —la capacidad de aprender a través de la experiencia y la interacción; —la forma del soporte físico del robot; —la capacidad de adaptar su comportamiento y acciones al entorno*.

[29] La robot Sofía, creada por Hanson Robotics, fue presentada el 11 de octubre de 2017 en las Naciones Unidas con una breve conversación con su Vicesecretario General, Amina J. Mohammed. El 25 de octubre, en la Cumbre de Inversión Futura en Riad, le fue concedida la ciudadanía saudí, convirtiéndose así en el primer robot en tener una nacionalidad.

[30] La Carta se halla abierta a la firma de quien esté interesado en http://www.robotics-openletter.eu/. Consultada en febrero de 2019.

[31] MOZO SEOANE, A. (2018). Robots e inteligencia artificial. Control de sus riesgos, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, abril-junio de 2018, número 2-2018, 237-252.

[32] La resolución de 2017 se complementa con una consulta pública realizada por la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo con base en un previo Informe del propio PE, en relación con el futuro de la robótica y la inteligencia artificial, efectuada entre el 8 de febrero y el 1 de junio de 2017, y dirigida tanto al público general como a los especialistas.

[33] SANTOS GONZÁLEZ, M.J. (2017). Regulación legal de la robótica y la inteligencia artificial: retos del futuro, *en Revista Jurídica de la Universidad de León*, núm. 4, 25-50.

[34] LARREGUE, J. (2019). Un tournant relativiste chez les juristes? La distinction entre les personnes et les choses n'est pas menacée par les robots humanoides, *ZILSEL, Sociologie, histoire, anthropologie et philosophie des sciences et des techniques*, 23 février 2019. En: https://zilsel.hypotheses.org/3619?utm_source=lettre, consultado el 15 de marzo de 2019.

[35] LOISEAU, G. (2018). La personnalité juridique des robots: une monstruosité juridique, *La semaine juridique*, édition générale, vol. 22, 2018, 1039-1042.

[36] FRISON-ROCHE, M.-A. (2017). La disparition de la distinction de jure entre la personne et les choses: gain fabuleux, gain catastrophique, *Recueil Dalloz*, 2017, vol. 41, 2386-2389.

[37] *Vid*. LACRUZ MANTECÓN, M.L., (2018). Potencialidades de los robots y capacidades de las personas, en C. Rogel Vide, coord., *Los robots y el Derecho*, Reus, Madrid, 85-129.

[38] BADILLO ARIAS (2019). «La responsabilidad civil y el aseguramiento obligatorio de los robots», *Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro*, núm. 1, 2019, 3.

(Trabajo recibido el 9-4-2019 y aceptado para su publicación el 27-5-2019)

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 8-5-2019
(BOE 1-6-2019)
Registro de la Propiedad de Figueres.

ACCIÓN RESOLUTORIA DEL ARTÍCULO 1124 DEL CÓDIGO CIVIL: CONSIGNACIÓN.

La relación existente entre la facultad resolutoria implícita prevista en el artículo 1124 del Código civil y la condición resolutoria expresa a que se refiere el artículo 1504 del mismo Código, ha sido ampliamente analizada por nuestra jurisprudencia. En perjuicio de reconocer la existencia de importantes diferencias entre ambas acciones, se puede concluir que hay dos aspectos esenciales que son comunes. En primer término, la necesidad de que se haya producido un incumplimiento contractual que legitime la acción resolutoria. Y, en segundo lugar, tanto en un caso como en otro el efecto resolutorio implica la recíproca restitución de las prestaciones entre las partes.

Y aunque es cierto que el artículo 175.6.a del Reglamento Hipotecario y la doctrina de este Centro Directivo se refieren a los casos en los que existe una condición resolutoria inscrita, ningún obstáculo ha de existir para aplicar esta misma exigencia a los casos en los que la resolución deriva del ejercicio de la acción prevista en el artículo 1124 del Código civil. Debe, por tanto, concluirse que la exigencia de consignación a disposición del comprador de las cantidades por él pagadas como precio en la compraventa, en los términos que prevé el artículo 175.6.a del Reglamento Hipotecario, es aplicable como requisito para

la reinscripción a favor del vendedor a los casos en los que la resolución del derecho inscrito tiene su origen en el ejercicio de la acción resolutoria prevista en el artículo 1124 del Código civil.

Resolución de 8-5-2019
(BOE 1-6-2019)
Registro de la Propiedad de Coria.

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: REQUISITOS.

En cuanto al primer defecto, en el caso que nos ocupa el título expresa una referencia catastral e incluye una certificación catastral que no es coincidente con la descripción de la finca, ya que se indica que corresponde a la finca que se pretende inmatricular junto con otra objeto del título. Tras producirse una alteración catastral, se aporta una nueva certificación catastral la cual es totalmente coincidente con la descripción de la finca en el título. Sin perjuicio de la conveniencia de rectificar el título para hacer constar la referencia y certificación catastral correcta, lo cierto es que tal exigencia no se deriva del precepto citado, que no exige que la certificación se incorpore al título y solo impone la total coincidencia entre la descripción del título y la de la certificación catastral que se aporte, lo cual se cumple en el presente caso en el que se aporta como documento complementario, subsanatorio y posterior. El registrador, a solicitud del interesado, puede obtenerla directamente de la Sede Electrónica de la Dirección General del Catastro.

En el caso de este expediente, el registrador en su nota de calificación, transcrita más arriba, expresa con detalle los motivos por los que tiene indicios fundados de que la finca que se pretende inmatricular pueda coincidir con otra previamente inmatriculada, quedando perfectamente identificada la finca que pudiera verse afectada por la operación que pretende acceder al Registro. Téngase en cuenta que la apreciación de dudas de que la finca que se pretenda inmatricular coincida con otra no tiene por qué referirse a la totalidad de la finca sino que debe evitarse la coincidencia incluso parcial con otras fincas inscritas. De lo expuesto, y en los términos que se expresa la nota de calificación, este Centro Directivo no puede sino concluir que las dudas del registrador están suficientemente fundadas, y que, por tanto, el defecto ha de ser confirmado.

Ante la negativa del registrador a practicar la inmatriculación pretendida por cualquiera de las vías reguladas en el nuevo Título VI de la Ley Hipotecaria, el legitimado para ello podrá, bien recurrir judicialmente contra la calificación registral ante los juzgados de la capital de la provincia a la que pertenezca el lugar en que esté situado el inmueble, siendo de aplicación las normas del juicio verbal conforme al artículo 324 de la Ley Hipotecaria —si lo que pretende es la revisión judicial de la calificación registral—; o bien hacer uso de lo dispuesto en el nuevo artículo 198, que, tras enunciar los diferentes procedimientos —y entre ellos, el de inmatriculación— para lograr la concordancia entre el Registro de la Propiedad y la realidad física y jurídica extrarregistral, señala que «la desestimación de la pretensión del promotor en cualquiera de los expedientes regulados en este Título no impedirá la incoación de un proceso jurisdiccional posterior con el mismo objeto que aquel». Pero lo que ya no cabe, en modo alguno, es la aplicación de lo dispuesto en los artículos 300 y 306 del Reglamento Hipotecario.

Resolución de 8-5-2019
(BOE 1-6-2019)
Registro de la Propiedad de Montilla.

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: HERENCIA YACENTE.

En los casos en que interviene la herencia yacente, la doctrina de este Centro Directivo impone que toda actuación que pretenda tener reflejo registral deba articularse bien mediante el nombramiento de un administrador judicial, en los términos previstos en los artículos 790 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, bien mediante la intervención en el procedimiento de alguno de los interesados en dicha herencia yacente (resoluciones de 27 de mayo y 12 de julio de 2013, 8 de mayo de 2014, 5 de marzo de 2015 y demás citadas en los «Vistos»). Solo si no se conociera el testamento del causante ni hubiera parientes con derechos a la sucesión por ministerio de la ley, y la demanda fuera genérica a los posibles herederos del titular registral sería pertinente la designación de un administrador judicial.

Por otro lado, las peculiaridades derivadas de la presentación de una demanda contra una herencia yacente no impiden que se deba procurar la localización de quien pueda ostentar su representación en juicio como paso previo a una posterior declaración en rebeldía.

También ha aclarado esta Dirección General, respecto a la incidencia de la renuncia de los herederos en los supuestos de procedimientos seguidos contra la herencia yacente, que no evita la necesidad de nombrar administrador el hecho de que haya un pronunciamiento judicial en el que conste haberse otorgado escritura de renuncia a la herencia por parte de los herederos, pues, mediando la renuncia de los inicialmente llamados a la herencia, esta pasa a los siguientes en orden, sean testados o intestados, quienes serán los encargados de defender los intereses de la herencia; así en resolución de 19 de septiembre de 2015. Distinto sería el caso de que la renuncia de los herederos se hubiera producido una vez iniciado el procedimiento de ejecución como consecuencia del requerimiento que se les hubiera hecho en este, pues en este caso sí habría habido posibilidad de intervención en defensa de los intereses de la herencia (resolución de 15 de noviembre de 2016).

Resolución de 8-5-2019
(BOE 1-6-2019)
Registro de la Propiedad de Palma del Río.

HIPOTECA: VALOR DE TASACIÓN A EFECTOS DE SUBASTA.

La única cuestión que plantea el presente recurso, dado que solo se ha recurrido el defecto letra A), radica en determinar si el tipo de subasta de la vivienda unifamiliar en construcción que se hipoteca, fijado a los efectos del artículo 129 de la Ley Hipotecaria y del artículo 682 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, consistente en el 100% del valor de tasación fijado en el correspondiente certificado de tasación homologado «como valor hipotético una vez se haya terminado la obra nueva», es válido para la inscripción de los pactos de ejecución directo hipotecario y extrajudicial de la escritura de constitución de hipoteca, y como consecuencia para la inscripción de la hipoteca misma, salvo

que el acreedor consienta en la inscripción parcial sin dichos pactos (arts. 19 bis y 322 LH).

En la actual situación legislativa para poder inscribir los pactos de ejecución directa sobre bienes hipotecados o el pacto de venta extrajudicial incluidos en las escrituras de constitución de hipoteca, resulta imprescindible que se acredite al registrador, a través de la certificación oficial pertinente, la tasación realizada conforme a lo previsto en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario, para que este pueda comprobar que el tipo de subasta no es inferior al 75% del valor de dicha tasación.

En concreto, en el supuesto objeto del recurso el valor de tasación actual de la finca hipotecada es de 130.633,22 euros y el tipo fijado para subasta es de 263.911,13 euros, tipo que coincide con el valor hipotético en caso de terminación de la obra. Es cierto, como señala el recurrente, que no existe norma alguna que, en el ámbito de la ejecución hipotecaria, imponga expresamente que el tipo de subasta no pueda ser superior al valor de tasación de la finca hipotecada sino únicamente que el tipo de subasta no puede ser inferior al 75% del valor de la tasación (arts. 682 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 129 LH). Es más, puede en no pocas ocasiones resultar muy plausible que el deudor hipotecario quiera, y así lo negocie y acuerde con el prestamista, elevar ese valor de tasación, para evitar una adjudicación por una cifra inferior al valor real esperado del bien, a la vista de una revalorización previsible por todo tipo de motivos.

Resolución de 9-5-2019
(BOE 1-6-2019)
Registro de la Propiedad de Albacete, número 1.

HIPOTECA: SUSTITUCIÓN DE LA FINCA HIPOTECADA POR OTRA FINCA.

Para saber cuándo existe una novación extintiva hay que acudir al artículo 1204 del propio Código civil que dice que «para que una obligación quede extinguida por otra que la sustituya, es preciso que así se declara expresamente, o que la antigua y la nueva sean de todo punto incompatibles», en otras palabras, es la autonomía de la voluntad la que, como regla general, determina cuando la novación es extintiva o meramente modificativa. La jurisprudencia del Tribunal Supremo, siguiendo el parecer mayoritario de la doctrina, ha consagrado la existencia de una novación simplemente modificativa y que «la alteración del plazo, la rebaja en los tipos de interés o la reforma de las formas de pago, entre otras», no entrañan más que modificaciones de la obligación, no una novación extintiva. Y, en cuanto a los efectos novatorios del aumento del capital del préstamo y su correlación con la ampliación del plazo, vienen hoy recogidos en el artículo 4 de la Ley 2/1994.

El concepto sustitución de la finca gravada no constituye un supuesto de novación modificativa, sino una novación extintiva, que implica la cancelación de la hipoteca primitiva y la necesidad de constituir una nueva hipoteca *«ex novo»*, aunque sus concretas cláusulas puedan pactarse por referencia a una escritura anterior que se constituya en complementaria. Esa condición de nueva hipoteca de la denominada novación objetiva del préstamo hipotecario, y la prohibición en derecho español, como regla general, de las hipotecas solidarias (arts. 119 y 246 LH y, 216 a 218 RH), es decir, que un mismo préstamo esté garantizado *ab initio* por su total capital por dos o más fincas hipotecadas; tiene como consecuencias

prácticas el que para poder procederse a su inscripción: a) debe acreditarse previamente la cancelación de la hipoteca primitiva; b) que a la correspondiente escritura deba incorporarse o acompañarse la primitiva escritura de constitución de hipoteca, para la debida constancia en la inscripción de la nueva hipoteca de todas sus cláusulas.

Ahora bien, en el supuesto objeto de este recurso no se lleva a cabo una simple modificación objetiva de la hipoteca inscrita, consistente en que una nueva finca gravada se subrogue en el lugar de la anteriormente hipotecada, como ocurría en la resolución de 20 de octubre de 1998, sino que la notaria autorizante después de expresar en la parte expositiva de la escritura, es decir, en su parte no contractual, cuál es la voluntad de las partes contratantes, procede, como explica bien en su recurso, a autorizar expresamente los actos y negocios jurídicos de cancelación de la hipoteca inscrita y de constitución de nueva hipoteca sobre otra finca, que son precisamente los que se consideran procedentes de acuerdo con todo lo anteriormente expuesto.

Resolución de 9-5-2019
(BOE 1-6-2019)
Registro de la Propiedad de Arévalo.

PROCEDIMIENTO DE APREMIO ADMINISTRATIVO POR DEUDAS A LA HACIENDA PÚBLICA: NUEVO RÉGIMEN DE ADJUDICACIÓN TRAS EL REAL DECRETO 1071/2017.

Cuando el ejercicio de las potestades administrativas haya de traducirse en una modificación del contenido de los asientos del Registro de la Propiedad, se ha de sujetar, además de a la propia legislación administrativa aplicable, a la legislación hipotecaria, que impone el filtro de la calificación en los términos previstos por los artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 99 de su Reglamento, habida cuenta de los efectos que la propia legislación hipotecaria atribuye a aquellos asientos, y entre los que se encuentran no solo los derivados del principio de legitimación registral (con los que solo en parte se confunden los resultantes de la presunción de validez del artículo 39.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas), sino también otros distintos y superiores, también con transcendencia «*erga omnes*», como el de inoponibilidad de lo no inscrito y el de fe pública registral de los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria (*vid.* resoluciones de 15 de enero de 2013 y 11 de julio de 2014, o entre las más recientes la de 6 de febrero de 2019).

Como hemos visto, en el presente caso el registrador cuestiona la idoneidad del procedimiento de adjudicación directa seguido para la realización del bien, al considerar que en el supuesto de hecho de este expediente no concurre ninguna de las causas legales habilitantes de la adjudicación directa, como procedimiento excepcional frente a la regla general de la enajenación mediante subasta, al haber sido suprimida entre tales causas habilitantes la relativa a haber quedado desierta la subasta del bien, en virtud de la reforma del artículo 107 del Reglamento General de Recaudación en virtud del Real Decreto 1071/2017, de 29 de diciembre, reforma que estaba en vigor el día 25 de abril de 2018 en que se celebró la subasta y el día 5 de septiembre de 2018 en que se abrió el procedimiento de adjudicación directa. Discutiéndose, por tanto, la idoneidad o admisibilidad legal del procedimiento seguido, y siendo este extremo uno de los

que conforme a las disposiciones y doctrina antes expuestos están sujetos a la calificación registral, no cabe sino desestimar este primer motivo de oposición a la calificación impugnada.

Señala el Preámbulo del Real Decreto 1071/2017 que «la adjudicación directa se elimina como procedimiento posterior y subsiguiente al procedimiento de subasta. Se trata de simplificar el procedimiento de enajenación para potenciar la concurrencia en el mismo, así como su transparencia y agilidad». Esta novedad se concreta en la nueva redacción del artículo 107, apartado 1, del Reglamento General de Recaudación. El debate se centra, en consecuencia, no tanto en el alcance y significado de la reforma en este punto, sino en la delimitación de su eficacia temporal al discrepar sobre la interpretación que haya de darse al régimen transitorio incorporado a dicho Real Decreto. Se hace necesario, por tanto, analizar dicho régimen.

En cuanto al ámbito de la eficacia temporal del reiterado Real Decreto 1071/2017, de 29 de diciembre, se establece en su disposición final única que el mismo «entrará en vigor el día 1 de enero de 2018». Por su parte, la disposición transitoria tercera del Reglamento General de Recaudación, aprobado por el Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, establece en el párrafo segundo de su apartado 1 que «las actuaciones de enajenación de bienes continuarán rigiéndose por la normativa vigente antes de la entrada en vigor de este reglamento cuando el acuerdo de enajenación mediante subasta, la autorización para la enajenación por concurso o el inicio del trámite de adjudicación directa se hayan producido antes de la entrada en vigor de este reglamento». Finalmente, el citado Real Decreto 1071/2017 introduce en el mismo Reglamento General de Recaudación, a través del apartado 39 de su artículo único, una nueva disposición transitoria cuarta, conforme a la cual «las normas relativas al desarrollo del procedimiento de subasta a través del Portal de Subastas de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado se aplicarán a los procedimientos iniciados a partir del 1 de septiembre de 2018».

El hecho de que la adjudicación directa haya sido contemplada, hasta la reforma introducida por el Real Decreto 1071/2017, como un procedimiento alternativo a la subasta para el caso de que esta haya quedado desierta, no autoriza a confundirlo en modo alguno con el propio procedimiento de la subasta, por el mero hecho de compartir su condición de procedimientos de enajenación forzosa en un expediente de apremio. Como claramente resulta del preámbulo del citado Real Decreto «la adjudicación directa se elimina como procedimiento posterior y subsiguiente al procedimiento de subasta». Se trata de un procedimiento «posterior y subsiguiente» al procedimiento de subasta, es decir, claramente distinto de este. Así lo confirma también, destacando su autonomía en el plano del derecho transitorio como modos de enajenación distintos, el contenido de la disposición transitoria tercera, apartado 1, del Reglamento General de Recaudación, en su redacción originaria. Se distinguen, por tanto, con toda claridad, como fases distintas del procedimiento que pueden estar sujetas a regímenes normativos diferentes y sucesivos en función de sus respectivas fechas de vigencia, la subasta y la enajenación directa (además del concurso). Esta disposición transitoria tercera del Reglamento General de Recaudación, al igual que sucede en el caso de las transitorias del Código civil, debe guiar como criterio interpretativo las cuestiones de derecho transitorio no contempladas específicamente por el Real Decreto 1071/2017. Criterio jurisprudencial de interpretación estricta de los supuestos de excepción a la regla general de la enajenación mediante subasta que choca frontalmente con la interpretación extensiva postulada por el recurrente de

la reiterada disposición transitoria cuarta, interpretación que, por ser claramente contraria a su tenor literal y a su explícita finalidad (reflejada en el Preámbulo del Real Derecho 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 10-5-2019
(BOE 7-6-2019)
Registro de la Propiedad de Punta Umbría.

PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN REGISTRAL: LOS ASIENTOS ESTÁN BAJO LA SALVAGUARDIA DE LOS TRIBUNALES.

Es doctrina reiterada de este Centro Directivo, 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 LH). Por tanto, a la luz de esta doctrina es claro que el recurso no puede prosperar, pues practicados los asientos, los mismos se hallan bajo la salvaguardia judicial y no es posible, en el concreto ámbito de

este expediente, revisar, como se pretende, la legalidad en la práctica de dicho asiento ni de la calificación positiva previa por la que se han practicado los asientos, con los consiguientes efectos de legitimación que los mismos generan. Las rectificaciones de los asientos, en su caso, debe realizarse por los medios previstos en el artículo 40 de la Ley Hipotecaria.

Sentado lo anterior, en el caso del presente expediente, es correcta la actuación de la registradora que, constando inscrita una carga hipotecaria no cancelada jurídicamente sobre una vivienda unifamiliar y sobre el vuelo de la misma, y ejercitándose posteriormente dicho derecho de vuelo mediante escritura de declaración de obra nueva y división horizontal inscrita en Registro, lleva a cabo el arrastre de la carga hipotecaria de la finca matriz sobre los elementos privativos resultantes de la división horizontal, sin que pueda cancelarse jurídicamente la misma en tanto no medie el consentimiento del titular registral o resolución judicial firme (cfr. art. 82 LH).

Resolución de 10-5-2019
(BOE 7-6-2019)
Registro de la Propiedad de Santander, número 5.

RECURSO GUBERNATIVO: POSIBILIDAD DE INTERPONERLO DESPUÉS DE HABER SUBSANADO EL DEFECTO. ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: EMBARGO PREVENTIVO INAUDITA PARTE.

Con carácter previo debe pronunciarse este Centro Directivo sobre la admisibilidad del recurso cuando el documento objeto de calificación ha sido ya inscrito como consecuencia de la subsanación del defecto alegado por el registrador. En tal sentido se ha manifestado ya esta Dirección General (resolución de 11 de enero de 2016) afirmando que la subsanación del defecto y la práctica en su caso de la inscripción solicitada no son obstáculo para la interposición del recurso contra la calificación del registrador.

Con carácter general, no es posible practicar anotación preventiva de un embargo, ya sea este adoptado como medida cautelar o como acto dentro de proceso de ejecución, sin que el titular registral de la finca embargada haya sido adecuadamente citado en el procedimiento en el que dicho embargo se ha acordado, con el fin de eludir la indefensión que prohíbe el artículo 24 de la Constitución Española.

No obstante lo anterior, tratándose de medidas cautelares, y considerando la urgencia que en muchas ocasiones concurre para su adopción a fin de evitar que se frustre el resultado del proceso, nuestro ordenamiento ha previsto la posibilidad de que se tomen este tipo de medidas inaudita parte. En concreto, el artículo 733 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Este precepto trae causa directa de la doctrina de la contradicción diferida elaborada por el Tribunal Constitucional a partir de diferentes resoluciones, como las sentencias números 218/1994, de 18 de julio, y 37/2003, de 25 de febrero.

En el ámbito de los procedimientos administrativos ya tuvo ocasión este Centro Directivo de abordar esta cuestión. Así, la resolución de 1 de octubre de 2005 señaló respecto de la posibilidad de anotar un embargo preventivo adoptado inaudita parte en el marco de un procedimiento de derivación de responsabilidad por la Agencia Tributaria. La registradora aduce en su nota de calificación, para justificar su negativa a practicar la anotación, que el actual artículo 81 de la Ley

General Tributaria, a diferencia de lo que establecía el artículo 128 de la Ley General Tributaria de 1963, exige como requisito de este tipo de medidas cautelares el que sean notificadas al afectado. Tal criterio, sin embargo, no puede ser acogido por este Centro Directivo. Como bien se señala en el escrito de recurso, la nueva redacción que recoge el actual artículo 81.1 de la ley no supone, en cuanto al aspecto que es ahora objeto de debate, ninguna novedad. No será sin embargo admisible que el embargo preventivo adoptado inaudita parte pueda convertirse en embargo ejecutivo o prorrogarse más allá de los seis meses de vigencia inicial, sin que entonces sí se acredite la oportuna notificación al afectado titular registral de la finca embargada.

Resolución de 10-5-2019
(BOE 7-6-2019)
Registro de la Propiedad de Carlet, número 1.

EXPEDIENTE DE DOMINIO PARA LA INMATRICULACIÓN: NECESIDAD DE APORTAR TÍTULO DE ADQUISICIÓN DEL PROMOTOR.

De la letra del artículo 203 de la Ley Hipotecaria puede deducirse de un modo directo, que uno de los elementos a aportar en el inicio del trámite del expediente deberá ser el documento que acredite la titularidad del promotor, cuestión esta calificada y exigida por el registrador en su calificación, teniendo su ausencia un carácter obstativo que impide la inscripción en el Registro del acta de conclusión del título inmatriculador. Ciertamente el antiguo artículo 201 señalaba que dicho título justificativo se aportará «si lo tuviere», pero actualmente este requisito se vuelve inexcusable al exigir la aportación documental del título (por ello, el formal ya sea público o privado, comprensivo igualmente del material) en el que el promotor justifique su derecho. Debe ser un título apto para fundamentar el dominio del inmueble a favor de persona determinada conforme a nuestras normas de Derecho Civil —artículos 609 del Código civil y 2 de la Ley Hipotecaria—, con independencia de la forma pública o privada del mismo.

Resolución de 14-5-2019
(BOE 7-6-2019)
Registro de la Propiedad de La Unión, número 2.

DERECHO DE OPCIÓN: EJERCICIO UNILATERAL. NOTIFICACIONES: FORMA.

El requisito de determinación de las cuotas de cada titular (art. 54 RH) es un requisito para practicar la inscripción, de ahí que sea predicable cualquiera que sea el título en virtud del cual se solicite, ya sea de origen judicial, ya de origen administrativo, ya de origen notarial. Sin embargo, en el presente expediente consta en la inscripción registral que el derecho de opción corresponde a los dos titulares registrales por mitades e iguales partes indivisas (cfr. art. 38 LH) y en la escritura presentada de ejercicio del derecho de opción se manifiesta que dicho ejercicio se realiza en la forma pactada en la escritura de concesión del derecho de opción, por lo que debe entenderse que es por mitades e iguales partes indivisas.

La doctrina científica y la de este Centro Directivo han admitido la inscribibilidad y eficacia del pacto de ejercicio unilateral de la opción sin necesidad de la intervención del concedente del derecho; ahora bien: tal innecesariedad de su consentimiento ha de tener su base en el exacto cumplimiento de los requisitos inscritos para la inscripción a favor del optante; y en el presente caso no es así. El defecto señalado por la registradora no es la falta de determinación del precio ni si la prima de la opción es o no un elemento esencial del contrato de opción. El defecto consiste en que en ningún momento se estipuló por las partes en el contrato de opción que la prima para su concesión se entendería como un pago a cuenta del precio de compraventa.

Es cierto que las partes pactaron que una de las formas de pago del precio de la compraventa en el momento de ejercicio de la opción podría ser la retención del «importe necesario para satisfacer los remanentes de los préstamos hipotecarios que pudiere haber suscrito [se entiende que la parte concedente y que se trataría de préstamos hipotecarios que gravasen la misma finca, aunque no queda del todo claro este extremo]». Ahora bien, no puede quedar al arbitrio de la parte concedente la decisión acerca de cuál es el saldo pendiente de satisfacer de los préstamos hipotecarios que gravan la finca y que tal importe pendiente resulte solo de la manifestación del optante, de acuerdo con el artículo 1256 del Código civil.

En relación con esta cuestión, se debe empezar señalando que la regulación que los Reglamentos Hipotecario y Notarial hacen respecto de los requerimientos y notificaciones ha de interpretarse de acuerdo con las exigencias de los preceptos constitucionales que garantizan el derecho a la tutela judicial efectiva en los términos que la misma es interpretada por el Tribunal Constitucional. A efectos de notificación, se debe considerar suficiente el acta notarial acreditativa del envío por correo certificado con aviso de recibo del documento, siempre que la remisión se haya efectuado al domicilio designado por las partes, según el Registro, y resulte del acuse de recibo que el envío ha sido debidamente entregado en dicho domicilio (cfr. resolución de 21 de noviembre de 1992). De acuerdo con lo expuesto, y siguiendo el criterio de las resoluciones de este Centro Directivo de 16 de diciembre de 2013 y 3 de agosto de 2017, debe entenderse que resultando infructuosa la notificación por correo certificado, debe verificarse una notificación personal del notario. No siempre que exista una falta de determinación legal de la forma de practicar las notificaciones y requerimientos a efectos registrales, puede acudirse al uso del burofax.

Respecto a la posibilidad de realizar las notificaciones en un domicilio distinto del señalado en la escritura, solo si queda acreditado bajo la fe del notario que el destinatario tiene cabal conocimiento de su contenido y de su fecha es admisible considerar practicada la diligencia y llevado a cabo el trámite en términos que no violenten sus derechos constitucionales.

Resolución de 14-5-2019
(BOE 7-6-2019)
Registro de la Propiedad de Lucena del Cid.

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: REQUISITO DE LA PREVIA INSCRIPCIÓN DEL DERECHO DEL TRANSMITENTE.

Debe recordarse que como ha afirmado con reiteración esta Dirección General (*vid.*, por todas, la resolución de 10 de abril de 2017) es principio básico de nuestro Derecho hipotecario, íntimamente relacionado con los de salvaguardia

judicial de los asientos registrales y el de legitimación, según los artículos 1, 38, 40 y 82 de la Ley Hipotecaria, el de tracto sucesivo, en virtud del cual, para inscribir un título en el Registro de la Propiedad se exige que esté previamente inscrito el derecho del transmitente (art. 20 LH). En consecuencia, estando la finca transmitida, inscrita en el Registro de la Propiedad y bajo la salvaguardia de los tribunales a favor de una persona distinta, no podrá accederse a la inscripción del título calificado sin consentimiento del titular registral, que resulte de los correspondientes títulos traslativos con causa adecuada.

Resolución de 14-5-2019
(BOE 7-6-2019)
Registro de la Propiedad de Tárrega.

OBRA NUEVA: REQUISITOS. RECURSO GUBERNATIVO: ALCANCE DEL INFORME DEL REGISTRADOR.

En cuanto al único defecto señalado en la nota de calificación, a la escritura, como se ha dicho, se incorpora la impresión del archivo GML conteniendo las coordenadas de la porción de suelo ocupado por la edificación, el cual viene referido a un área comprensivo de las tres edificaciones de 569 metros cuadrados, coincidente con la cabida total de las edificaciones descritas en la escritura. No obstante, su aportación podría ser suplida por la obtención por el registrador de las expresadas coordenadas a través de la consulta a la Sede Electrónica del Catastro, por acreditarse la antigüedad en base a certificación catastral descriptiva y gráfica y tomarse su descripción de la correspondiente certificación catastral. La actuación de consulta es incluso obligatoria en aquellos supuestos en que su toma en consideración directa por el registrador viene exigida en cumplimiento estricto de los deberes que resultan de la Constitución y que obligan, desde su publicación a todas las Administraciones Públicas. Y ello no solo cuando se busca depurar datos confusos sino también para asegurarse, a la vista de la documentación presentada, de la legalidad de los asientos cuya inscripción se pide (*vid.* resolución de 14 de diciembre de 2016).

Finalmente, en cuanto a las dudas planteadas por la registradora respecto a la parte de finca en que realmente están ubicadas las edificaciones y la posibilidad de que se asienten sobre una porción de suelo no inmatriculada, a esta concreta cuestión hace referencia la registradora en el informe pero no en la nota de calificación, y es doctrina de esta Dirección General que el informe es un trámite en el que el registrador puede profundizar sobre los argumentos utilizados para determinar los defectos señalados en su nota de calificación, pero en el que en ningún caso se pueden añadir nuevos defectos.

Resolución de 14-5-2019
(BOE 7-6-2019)
Registro de la Propiedad de Las Palmas de Gran Canaria, número 4.

PROCEDIMIENTO DEL ARTÍCULO 199 DE LA LEY HIPOTECARIA: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Como se ha reiterado por esta Dirección General (cfr., por todas, la reciente resolución de 5 de diciembre de 2018) el artículo 9 de la Ley Hipotecaria, contem-

pla en su apartado b) la posibilidad de incorporar a la inscripción, como operación específica, la representación gráfica georreferenciada de la finca que complete su descripción literaria, expresándose, si constaren debidamente acreditadas, las coordenadas georreferenciadas de sus vértices. Según dicho artículo 9.b), para efectuar esta incorporación potestativa han de aplicarse con carácter general los requisitos establecidos en el artículo 199 de la Ley Hipotecaria.

El registrador debe calificar en todo caso la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, que pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o en parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o a que se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria. El registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas en el procedimiento, debe decidir motivadamente según su prudente criterio. En caso de haberse manifestado oposición por algún interesado, constituye uno de los principios de la regulación de la Jurisdicción Voluntaria que, salvo que la ley expresamente lo prevea, la sola formulación de oposición por alguno de los interesados no hará contencioso el expediente, ni impedirá que continúe su tramitación hasta que sea resuelto. Por tanto, y conforme al artículo 199 de la Ley Hipotecaria, «la mera oposición de quien no haya acreditado ser titular registral de la finca o de cualquiera de las registrales colindantes determine necesariamente la denegación de la inscripción». El juicio de identidad de la finca por parte del registrador, debe estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados.

Resolución de 14-5-2019
(BOE 7-6-2019)
Registro de la Propiedad de Las Palmas de Gran Canaria, número 4.

OBRA NUEVA: NECESIDAD DE INSCRIBIR LA BASE GRÁFICA DE LA FINCA DONDE SE UBICA EL EDIFICIO.

Debe recordarse también la doctrina de este Centro Directivo acerca de si para inscribir sobre una finca una edificación con las coordenadas de la superficie ocupada por ella es necesaria o no la previa inscripción de la representación gráfica georreferenciada de la finca sobre la que se dice estar ubicada dicha edificación.

Como es doctrina reiterada de este Centro Directivo, para inscribir cualquier edificación, nueva o antigua, cuya declaración documental y solicitud de inscripción se presente en el Registro de la Propiedad a partir del 1 de noviembre de 2015, fecha de la plena entrada en vigor de la Ley 13/2015, será requisito, en todo caso que la porción de suelo ocupada habrá de estar identificada mediante sus coordenadas de referenciación geográfica. Como ha afirmado reiteradamente esta Dirección General, (cfr. resoluciones de 8 de febrero, 19 de abril, 9 de mayo y 5 de julio de 2016), para que, una vez precisada la concreta ubicación geográfica de la porción de suelo ocupada por la edificación, el registrador pueda tener la certeza de que esa porción de suelo se encuentra íntegramente comprendida dentro de la delimitación perimetral de la finca sobre la que se pretende inscribir, es posible que necesite, cuando albergue duda fundada a este respecto, que conste inscrita, previa o simultáneamente, y a través del procedimiento que corresponda, la delimitación geográfica y lista de coordenadas de la finca en que se ubique. Precisamente la circunstancia de ubicarse la edificación en los límites de la parcela o aún más, como ocurre en este caso, ocupando la totalidad de la misma,

es relevante a la hora de determinar si la misma puede extralimitarse de la finca registral desde el punto de vista espacial o geométrico. Concurre en el presente caso la circunstancia de ser coincidentes las coordenadas de la edificación con las que resultan de la representación gráfica alternativa de la finca incorporada en el título, lo que supone que indirectamente se estaría georreferenciando la finca registral.

Resolución de 16-5-2019
(BOE 13-6-2019)
Registro de la Propiedad de Albacete, número 1.

OBRA NUEVA: LIBRO DEL EDIFICIO.

Como ha quedado expuesto en los antecedentes de hecho, la registradora, a la vista del recurso, rectificó la calificación respecto del único defecto impugnado (respecto del cual no procede, por tanto, pronunciarse) mientras que la mantuvo respecto del primer defecto, relativo a la falta de aportación del libro del edificio, respecto del cual nada expresa el notario en su escrito de impugnación. Por ello, dicha calificación debe ser confirmada, conforme a la reiterada doctrina de esta Dirección General sobre la necesidad de aportar para su archivo el libro del edificio, expresadas, entre otras, en las resoluciones citadas en la calificación impugnada, con criterio mantenido (para un supuesto en que era aplicable la legislación de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha) en la más reciente resolución de 29 de mayo de 2018.

Resolución de 16-5-2019
(BOE 13-6-2019)
Registro de Barcelona, número 1.

DERECHO DE USO SOBRE LA VIVIENDA FAMILIAR ATRIBUIDO EN CONVENIO REGULADOR: REQUISITOS. CONVENIO REGULADOR DE LA SEPARACIÓN Y DIVORCIO: TRANSMISIONES A TÍTULO GRATUITO.

Se ha de precisar con carácter previo que en el convenio regulador aprobado por la sentencia objeto de calificación y en la misma sentencia, de 14 de julio de 2000, consta que dicho convenio se formuló conforme al artículo 90 del Código civil, sin que en dicho título calificado exista ni siquiera indicio alguno de que los cónyuges tuvieran vecindad civil catalana, por lo que las medidas contenidas en el referido convenio, y entre ellas la relativa al establecimiento de la residencia en el domicilio familiar, se rigen por el Derecho común y no por la legislación de Cataluña.

Según la reiterada doctrina de este Centro Directivo, al abordar la naturaleza jurídica del derecho de uso sobre la vivienda familiar lo procedente es considerarlo como un derecho de carácter familiar y, por tanto, ajeno a la distinción entre derechos reales y de crédito. Tal carácter impone consecuencias especiales, como la disociación entre la titularidad del derecho y el interés protegido por el mismo, pues una cosa es el interés protegido por el derecho atribuido (en este caso el interés familiar y la facilitación de la convivencia entre los hijos y el cónyuge a quien se atribuye su custodia) y otra la titularidad de tal derecho, la

cual es exclusivamente del cónyuge a cuyo favor se atribuye. Además, el derecho de uso sobre la vivienda familiar integra, por un lado, un derecho ocupacional, y por otro, una limitación de disponer que implica que el titular dominical de la vivienda no podrá disponer de ella sin el consentimiento del titular del derecho de uso o, en su caso, autorización judicial.

Esto no impide que si así se acuerda en el convenio y el juez, en atención al interés más necesitado de protección, aprueba la medida acordada por los cónyuges, se atribuya, en consecuencia, el uso del domicilio familiar a los hijos menores, sin olvidar que «vivirán en compañía de su madre». Esta tesis, habiendo sido defendida inicialmente por este Centro Directivo, ha acabado siendo asumida por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, Sala Primera, en sentencia de 14 de enero de 2010, dictada con fines de unificación de doctrina y confirmada entre otras por la más reciente de 6 de febrero de 2018.

Este contenido patrimonial del derecho de uso, y la posibilidad de su acceso al Registro de la Propiedad, tienen como consecuencia que, con independencia de que se trate, como ya se ha señalado, de un derecho encuadrable dentro de la categoría de los derechos familiares, deban ser respetadas las reglas relativas a los derechos cuyo acceso al Registro de la Propiedad se pretenda y a las exigencias derivadas de los principios hipotecarios. Por todo ello, debe tenerse en cuenta que, desde el punto de vista de la legislación registral, uno de sus pilares básicos que permiten garantizar la oponibilidad y conocimiento de los derechos inscritos por parte de los terceros —y por ende, favorecer también la propia protección del titular registral— es el denominado principio de especialidad o determinación registral, que consagrado en los artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento, impone que los derechos que pretendan acceder al Registro deberán estar perfectamente determinados en sus aspectos subjetivos, objetivos y contenido, incluyendo por tanto los límites temporales de su duración.

En el presente caso, al otorgarse el convenio regulador los cónyuges se limitan a convenir que uno de ellos y las dos hijas del matrimonio fijan su domicilio en determinado inmueble, que hasta ahora ha sido vivienda familiar, pero sin referencia específica alguna a la atribución de derecho de uso. En primer lugar, tal pacto no hace referencia específica alguna a la atribución del derecho de uso sobre la vivienda familiar. La misma falta de concreción debe considerarse respecto de los demás elementos definitorios del derecho de uso cuya inscripción se pretende. En efecto, no hay pronunciamiento alguno sobre la titularidad del derecho de uso. Por último, no procede plantear si era o no necesario fijar la duración de este derecho, ya que nada se expresa en la calificación impugnada. En definitiva, la falta de claridad en cuanto al alcance del eventual derecho del cónyuge y de las hijas, respecto de su configuración y límites no se compadece con el principio de especialidad, y, sobre todo, con la claridad que en la extensión del derecho que se inscribe se exige en la legislación hipotecaria.

En relación con el pacto séptimo del convenio regulador, el negocio jurídico formalizado en el convenio cuya inscripción se pretende no es calificado de donación hasta el escrito de recurso, pues lo único que consta en dicho convenio es una «renuncia». Y, conforme al principio de especialidad, resulta necesario que exista una plena y perfecta determinación del negocio jurídico formalizado por las partes cuya inscripción se pretende. Aunque hubiera sido deseable un mayor rigor en la redacción del convenio regulador respecto del pacto debatido, dada la especial trascendencia de las declaraciones de voluntad contenidas en el mismo, lo cierto es que tal renuncia no es sino un negocio jurídico de cesión del derecho de dominio correspondiente al marido sobre una mitad indivisa de la finca,

realizado a favor de las hijas y de forma gratuita, al no existir contraprestación alguna, lo que supone la existencia jurídica de una donación.

En caso de donaciones de bienes inmuebles, la regla general que condiciona su validez se recoge en el artículo 633 del Código civil, que impone su otorgamiento en escritura pública notarial como requisito «*ad solemnitatem*» de validez de la misma, así como su constancia en el mismo título formal la aceptación de la misma, ya sea en la misma escritura o en otra posterior separada. Este rigor formalista, sin embargo, se ha dulcificado en los casos de donaciones o negocios complejos de carácter familiar contenidos en convenios reguladores, cuya debida autorización en el convenio regulador obedece a una causa matrimonial concreta. Así se ha pronunciado este Centro Directivo en resoluciones como la de 8 de mayo de 2012. En consecuencia, para que pueda tener acceso al Registro de la Propiedad debe tratarse de un negocio diferente a una donación pura y simple, acercándose más a un acto de naturaleza familiar y matrimonial, de carácter complejo, y cuya finalidad se entronca con el cumplimiento de los deberes previstos en el artículo 90 del Código civil, circunstancias todas ellas concurrentes en el presente caso en tanto la renuncia realizada por el padre se verifica a favor de ambas hijas, entonces menores de edad, se refiere al inmueble hasta entonces constitutivo de la vivienda familiar.

Resolución de 16-5-2019
(BOE 13-6-2019)
Registro de la Propiedad de Celanova.

OBRA NUEVA: COORDENADAS DE LA PORCIÓN DE SUELO OCUPADA POR LA EDIFICACIÓN.

La cuestión central que se plantea en este expediente es la de si es posible la constancia registral de una finalización de obra nueva cuando la registradora expresa en su calificación dudas de que las coordenadas de la porción de suelo se ubiquen dentro de la finca registral. 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.

Cuando la finca no tiene previamente inscrita su georreferenciación, tal análisis geométrico espacial resultará difícil en ocasiones o imposible en otras, y puede no llegar a disipar las dudas acerca de si la concreta edificación declarada está o no efectivamente ubicada en su totalidad dentro de la finca sobre la que se declara. Con carácter general, la obligada georreferenciación de la superficie ocupada por cualquier edificación, no requiere, desde el punto de vista procedimental, que se tramite un procedimiento jurídico especial con notificación y citaciones a colindantes y posibles terceros afectados, salvo que el registrador en su calificación sí lo estimare preciso para disipar tales dudas fundadas acerca de que la edificación se encuentre efectivamente incluida en la finca sobre la que se declara.

Como es doctrina de esta Dirección General, la circunstancia de ubicarse la edificación en los límites de la parcela o aún más, como ocurre en este caso, ocupando la totalidad de la misma, es relevante a la hora de determinar si la misma puede extralimitarse de la finca registral desde el punto de vista espacial o geométrico.

Esta Dirección General ha considerado reiteradamente que la constancia de las coordenadas de la porción de suelo ocupada por la edificación, dado que se trata de una exigencia legal referida la concordancia del Registro con la realidad física extrarregistral de la finca (cfr. art. 198 LH), solo será exigible en los casos en que la edificación se encuentre finalizada.

Resolución de 17-5-2019
(BOE 13-6-2019)
Registro de la Propiedad de Cuenca.

EXPEDIENTE JUDICIAL DE DOMINIO PARA LA REANUDACIÓN DEL TRACTO: SUPUESTOS A LOS QUE SE APLICA.

Al encontrarnos con un expediente judicial de reanudación del tracto sucesivo interrumpido —que como medio de reanudación del tracto desaparecieron una vez entró en vigor la normativa de referencia— iniciado antes del 1 de noviembre de 2015, resulta aplicable la normativa anterior a la reforma señalada, es decir, la regulación prevista en los artículos 201 y 202 de la Ley Hipotecaria, en su redacción previa.

La posibilidad de inscribir en el Registro un expediente judicial de reanudación del tracto exigía entonces —y de modo similar se hace con la nueva normativa vigente tras la reforma operada por la Ley 13/2015, de 24 de junio— que hubiera una verdadera interrupción del tracto, debido a la inexistencia documental de alguna de las transmisiones intermedias en unión a la imposibilidad o la extrema dificultad de obtener o formular en la actualidad la voluntad del titular registral original —o del que alguno de los interesados hubiera adquirido su derecho—.

Por esta razón el mismo resulta impropio e inadecuado para el caso en que, como el aquí planteado, el promotor del expediente fuera causahabiente o sucesor directo del titular registral, el cual podría obtener la inscripción a su favor presentando (y si no existiera, otorgado anteriormente) el título que acredita la adquisición de su derecho sucediendo al titular registral.

Resolución de 17-5-2019
(BOE 13-6-2019)
Registro de la Propiedad de Olmedo.

RECURSO GUBERNATIVO: REQUISITOS PARA SU ADMISIÓN. RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO: REQUISITOS.

El artículo 327 de la Ley Hipotecaria establece que para la interposición del recurso contra la calificación del registrador es necesario acompañar, junto al escrito de recurso, el título objeto de la calificación, original o por testimonio, requisito de una lógica aplastante, pues difícilmente puede confirmarse o revocarse aquella calificación si no es examinando el documento que la

motivó. De acuerdo con la previsión del citado artículo 327 de la Ley Hipotecaria procedería, de principio, la inadmisión del escrito de recurso. Lo que ocurre en el supuesto que da lugar a la presente es que el registrador se limitó a reclamar la documentación y a advertir de la existencia del plazo legal para verificar el trámite. Sin embargo, no se dio pleno cumplimiento de la previsión del citado artículo 68.1 de la Ley de procedimiento. La falta en el requerimiento de expresa advertencia de las graves consecuencias que habría de tener la falta de aportación de la documentación requerida impide tener por desistido al recurrente por lo que esta Dirección General considera preciso entrar a resolver el expediente.

También con carácter previo ha de manifestarse que de conformidad con el artículo 326 de la Ley Hipotecaria el recurso deberá recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del registrador rechazándose cualquier otra pretensión basada en documentos no presentados en tiempo y forma.

Centrándonos en el fondo del asunto, toda la doctrina elaborada a través de los preceptos de la Ley y 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, LH). 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.

Por otro lado, si lo que realmente se rectifica no es un error del Registro sino de la formalización de negocios que hayan accedido al mismo, será necesario para su reflejo tabular el consentimiento del titular registral pero también que tales rectificaciones sean eficaces por sí mismas y esa eficacia no puede admitirse si no es consentida por todos los que fueron parte en aquellos (cfr. arts. 1091, 1256, 1257 y 1259 CC). Ahora bien, esta Dirección General ha declarado en diversas ocasiones (entre otras, las resoluciones de 5 de mayo de 1978, 6 de noviembre de 1980, 10 de septiembre de 2004, 13 de septiembre de 2005, 19 de junio de 2010 y 29 de febrero de 2012) que cuando la rectificación se refiere a hechos susceptibles de ser probados de un modo absoluto con documentos fehacientes y auténticos, independientes por su naturaleza de la voluntad de los interesados, no es necesaria la aplicación del artículo 40.d) de la Ley Hipotecaria.

Resolución de 20-5-2019
(BOE 10-6-2019)
Registro de la Propiedad de Móstoles, número 4.

SENTENCIA DICTADA EN REBELDÍA: REQUISITOS PARA LA INSCRIPCIÓN.

Se discute en el presente expediente si es inscribible un testimonio de una sentencia de ejercicio de la acción declarativa de dominio dictada en rebeldía procesal de uno de los demandados sin que conste en el mismo testimonio el transcurso de los plazos indicados por la Ley de Enjuiciamiento Civil para el ejercicio de la acción de rescisión, pese a constar la firmeza de la misma.

Dicha cuestión, es decir, que la sentencia ha sido dictada en rebeldía de la parte demandada y no consta el transcurso del plazo previsto para la revisión de la sentencia, ha sido ya resuelta con criterio uniforme por este Centro Directivo (*vid.* resoluciones de 21 de mayo de 2015 y 12 de mayo de 2016) al entender que dictada la sentencia en rebeldía procesal de los demandados, tal y como consta en la propia resolución, resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 524.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En definitiva, como ha afirmado reiteradamente este Centro Directivo (*vid.* «Vistos»), solo el juzgado ante el que se siga el procedimiento podrá aseverar tanto el cumplimiento de los plazos que resulten de aplicación, incluyendo en su caso la prolongación de los mismos, como el hecho de haberse interpuesto o no la acción rescisoria. Todas estas circunstancias son esenciales para la calificación del registrador, puesto que según el artículo 524 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, mientras quepa la acción de rescisión, la sentencia dictada no es inscribible sino solamente susceptible de anotación preventiva. Por tales motivos el citado defecto debe confirmarse.

Resolución de 20-5-2019
(BOE 10-6-2019)
Registro de la Propiedad de Valencia, número 3.

RECURSO GUBERNATIVO: REQUISITOS DE ADMISIÓN. HIPOTECA UNILATERAL EN FAVOR DE LA HACIENDA PÚBLICA: CERTIFICADO DE TASACIÓN CADUCADO.

Ha sido doctrina reiterada de esta Dirección General (*vid.* las resoluciones citadas en los «Vistos») que el recurso no puede ser admitido si el recurrente no ha atendido el requerimiento hecho por el registrador de la propiedad para que aporte el título calificado o para que acredite la representación que ostenta, en el plazo de diez días desde el requerimiento. Ahora bien, ya en la resolución de 3 de junio de 2014 (dictada en materia mercantil, pero perfectamente aplicable a propiedad), se dijo que la aportación, junto con el escrito de recurso, del título calificado no es necesaria si dicho título (en este caso una escritura pública) fue en su día presentado telemáticamente, pues en tal caso el registrador de la propiedad ya dispone de la copia telemática, que puede trasladar en cualquier momento a soporte papel.

El carácter terminante del apartado 1 del artículo 62 de la Orden ECO/805/2003, de 27 de marzo implica que, a priori, no puedan acceder al Registro de la Propiedad tasaciones que tenga su base en certificados caducados; caducidad que, a estos efectos registrales, habrá de computarse atendiendo a la naturaleza del procedimiento hipotecario, el cual, como es sabido, se fundamenta en el carácter público (art. 3 LH) de los títulos inscribibles, por lo que deberá ser considerada como «*dies ad quem*» la fecha del correspondiente documento público. No obstante, al tratarse de una hipoteca a favor de un organismo público, como es la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, si se acreditara con algún certificado oficial de dicho ente que el expediente con esa tasación se ha aprobado antes de la caducidad del certificado, podría entenderse que el mismo no ha caducado.

Por lo demás, se considera adecuada la actuación de la registradora de la propiedad al practicar la inscripción de la hipoteca unilateral sin reflejar el certificado de tasación al que nos venimos refiriendo, porque, como ya señalara

la resolución de 7 de octubre de 2015, en las hipotecas unilaterales a favor de la Agencia Tributaria, en garantía de una deuda de carácter tributario, no es precisa la tasación para subasta hecha por entidad homologada, prevista en el artículo 682.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; y para el caso de que en la escritura de constitución de la hipoteca se incluyera una valoración no hecha por una entidad no homologada (y lo mismo cabe decir en caso de caducidad de la misma), la escritura puede despacharse denegando tal valoración, sin que para poder inscribir la hipoteca en tal forma, es decir, sin el valor de tasación, sea necesaria (como ocurre en los supuestos de hipoteca ordinaria) la solicitud expresa del acreedor. Ello es así porque las hipotecas constituidas a favor de la Agencia Estatal de Administración Tributaria son susceptibles de realización a través del procedimiento ejecutivo propio de las Haciendas Públicas (arts. 66.4 y 74.3 del Reglamento General de Recaudación), el apremio administrativo.

Resolución de 21-5-2019
(BOE 10-6-2019)
Registro de la Propiedad de Marbella, número 3.

IMPUESTO DE LA RENTA DE NO RESIDENTES: AFECCIÓN DE LOS BIENES TRANSMITIDOS.

La Sección Quinta del Capítulo IV del Título Segundo de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, regula «las garantías de la deuda tributaria», disponiendo en el artículo 77 «el derecho de prelación», en el artículo 78 «la hipoteca legal tácita», en el artículo 79 «afección de bienes», en el artículo 80 «derecho de retención» y, por último, en el artículo 80 bis «prelación y garantías de créditos de titularidad de otros Estados». Por su parte, el Real Decreto 1776/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, en su artículo 14 regula la «retención o ingreso a cuenta en la adquisición de bienes inmuebles». Distinta de la anterior es la afección prevista en el artículo 45 del Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, que en relación con el «gravamen especial sobre bienes inmuebles de Entidades no Residentes», regula una afección, pero no una nota marginal de afección. Esta especial afección del artículo 45, no se regula como hipoteca legal tácita del artículo 78 de la Ley General Tributaria, sino como afección de su artículo 79.1 de la misma.

Pues bien, el artículo 79.1 de la Ley General Tributaria dispone que «los adquirentes de bienes afectos por ley al pago de la deuda tributaria responderán subsidiariamente con ellos, por derivación de la acción tributaria, si la deuda no se paga». Se trata de una responsabilidad subsidiaria, por derivación de la acción tributaria. En definitiva, la garantía regulada en el artículo 45 del Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, no es una hipoteca legal tácita, sino una afección de las reguladas en el artículo 79 de la Ley General Tributaria, no previéndose la extensión de ninguna nota marginal de afección, por lo que su tramitación debe ajustarse a lo dispuesto en los artículos 174 de la Ley General Tributaria «declaración de responsabilidad» y 176 de la Ley General Tributaria «procedimiento para exigir la responsabilidad subsidiaria».

Resolución de 22-5-2019
(BOE 10-6-2019)
Registro de la Propiedad de Sant Mateu.

CONVENIO REGULADOR DE LA SEPARACIÓN O EL DIVORCIO: ÁMBITO.

Según la reiterada doctrina de esta Dirección General (*vid.* resoluciones citadas en el apartado «Vistos» de la presente), la calificación registral no entra en el fondo de la resolución judicial (decreto del letrado de la Administración de Justicia, en este caso), ni en la validez del convenio regulador aprobado judicialmente, sino en si tal convenio constituye o no título inscribible para la práctica del asiento registral.

Respecto de la sociedad de gananciales, proclamada en nuestro Derecho la posibilidad de transmisión de bienes entre cónyuges por cualquier título (cfr. art. 1323 CC), nada se opone a que estos, con ocasión de la liquidación de la sociedad conyugal preexistente puedan intercambiarse bienes privativos. Pero no siempre esas transmisiones adicionales de bienes privativos del patrimonio de un cónyuge al del otro tendrán como causa exclusiva la propia liquidación del consorcio. Puede haber, en ocasiones, un negocio complejo, en el que la toma de menos por un cónyuge del remanente consorcial se compense con esa adjudicación —a su favor— de bienes privativos del otro cónyuge o, simplemente, negocios adicionales a la liquidación, independientes jurídicamente de esta, con su propia causa. Indudablemente, el negocio de que se trate ha de tener su adecuado reflejo documental, siendo preciso plasmarlo así, nítidamente, en el correspondiente documento, sin que pueda pretenderse en todo caso su inscripción por el mero hecho de que conste en el convenio regulador.

En definitiva, solo son inscribibles aquellos actos que, conforme al artículo 90 del Código civil, constituyen el llamado contenido típico del convenio regulador, fuera de los cuales, y sin afectar a la validez y eficacia de los actos consignados en un documento que no pierde el carácter de convenio privado objeto de aprobación judicial, su acceso a los libros del Registro requiere su formalización en los títulos establecidos en el artículo 3 de la Ley Hipotecaria, es decir el documento público notarial, al tratarse de un acto voluntario y consciente celebrado por los interesados, fuera de una contienda o controversia entre los mismos.

A la luz de las anteriores consideraciones, el recurso no puede prosperar. La adjudicación de un bien inmueble objeto de comunidad ordinaria adquirido antes del matrimonio, de carácter privativo, es un negocio ajeno al contenido típico del convenio regulador por lo que para su inscripción en el Registro de la Propiedad es necesaria la oportuna escritura pública o, en su defecto, la sentencia firme dictada por juez competente en el procedimiento que corresponda.

Resolución de 22-5-2019
(BOE 10-6-2019)
Registro de la Propiedad de Cádiz, número 3.

AGRUPACIÓN DE FINCAS: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA AL INSCRIBIR LA BASE GRÁFICA.

El artículo 9 de la Ley Hipotecaria configura la incorporación de la representación gráfica georreferenciada de las fincas con carácter preceptivo, al establecer

que la inscripción contendrá siempre tal incorporación cuando 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». Como ya afirmó en la resolución de 2 se septiembre de 2016, tal precepto debe ser interpretado en el sentido de incluir en su ámbito de aplicación cualquier supuesto de modificación de entidad hipotecaria que conlleve el nacimiento de una nueva finca registral, como sucede en el presente supuesto en el que se formaliza una agrupación de fincas.

El registrador debe calificar en todo caso la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, que pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o en parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o a que se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. arts. 9, 199 y 201 LH). El registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas en tales actuaciones, debe decidir motivadamente según su prudente criterio. Por tanto, y conforme al artículo 199 de la Ley Hipotecaria, «la mera oposición de quien no haya acreditado ser titular registral de la finca o de cualquiera de las registrales colindantes determine necesariamente la denegación de la inscripción». El juicio de identidad de la finca por parte del registrador, debe estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados.

Resolución de 22-5-2019
(BOE 10-6-2019)
Registro de la Propiedad de Arévalo.

PROCEDIMIENTO DE APREMIO ADMINISTRATIVO POR DEUDAS A LA HACIENDA PÚBLICA: NUEVO RÉGIMEN DE ADJUDICACIÓN TRAS EL REAL DECRETO 1071/2017.

Cuando el ejercicio de las potestades administrativas haya de traducirse en una modificación del contenido de los asientos del Registro de la Propiedad, se ha de sujetar, además de a la propia legislación administrativa aplicable, a la legislación hipotecaria, que impone el filtro de la calificación en los términos previstos por los artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 99 de su Reglamento, habida cuenta de los efectos que la propia legislación hipotecaria atribuye a aquellos asientos, y entre los que se encuentran no solo los derivados del principio de legitimación registral (con los que solo en parte se confunden los resultantes de la presunción de validez del artículo 39.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas), sino también otros distintos y superiores, también con transcendencia «*erga omnes*», como el de inoponibilidad de lo no inscrito y el de fe pública registral de los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria (*vid.* resoluciones de 15 de enero de 2013 y 11 de julio de 2014, o entre las más recientes la de 6 de febrero de 2019).

Como hemos visto, en el presente caso el registrador cuestiona la idoneidad del procedimiento de adjudicación directa seguido para la realización del bien, al considerar que en el supuesto de hecho de este expediente no concurre ninguna de las causas legales habilitantes de la adjudicación directa, como procedimiento excepcional frente a la regla general de la enajenación mediante subasta, al haber sido suprimida entre tales causas habilitantes la relativa a haber

quedado desierta la subasta del bien, en virtud de la reforma del artículo 107 del Reglamento General de Recaudación en virtud del Real Decreto 1071/2017, de 29 de diciembre, reforma que estaba en vigor el día 25 de abril de 2018 en que se celebró la subasta y el día 5 de septiembre de 2018 en que se abrió el procedimiento de adjudicación directa. Discutiéndose, por tanto, la idoneidad o admisibilidad legal del procedimiento seguido, y siendo este extremo uno de los que conforme a las disposiciones y doctrina antes expuestos están sujetos a la calificación registral, no cabe sino desestimar este primer motivo de oposición a la calificación impugnada.

Señala el Preámbulo del Real Decreto 1071/2017 que «la adjudicación directa se elimina como procedimiento posterior y subsiguiente al procedimiento de subasta. Se trata de simplificar el procedimiento de enajenación para potenciar la concurrencia en el mismo, así como su transparencia y agilidad». Esta novedad se concreta en la nueva redacción del artículo 107, apartado 1, del Reglamento General de Recaudación. El debate se centra, en consecuencia, no tanto en el alcance y significado de la reforma en este punto, sino en la delimitación de su eficacia temporal al discrepar sobre la interpretación que haya de darse al régimen transitorio incorporado a dicho Real Decreto. Se hace necesario, por tanto, analizar dicho régimen.

En cuanto al ámbito de la eficacia temporal del reiterado Real Decreto 1071/2017, de 29 de diciembre, se establece en su disposición final única que el mismo «entrará en vigor el día 1 de enero de 2018». Por su parte, la disposición transitoria tercera del Reglamento General de Recaudación, aprobado por el Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, establece en el párrafo segundo de su apartado 1 que «las actuaciones de enajenación de bienes continuarán rigiéndose por la normativa vigente antes de la entrada en vigor de este reglamento cuando el acuerdo de enajenación mediante subasta, la autorización para la enajenación por concurso o el inicio del trámite de adjudicación directa se hayan producido antes de la entrada en vigor de este reglamento». Finalmente, el citado Real Decreto 1071/2017 introduce en el mismo Reglamento General de Recaudación, a través del apartado 39 de su artículo único, una nueva disposición transitoria cuarta, conforme a la cual «las normas relativas al desarrollo del procedimiento de subasta a través del Portal de Subastas de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado se aplicarán a los procedimientos iniciados a partir del 1 de septiembre de 2018».

El hecho de que la adjudicación directa haya sido contemplada, hasta la reforma introducida por el Real Decreto 1071/2017, como un procedimiento alternativo a la subasta para el caso de que esta haya quedado desierta, no autoriza a confundirlo en modo alguno con el propio procedimiento de la subasta, por el mero hecho de compartir su condición de procedimientos de enajenación forzosa en un expediente de apremio. Como claramente resulta del preámbulo del citado Real Decreto «la adjudicación directa se elimina como procedimiento posterior y subsiguiente al procedimiento de subasta». Se trata de un procedimiento «posterior y subsiguiente» al procedimiento de subasta, es decir, claramente distinto de este. Así lo confirma también, destacando su autonomía en el plano del derecho transitorio como modos de enajenación distintos, el contenido de la disposición transitoria tercera, apartado 1, del Reglamento General de Recaudación, en su redacción originaria. Se distinguen, por tanto, con toda claridad, como fases distintas del procedimiento que pueden estar sujetas a regímenes normativos diferentes y sucesivos en función de sus respectivas fechas de vigencia, la subasta y la enajenación directa (además del concurso). Esta disposición transitoria tercera del Reglamento General de Recaudación, al igual que sucede en el caso de las

transitorias del Código civil, debe guiar como criterio interpretativo las cuestiones de derecho transitorio no contempladas específicamente por el Real Decreto 1071/2017. Criterio jurisprudencial de interpretación estricta de los supuestos de excepción a la regla general de la enajenación mediante subasta que choca frontalmente con la interpretación extensiva postulada por el recurrente de la reiterada disposición transitoria cuarta, interpretación que, por ser claramente contraria a su tenor literal y a su explícita finalidad (reflejada en el Preámbulo del Real Decreto 1071/2017), desborda claramente el ámbito de aplicación propio de la misma.

Igual suerte desestimatoria debe correr el recurso en relación con las otras dos líneas argumentales esgrimidas en el escrito de interposición. Así en cuanto al argumento de que la supresión del procedimiento de enajenación directa responde en la reforma al hecho de que las nuevas subastas electrónicas maximizan la concurrencia y así evitan las subastas desiertas, que por tanto no estarían a partir de la reforma contempladas en el Reglamento General de Recaudación, se trata de un razonamiento que partiendo de una premisa correcta (el nuevo régimen de subastas electrónicas resultará más eficaz al aumentar la concurrencia y la transparencia), se apoya simultáneamente en otra que no lo es.

Finalmente entiende el recurrente, en contra de lo que resulta de la calificación impugnada (en la que se afirma que la adjudicación directa perjudica gravemente al deudor, sin generar un beneficio a la Hacienda Pública, favoreciendo únicamente al adjudicatario que adquiriría el bien por una cantidad muy inferior a su valor), que el deudor tiene garantizados sus derechos al poder intervenir en todo el procedimiento de apremio, «y en el caso de la adjudicación directa mediante la garantía de un precio mínimo de adjudicación (art. 107.4 RGR)». Pero tampoco esta afirmación se compadece ni con el contenido del título calificado, ni con el contenido real del precepto invocado en su apoyo, pues lo que establece la norma invocada es exactamente lo contrario de lo que se afirma en el recurso.

Por el contrario, conforme a la nueva redacción dada por el reiterado Real Decreto 1071/2017 al artículo 107 del Reglamento, una vez declarada desierta la subasta lo procedente, al no ser admisible acudir a la adjudicación directa, sería aplicar la previsión del artículo 109.1 del mismo, que de conformidad con el artículo 172.2 de la Ley General Tributaria, dispone que «cuando en el procedimiento de enajenación regulado en la anterior subsección no se hubieran adjudicado alguno o algunos de los bienes embargados, el órgano de recaudación competente podrá proponer de forma motivada al órgano competente su adjudicación a la Hacienda Pública en pago de las deudas no cubiertas» —o en caso de no entender procedente esta adjudicación a la Hacienda Pública, iniciar un nuevo procedimiento de enajenación a través de una nueva subasta, conforme al artículo 112.2 del Reglamento General de Recaudación—.

Resolución de 22-5-2019
(BOE 10-6-2019)
Registro de la Propiedad de Meco.

PROCEDIMIENTO DE APREMIO ADMINISTRATIVO POR DEUDAS A LA HACIENDA PÚBLICA: NUEVO RÉGIMEN DE ADJUDICACIÓN TRAS EL REAL DECRETO 1071/2017.

Cuando el ejercicio de las potestades administrativas haya de traducirse en una modificación del contenido de los asientos del Registro de la Propiedad, se ha

de sujetar, además de a la propia legislación administrativa aplicable, a la legislación hipotecaria, que impone el filtro de la calificación en los términos previstos por los artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 99 de su Reglamento, habida cuenta de los efectos que la propia legislación hipotecaria atribuye a aquellos asientos, y entre los que se encuentran no solo los derivados del principio de legitimación registral (con los que solo en parte se confunden los resultantes de la presunción de validez del artículo 39.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas), sino también otros distintos y superiores, también con transcendencia «*erga omnes*», como el de inoponibilidad de lo no inscrito y el de fe pública registral de los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria (*vid.* resoluciones de 15 de enero de 2013 y 11 de julio de 2014, o entre las más recientes la de 6 de febrero de 2019).

Como hemos visto, en el presente caso el registrador cuestiona la idoneidad del procedimiento de adjudicación directa seguido para la realización del bien, al considerar que en el supuesto de hecho de este expediente no concurre ninguna de las causas legales habilitantes de la adjudicación directa, como procedimiento excepcional frente a la regla general de la enajenación mediante subasta, al haber sido suprimida entre tales causas habilitantes la relativa a haber quedado desierta la subasta del bien, en virtud de la reforma del artículo 107 del Reglamento General de Recaudación en virtud del Real Decreto 1071/2017, de 29 de diciembre, reforma que estaba en vigor el día 25 de abril de 2018 en que se celebró la subasta y el día 5 de septiembre de 2018 en que se abrió el procedimiento de adjudicación directa. Discutiéndose, por tanto, la idoneidad o admisibilidad legal del procedimiento seguido, y siendo este extremo uno de los que conforme a las disposiciones y doctrina antes expuestos están sujetos a la calificación registral, no cabe sino desestimar este primer motivo de oposición a la calificación impugnada.

Señala el Preámbulo del Real Decreto 1071/2017 que «la adjudicación directa se elimina como procedimiento posterior y subsiguiente al procedimiento de subasta. Se trata de simplificar el procedimiento de enajenación para potenciar la concurrencia en el mismo, así como su transparencia y agilidad». Esta novedad se concreta en la nueva redacción del artículo 107, apartado 1, del Reglamento General de Recaudación. El debate se centra, en consecuencia, no tanto en el alcance y significado de la reforma en este punto, sino en la delimitación de su eficacia temporal al discrepar sobre la interpretación que haya de darse al régimen transitorio incorporado a dicho Real Decreto. Se hace necesario, por tanto, analizar dicho régimen.

En cuanto al ámbito de la eficacia temporal del reiterado Real Decreto 1071/2017, de 29 de diciembre, se establece en su disposición final única que el mismo «entrará en vigor el día 1 de enero de 2018». Por su parte, la disposición transitoria tercera del Reglamento General de Recaudación, aprobado por el Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, establece en el párrafo segundo de su apartado 1 que «las actuaciones de enajenación de bienes continuarán rigiéndose por la normativa vigente antes de la entrada en vigor de este reglamento cuando el acuerdo de enajenación mediante subasta, la autorización para la enajenación por concurso o el inicio del trámite de adjudicación directa se hayan producido antes de la entrada en vigor de este reglamento». Finalmente, el citado Real Decreto 1071/2017 introduce en el mismo Reglamento General de Recaudación, a través del apartado 39 de su artículo único, una nueva disposición transitoria cuarta, conforme a la cual «las normas relativas al desarrollo del procedimiento de subasta a través del Portal de Subastas de la Agencia Estatal Boletín Oficial

del Estado se aplicarán a los procedimientos iniciados a partir del 1 de septiembre de 2018».

El hecho de que la adjudicación directa haya sido contemplada, hasta la reforma introducida por el Real Decreto 1071/2017, como un procedimiento alternativo a la subasta para el caso de que esta haya quedado desierta, no autoriza a confundirlo en modo alguno con el propio procedimiento de la subasta, por el mero hecho de compartir su condición de procedimientos de enajenación forzosa en un expediente de apremio. Como claramente resulta del preámbulo del citado Real Decreto «la adjudicación directa se elimina como procedimiento posterior y subsiguiente al procedimiento de subasta». Se trata de un procedimiento «posterior y subsiguiente» al procedimiento de subasta, es decir, claramente distinto de este. Así lo confirma también, destacando su autonomía en el plano del derecho transitorio como modos de enajenación distintos, el contenido de la disposición transitoria tercera, apartado 1, del Reglamento General de Recaudación, en su redacción originaria. Se distinguen, por tanto, con toda claridad, como fases distintas del procedimiento que pueden estar sujetas a regímenes normativos diferentes y sucesivos en función de sus respectivas fechas de vigencia, la subasta y la enajenación directa (además del concurso). Esta disposición transitoria tercera del Reglamento General de Recaudación, al igual que sucede en el caso de las transitorias del Código civil, debe guiar como criterio interpretativo las cuestiones de derecho transitorio no contempladas específicamente por el Real Decreto 1071/2017. Criterio jurisprudencial de interpretación estricta de los supuestos de excepción a la regla general de la enajenación mediante subasta que choca frontalmente con la interpretación extensiva postulada por el recurrente de la reiterada disposición transitoria cuarta, interpretación que, por ser claramente contraria a su tenor literal y a su explícita finalidad (reflejada en el Preámbulo del Real Decreto 1071/2017), desborda claramente el ámbito de aplicación propio de la misma.

Igual suerte desestimatoria debe correr el recurso en relación con las otras dos líneas argumentales esgrimidas en el escrito de interposición. Así en cuanto al argumento de que la supresión del procedimiento de enajenación directa responde en la reforma al hecho de que las nuevas subastas electrónicas maximizan la concurrencia y así evitan las subastas desiertas, que por tanto no estarían a partir de la reforma contempladas en el Reglamento General de Recaudación, se trata de un razonamiento que partiendo de una premisa correcta (el nuevo régimen de subastas electrónicas resultará más eficaz al aumentar la concurrencia y la transparencia), se apoya simultáneamente en otra que no lo es.

Finalmente entiende el recurrente, en contra de lo que resulta de la calificación impugnada (en la que se afirma que la adjudicación directa perjudica gravemente al deudor, sin generar un beneficio a la Hacienda Pública, favoreciendo únicamente al adjudicatario que adquiriría el bien por una cantidad muy inferior a su valor), que el deudor tiene garantizados sus derechos al poder intervenir en todo el procedimiento de apremio, «y en el caso de la adjudicación directa mediante la garantía de un precio mínimo de adjudicación (art. 107.4 RGR)». Pero tampoco esta afirmación se compadece ni con el contenido del título calificado, ni con el contenido real del precepto invocado en su apoyo, pues lo que establece la norma invocada es exactamente lo contrario de lo que se afirma en el recurso.

Por el contrario, conforme a la nueva redacción dada por el reiterado Real Decreto 1071/2017 al artículo 107 del Reglamento, una vez declarada desierta la subasta lo procedente, al no ser admisible acudir a la adjudicación directa, sería aplicar la previsión del artículo 109.1 del mismo, que de conformidad con

el artículo 172.2 de la Ley General Tributaria, dispone que «cuando en el procedimiento de enajenación regulado en la anterior subsección no se hubieran adjudicado alguno o algunos de los bienes embargados, el órgano de recaudación competente podrá proponer de forma motivada al órgano competente su adjudicación a la Hacienda Pública en pago de las deudas no cubiertas» —o en caso de no entender procedente esta adjudicación a la Hacienda Pública, iniciar un nuevo procedimiento de enajenación a través de una nueva subasta, conforme al artículo 112.2 del Reglamento General de Recaudación—.

Resolución de 23-5-2019
(BOE 13-6-2019)
Registro de la Propiedad de Motilla del Palancar.

PROCEDIMIENTO DE APREMIO ADMINISTRATIVO POR DEUDAS A LA HACIENDA PÚBLICA: NUEVO RÉGIMEN DE ADJUDICACIÓN TRAS EL RD 1071/2017.

Cuando el ejercicio de las potestades administrativas haya de traducirse en una modificación del contenido de los asientos del Registro de la Propiedad, se ha de sujetar, además de a la propia legislación administrativa aplicable, a la legislación hipotecaria, que impone el filtro de la calificación en los términos previstos por los artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 99 de su Reglamento, habida cuenta de los efectos que la propia legislación hipotecaria atribuye a aquellos asientos, y entre los que se encuentran no solo los derivados del principio de legitimación registral (con los que solo en parte se confunden los resultantes de la presunción de validez del artículo 39.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas), sino también otros distintos y superiores, también con transcendencia *«erga omnes»*, como el de inoponibilidad de lo no inscrito y el de fe pública registral de los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria (*vid.* resoluciones de 15 de enero de 2013 y 11 de julio de 2014, o entre las más recientes la de 6 de febrero de 2019).

Como hemos visto, en el presente caso el registrador cuestiona la idoneidad del procedimiento de adjudicación directa seguido para la realización del bien, al considerar que en el supuesto de hecho de este expediente no concurre ninguna de las causas legales habilitantes de la adjudicación directa, como procedimiento excepcional frente a la regla general de la enajenación mediante subasta, al haber sido suprimida entre tales causas habilitantes la relativa a haber quedado desierta la subasta del bien, en virtud de la reforma del artículo 107 del Reglamento General de Recaudación en virtud del Real Decreto 1071/2017, de 29 de diciembre, reforma que estaba en vigor el día 25 de abril de 2018 en que se celebró la subasta y el día 5 de septiembre de 2018 en que se abrió el procedimiento de adjudicación directa. Discutiéndose, por tanto, la idoneidad o admisibilidad legal del procedimiento seguido, y siendo este extremo uno de los que conforme a las disposiciones y doctrina antes expuestos están sujetos a la calificación registral, no cabe sino desestimar este primer motivo de oposición a la calificación impugnada.

Señala el Preámbulo del Real Decreto 1071/2017 que «la adjudicación directa se elimina como procedimiento posterior y subsiguiente al procedimiento de subasta. Se trata de simplificar el procedimiento de enajenación para potenciar la concurrencia en el mismo, así como su transparencia y agilidad». Esta novedad

se concreta en la nueva redacción del artículo 107, apartado 1, del Reglamento General de Recaudación. El debate se centra, en consecuencia, no tanto en el alcance y significado de la reforma en este punto, sino en la delimitación de su eficacia temporal al discrepar sobre la interpretación que haya de darse al régimen transitorio incorporado a dicho Real Decreto. Se hace necesario, por tanto, analizar dicho régimen.

En cuanto al ámbito de la eficacia temporal del reiterado Real Decreto 1071/2017, de 29 de diciembre, se establece en su disposición final única que el mismo «entrará en vigor el día 1 de enero de 2018». Por su parte, la disposición transitoria tercera del Reglamento General de Recaudación, aprobado por el Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, establece en el párrafo segundo de su apartado 1 que «las actuaciones de enajenación de bienes continuarán rigiéndose por la normativa vigente antes de la entrada en vigor de este reglamento cuando el acuerdo de enajenación mediante subasta, la autorización para la enajenación por concurso o el inicio del trámite de adjudicación directa se hayan producido antes de la entrada en vigor de este reglamento». Finalmente, el citado Real Decreto 1071/2017 introduce en el mismo Reglamento General de Recaudación, a través del apartado 39 de su artículo único, una nueva disposición transitoria cuarta, conforme a la cual «las normas relativas al desarrollo del procedimiento de subasta a través del Portal de Subastas de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado se aplicarán a los procedimientos iniciados a partir del 1 de septiembre de 2018».

El hecho de que la adjudicación directa haya sido contemplada, hasta la reforma introducida por el Real Decreto 1071/2017, como un procedimiento alternativo a la subasta para el caso de que esta haya quedado desierta, no autoriza a confundirlo en modo alguno con el propio procedimiento de la subasta, por el mero hecho de compartir su condición de procedimientos de enajenación forzosa en un expediente de apremio. Como claramente resulta del preámbulo del citado Real Decreto «la adjudicación directa se elimina como procedimiento posterior y subsiguiente al procedimiento de subasta». Se trata de un procedimiento «posterior y subsiguiente» al procedimiento de subasta, es decir, claramente distinto de este. Así lo confirma también, destacando su autonomía en el plano del derecho transitorio como modos de enajenación distintos, el contenido de la disposición transitoria tercera, apartado 1, del Reglamento General de Recaudación, en su redacción originaria. Se distinguen, por tanto, con toda claridad, como fases distintas del procedimiento que pueden estar sujetas a regímenes normativos diferentes y sucesivos en función de sus respectivas fechas de vigencia, la subasta y la enajenación directa (además del concurso). Esta disposición transitoria tercera del Reglamento General de Recaudación, al igual que sucede en el caso de las transitorias del Código civil, debe guiar como criterio interpretativo las cuestiones de derecho transitorio no contempladas específicamente por el Real Decreto 1071/2017. Criterio jurisprudencial de interpretación estricta de los supuestos de excepción a la regla general de la enajenación mediante subasta que choca frontalmente con la interpretación extensiva postulada por el recurrente de la reiterada disposición transitoria cuarta, interpretación que, por ser claramente contraria a su tenor literal y a su explícita finalidad (reflejada en el Preámbulo del Real Decreto 1071/2017), desborda claramente el ámbito de aplicación propio de la misma.

Igual suerte desestimatoria debe correr el recurso en relación con las otras dos líneas argumentales esgrimidas en el escrito de interposición. Así en cuanto al argumento de que la supresión del procedimiento de enajenación directa res-

ponde 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 23-5-2019
(BOE 13-6-2019)
Registro de la Propiedad de Madrid, número 11.

PROCEDIMIENTO DE APREMIO ADMINISTRATIVO POR DEUDAS A LA HACIENDA PÚBLICA: NUEVO RÉGIMEN DE ADJUDICACIÓN TRAS EL REAL DECRETO 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 «poste-

rior 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 24-5-2019
(BOE 24-6-2019)
Registro de la Propiedad de Palma de Mallorca, número 4.

DERECHO INTERREGIONAL: PACTO DE DEFINICIÓN BALEAR OTORGADO POR FRANCESES.

Para las sucesiones causadas a partir del 17 de agosto de 2015, fecha de aplicación del Reglamento de Sucesiones, en el caso de que la ley designada por este fuera la de un Estado que comprenda varias unidades territoriales con sus propias normas jurídicas en materia de sucesiones, serán preferidas las normas internas sobre conflicto de leyes de dicho Estado. Estas normas determinarán la unidad territorial correspondiente cuyas previsiones regularán la sucesión. Seleccionado el Derecho español, único Estado miembro concernido al no realizar «*opt in*» Reino Unido en su momento, al que hubiera sido aplicable este sistema, la solución a los conflictos interregionales conforme a la ley interna —ley de la vecindad civil— se aplicará preferentemente en la sucesión internacional causada exclusivamente por nacionales españoles. Por tanto, como primera conclusión, no es posible considerar, como hace la escritura calificada, que ciudadanos extranjeros, poseen vecindad civil, en el caso señalando a la balear, en cuanto es una cualidad reservada exclusivamente a españoles y por tanto no es la conexión que pueda resolver el problema planteado.

Sin perjuicio de que a la apertura de la sucesión el contenido patrimonial de la disposición —o de la atribución gratuita (art. 1.2 g)— se ajusten a la ley sucesoria (art. 23, apartado 2, letra i), la disposición «*mortis causa*» gozará de un amplio favor en su admisibilidad. Será válida respecto de la forma una disposición *mortis causa* escrita si responde a la ley del Estado en que se realizó la disposición o se celebró el pacto sucesorio; del Estado cuya nacionalidad poseyera el testador, o al menos una de las personas cuya sucesión sea objeto de un pacto sucesorio, bien en el momento en que se realizó la disposición o en que se celebró el pacto, bien en el momento del fallecimiento; del Estado en el cual el testador, o al menos una de las personas cuya sucesión sea objeto de un pacto sucesorio, tuviera su domicilio, bien en el momento en que se realizó la disposición o en que se celebró el pacto, bien en el momento del fallecimiento; del Estado en el cual el testador, o al menos una de las personas cuya sucesión sea objeto de un pacto sucesorio, tuviera su residencia habitual, bien en el momento en que se realizó la disposición o en que se celebró el pacto, bien en el momento del fallecimiento, o respecto de los bienes inmuebles, del Estado en el que estén situados.

En Francia (según informa https://e-justice.europa.eu) el pacto sucesorio (también denominado «pacto sobre sucesión futura») se admite desde enero de 2007. En virtud de él, el presunto heredero (el hijo) puede renunciar por anticipado a la totalidad o parte de su herencia en beneficio de una o varias personas, independientemente de que estas tengan o no la calidad de herederos (hermanos o hermanas o sus descendientes). La renuncia ha de realizarse mediante escritura pública y ser recibida por dos notarios. En el pacto deben designarse asimismo los beneficiarios de la herencia (requisitos de forma que de no cumplirse, conforme a la ley francesa, determina la validez del pacto). Por todo ello, a priori, el pacto no responde a la ley de la nacionalidad de la donante.

El análisis de la normativa balear, como señala la registradora, en base a la tradición y a sus antecedentes históricos exige la cualidad de balear mallorquín

para su celebración. En el supuesto analizado, no existe norma estatal interregional aplicable sino que será directamente el Derecho de la unidad territorial designada la que resuelva la cuestión. Es decir, no supone un problema jurídico de Derecho conflictual sino de Derecho material balear. Y conforme a este, no es posible la celebración del pacto cuestionado cuando el disponente, futuro causante no sea mallorquín.

Desde otra perspectiva, la inscripción en el Registro de la Propiedad de la transmisión del dominio, en los términos del artículo 50 de la Compilación balear, conforme al artículo 1, párrafo 2, apartados l) y k), de la norma europea queda fuera de la aplicación del Reglamento. Corresponde a la legislación estatal la competencia sobre toda cuestión relativa a la inscripción de derechos sobre bienes muebles o inmuebles en un Registro, incluidos los requisitos legales para la práctica de los asientos, y los efectos de la inscripción o de la omisión de inscripción de tales derechos en el mismo.

Por ello, no corresponde a este Centro Directivo valorar y no se prejuzga, si la exigencia de la condición de mallorquín (vecindad civil cualificada), en cuanto cualidad subjetiva basada en la tradición y antecedentes históricos, ha de considerarse o no desigualdad en el trato que reciben los ciudadanos europeos residentes en España, teniendo presente que es, además, la misma situación para un ciudadano español, distinto del mallorquín.

Resolución de 24-5-2019
(BOE 24-6-2019)
Registro de la Propiedad de Almería, número 3.

ASIENTO DE PRESENTACIÓN: ESCRITO PIDIENDO QUE NO SE INSCRIBA OTRO DOCUMENTO.

El ahora recurrente presentó en el Registro de la Propiedad de Almería número 3 un escrito en el que solicita, atendiendo a una serie de datos y documentos que acompaña, que «se deniegue la anotación preventiva de embargo promovida por la Diputación Provincial de Almería mediante Diligencia de Embargo de fecha 23 de noviembre de 2018 en este Registro de la Propiedad núm. 3 de Almería a favor del Ayuntamiento de Rioja y del Ayuntamiento de Pechina por ser contraria a derecho y lesiva a mis intereses y al interés público y general». El registrador da entrada al referido escrito, sin practicar asiento de presentación, y remite al presentante una comunicación en la que le aclara que el asunto de referencia no puede tenerse en consideración por el registrador en su calificación al no tener por objeto la práctica de una operación registral, sino precisamente lo contrario, trata de evitarla.

Este Centro Directivo ha entendido (cfr. resoluciones citadas en los «Vistos») que la negativa a la práctica del asiento de presentación es una calificación más y, como tal decisión, puede ser impugnada mediante el mismo recurso que puede interponerse contra una calificación que deniegue o suspenda la inscripción del documento y, por tanto, debe tramitarse tal recurso a través del procedimiento previsto en los artículos 322 y siguientes de la Ley Hipotecaria.

Este Centro Directivo ha reiterado que la negativa a la práctica de un asiento de presentación solo debe realizarse cuando el documento cuya constancia registral se solicita sea indudablemente de imposible acceso al Registro. Este es el criterio que ha de presidir la interpretación del referido precepto reglamen-

tario, lo que concuerda también con el apartado 3 del mismo artículo 420. A la misma conclusión se llega por aplicación de la reiterada doctrina de este Centro Directivo según la cual en aras de la independencia del registrador a la hora de emitir la calificación, es improcedente que se tomen en cuenta meros escritos que denuncien situaciones anormales de posibles títulos inscribibles, al igual que no pueden tenerse en cuenta hechos o situaciones de las que el registrador pueda tener un conocimiento personal.

Resolución de 24-5-2019
(BOE 24-6-2019)
Registro de la Propiedad de Madrid, número 44.

PROCEDIMIENTO DE APREMIO ADMINISTRATIVO POR DEUDAS A LA HACIENDA PÚBLICA: NUEVO RÉGIMEN DE ADJUDICACIÓN TRAS EL REAL DECRETO 1071/2017.

Cuando el ejercicio de las potestades administrativas haya de traducirse en una modificación del contenido de los asientos del Registro de la Propiedad, se ha de sujetar, además de a la propia legislación administrativa aplicable, a la legislación hipotecaria, que impone el filtro de la calificación en los términos previstos por los artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 99 de su Reglamento, habida cuenta de los efectos que la propia legislación hipotecaria atribuye a aquellos asientos, y entre los que se encuentran no solo los derivados del principio de legitimación registral (con los que solo en parte se confunden los resultantes de la presunción de validez del artículo 39.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas), sino también otros distintos y superiores, también con transcendencia «*erga omnes*», como el de inoponibilidad de lo no inscrito y el de fe pública registral de los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria (*vid.* resoluciones de 15 de enero de 2013 y 11 de julio de 2014, o entre las más recientes la de 6 de febrero de 2019).

Como hemos visto, en el presente caso el registrador cuestiona la idoneidad del procedimiento de adjudicación directa seguido para la realización del bien, al considerar que en el supuesto de hecho de este expediente no concurre ninguna de las causas legales habilitantes de la adjudicación directa, como procedimiento excepcional frente a la regla general de la enajenación mediante subasta, al haber sido suprimida entre tales causas habilitantes la relativa a haber quedado desierta la subasta del bien, en virtud de la reforma del artículo 107 del Reglamento General de Recaudación en virtud del Real Decreto 1071/2017, de 29 de diciembre, reforma que estaba en vigor el día 25 de abril de 2018 en que se celebró la subasta y el día 5 de septiembre de 2018 en que se abrió el procedimiento de adjudicación directa. Discutiéndose, por tanto, la idoneidad o admisibilidad legal del procedimiento seguido, y siendo este extremo uno de los que conforme a las disposiciones y doctrina antes expuestos están sujetos a la calificación registral, no cabe sino desestimar este primer motivo de oposición a la calificación impugnada.

Señala el Preámbulo del Real Decreto 1071/2017 que «la adjudicación directa se elimina como procedimiento posterior y subsiguiente al procedimiento de subasta. Se trata de simplificar el procedimiento de enajenación para potenciar la concurrencia en el mismo, así como su transparencia y agilidad». Esta novedad se concreta en la nueva redacción del artículo 107, apartado 1, del Reglamento

General de Recaudación. El debate se centra, en consecuencia, no tanto en el alcance y significado de la reforma en este punto, sino en la delimitación de su eficacia temporal al discrepar sobre la interpretación que haya de darse al régimen transitorio incorporado a dicho Real Decreto. Se hace necesario, por tanto, analizar dicho régimen.

En cuanto al ámbito de la eficacia temporal del reiterado Real Decreto 1071/2017, de 29 de diciembre, se establece en su disposición final única que el mismo «entrará en vigor el día 1 de enero de 2018». Por su parte, la disposición transitoria tercera del Reglamento General de Recaudación, aprobado por el Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, establece en el párrafo segundo de su apartado 1 que «las actuaciones de enajenación de bienes continuarán rigiéndose por la normativa vigente antes de la entrada en vigor de este reglamento cuando el acuerdo de enajenación mediante subasta, la autorización para la enajenación por concurso o el inicio del trámite de adjudicación directa se hayan producido antes de la entrada en vigor de este reglamento». Finalmente, el citado Real Decreto 1071/2017 introduce en el mismo Reglamento General de Recaudación, a través del apartado 39 de su artículo único, una nueva disposición transitoria cuarta, conforme a la cual «las normas relativas al desarrollo del procedimiento de subasta a través del Portal de Subastas de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado se aplicarán a los procedimientos iniciados a partir del 1 de septiembre de 2018».

El hecho de que la adjudicación directa haya sido contemplada, hasta la reforma introducida por el Real Decreto 1071/2017, como un procedimiento alternativo a la subasta para el caso de que esta haya quedado desierta, no autoriza a confundirlo en modo alguno con el propio procedimiento de la subasta, por el mero hecho de compartir su condición de procedimientos de enajenación forzosa en un expediente de apremio. Como claramente resulta del preámbulo del citado Real Decreto «la adjudicación directa se elimina como procedimiento posterior y subsiguiente al procedimiento de subasta». Se trata de un procedimiento «posterior y subsiguiente» al procedimiento de subasta, es decir, claramente distinto de este. Así lo confirma también, destacando su autonomía en el plano del derecho transitorio como modos de enajenación distintos, el contenido de la disposición transitoria tercera, apartado 1, del Reglamento General de Recaudación, en su redacción originaria. Se distinguen, por tanto, con toda claridad, como fases distintas del procedimiento que pueden estar sujetas a regímenes normativos diferentes y sucesivos en función de sus respectivas fechas de vigencia, la subasta y la enajenación directa (además del concurso). Esta disposición transitoria tercera del Reglamento General de Recaudación, al igual que sucede en el caso de las transitorias del Código civil, debe guiar como criterio interpretativo las cuestiones de derecho transitorio no contempladas específicamente por el Real Decreto 1071/2017. Criterio jurisprudencial de interpretación estricta de los supuestos de excepción a la regla general de la enajenación mediante subasta que choca frontalmente con la interpretación extensiva postulada por el recurrente de la reiterada disposición transitoria cuarta, interpretación que, por ser claramente contraria a su tenor literal y a su explícita finalidad (reflejada en el Preámbulo del Real Decreto 1071/2017), desborda claramente el ámbito de aplicación propio de la misma.

Igual suerte desestimatoria debe correr el recurso en relación con las otras dos líneas argumentales esgrimidas en el escrito de interposición. Así en cuanto al argumento de que la supresión del procedimiento de enajenación directa responde en la reforma al hecho de que las nuevas subastas electrónicas maximizan

la concurrencia y así evitan las subastas desiertas, que por tanto no estarían a partir de la reforma contempladas en el Reglamento General de Recaudación, se trata de un razonamiento que partiendo de una premisa correcta (el nuevo régimen de subastas electrónicas resultará más eficaz al aumentar la concurrencia y la transparencia), se apoya simultáneamente en otra que no lo es.

Finalmente entiende el recurrente, en contra de lo que resulta de la calificación impugnada (en la que se afirma que la adjudicación directa perjudica gravemente al deudor, sin generar un beneficio a la Hacienda Pública, favoreciendo únicamente al adjudicatario que adquiriría el bien por una cantidad muy inferior a su valor), que el deudor tiene garantizados sus derechos al poder intervenir en todo el procedimiento de apremio, «y en el caso de la adjudicación directa mediante la garantía de un precio mínimo de adjudicación (art. 107.4 RGR)». Pero tampoco esta afirmación se compadece ni con el contenido del título calificado, ni con el contenido real del precepto invocado en su apoyo, pues lo que establece la norma invocada es exactamente lo contrario de lo que se afirma en el recurso.

Por el contrario, conforme a la nueva redacción dada por el reiterado Real Decreto 1071/2017 al artículo 107 del Reglamento, una vez declarada desierta la subasta lo procedente, al no ser admisible acudir a la adjudicación directa, sería aplicar la previsión del artículo 109.1 del mismo, que de conformidad con el artículo 172.2 de la Ley General Tributaria, dispone que «cuando en el procedimiento de enajenación regulado en la anterior subsección no se hubieran adjudicado alguno o algunos de los bienes embargados, el órgano de recaudación competente podrá proponer de forma motivada al órgano competente su adjudicación a la Hacienda Pública en pago de las deudas no cubiertas» —o en caso de no entender procedente esta adjudicación a la Hacienda Pública, iniciar un nuevo procedimiento de enajenación a través de una nueva subasta, conforme al artículo 112.2 del Reglamento General de Recaudación—.

Resolución de 24-5-2019
(BOE 24-6-2019)
Registro de la Propiedad de Benissa.

ACREDITACIÓN DEL CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS FISCALES: IMPUESTO DE SUCESIONES DE NO RESIDENTES.

La inadmisión de los documentos inscribibles en los registros públicos si no se acreditara el cumplimiento fiscal del contribuyente, constituye una de las medidas establecidas por el legislador en orden a evitar el fraude fiscal y garantizar el cumplimiento por los sujetos pasivos de la obligación de presentación que les impone el artículo 29.2.c) de la Ley 58/2003, de 17 diciembre, General Tributaria, así como añade la obligación para el registrador del archivo de los justificantes (arts. 256 LH y, 51.13.a y 410 RH). Para acreditar el pago, exención o no sujeción, los registradores deberán exigir tanto la carta de pago, debidamente sellada, como la nota de justificación, exención o no sujeción, que deberán ser expedidas por la oficina liquidadora correspondiente.

Respecto del modelo 650 del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones de no residentes conforme a la normativa de aplicación podrá presentarse por internet mediante predeclaración impresa. Esta predeclaración no es sino un modelo de autoliquidación obtenido en la Sede Electrónica de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, que se deberá cumplimentar y, una vez finalizada la

cumplimentación, se debe validar y generar un documento PDF que se imprimirá junto con una carátula que contendrá el número de referencia, así como las instrucciones para efectuar la presentación. Y así, según estas instrucciones, en el caso de que la autoliquidación resulte a ingresar, los sujetos pasivos deberán ingresar el importe de la autoliquidación, en cualquier entidad de depósito sita en territorio español que actúe como colaboradora de la Agencia Estatal de Administración Tributaria en la gestión recaudatoria y posteriormente, presentar en cualquier Registro de la Agencia Estatal de Administración Tributaria. Esta presentación supone la confirmación de los datos comprendidos en la predeclaración.

En el supuesto de este expediente se han cumplimentado todos los pasos, se acompaña recibo de la presentación en el Registro de la Agencia Estatal de Administración Tributaria de Denia, en el que consta como órgano administrativo al que se envía la Oficina Nacional de Gestión Tributaria, que como se ha señalado anteriormente es la competente para liquidar el impuesto en la modalidad de no residentes y se adjunta así mismo certificado expedido por la Agencia Estatal de Administración Tributaria en la que consta la presentación de la autoliquidación. En consecuencia, se han acreditado los requisitos para levantar el cierre registral impuesto por el artículo 254 de la Ley Hipotecaria.

Resolución de 29-5-2019
(BOE 24-6-2019)
Registro de Sanlúcar de Barrameda.

PROPIEDAD HORIZONTAL: ACUERDO DE MODIFICACIÓN DE CUOTAS.

El primero de los defectos expresados por el registrador en su calificación no puede ser confirmado toda vez que, como afirma el recurrente, el elemento privativo afectado específicamente por la modificación pretendida es el único local comercial que integra la propiedad horizontal y, además, resulta claramente identificado por cuanto en la escritura calificada se detalla que dicho elemento es el que consta en la anterior escritura de declaración de obra nueva y división en régimen de propiedad horizontal que el propio registrador reseña en su nota impugnada.

Cabe recordar que el régimen de propiedad horizontal se caracteriza por la existencia de un único derecho de propiedad cuyo objeto es complejo: el piso, local o departamento privativo —es decir, un espacio suficientemente delimitado y susceptible de aprovechamiento independiente— y la participación inseparable en la titularidad de los elementos, pertenencias y servicios comunes del edificio (cfr. arts. 3 de la Ley sobre propiedad horizontal y 396 CC). No se trata de dos propiedades yuxtapuestas (la del piso, local u otro departamento privativo) y la copropiedad sobre los elementos comunes, sino de un único derecho, de naturaleza especial y compleja. Se atribuye a la junta de propietarios, como órgano colectivo, amplias competencias para decidir en los asuntos de interés de la comunidad, si bien tratándose de determinados acuerdos (los que impliquen la aprobación o modificación de las reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad horizontal o en los estatutos de la comunidad), solo serán válidos cuando se adopten por los propietarios en los términos previstos en la regla sexta del artículo 17 de la Ley sobre propiedad horizontal, es decir por unanimidad.

En materia de propiedad horizontal debe distinguirse entre los acuerdos que tienen el carácter de actos colectivos (adoptados con los requisitos previs-

tos en la legislación de propiedad horizontal resultantes de la correspondiente acta —cfr. artículo 19 de la Ley sobre propiedad horizontal—), los cuales no se imputan a cada propietario singularmente, sino a la junta como órgano comunitario, y aquellos otros actos que, por afectar al contenido esencial del derecho de dominio de pisos o elementos privativos, requieren el consentimiento individualizado o «*uti singuli*» de los propietarios correspondientes, el cual habrá de constar en documento público para su acceso al Registro de la Propiedad.

Es reiterada la doctrina de este Centro Directivo (*vid.* resoluciones citadas en los «Vistos» de la presente) según la cual en los supuestos de modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal, aunque sea a través de un consentimiento colectivo, la misma no puede afectar a los titulares registrales de departamentos que adquirieron con posterioridad al acuerdo de modificación y accedieron al Registro con anterioridad a la pretensión de inscripción de la modificación del título constitutivo y ello con independencia de la formulación de los consentimientos en acto colectivo o individualizado. El consentimiento unánime de los propietarios que para la modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal exige el artículo 5 de la Ley sobre propiedad horizontal ha de ser no solo de los propietarios que lo fueran en la fecha de adopción del acuerdo de modificación del título constitutivo, sino de los que sean titulares registrales a la fecha en que dicho acuerdo y la consiguiente modificación estatutaria haya de acceder al Registro.

Ciertamente, a la hora de establecer o modificar la respectiva contribución de los propietarios en los gastos generales o en gastos determinados —sea, v. gr., por las mejoras o menoscabos de pisos o locales a que alude el artículo 3, párrafo segundo, «*in fine*», de la Ley sobre propiedad horizontal, sea por nuevas unidades edificadas, o bien respecto de nuevos gastos por creación de determinados servicios no previstos en el título constitutivo, etc.—, es indudable la competencia de la junta. Precisamente es este tipo de acuerdos el contemplado por el párrafo segundo, «*in fine*», del artículo 18, de dicha Ley (introducido mediante la Ley 8/1999, de 6 de abril), que se remite al mencionado artículo 9, relativo al sistema de distribución de gastos; y sobre los que se atribuye competencia expresamente a la Junta para adoptarlos, como órgano colectivo, mediante acuerdo unánime (siquiera sea por unanimidad presunta, como permite la regla octava del artículo 17 de la Ley sobre propiedad horizontal).

Resolución de 29-5-2019
(BOE 24-6-2019)
Registro de la Propiedad de Alcázar de San Juan.

COMODATO: CARÁCTER MERAMENTE OBLIGACIONAL.

Para resolver la cuestión planteada carece de trascendencia determinar si la concesión del derecho de uso sobre el inmueble —a título gratuito— constituye una modalidad de comodato o se trata de una figura incardinable en el concepto de precario. En todo caso, aun cuando se tratara del denominado comodato, tendría vedada su inscripción, por ser un derecho personal no asegurado especialmente (arts. 1, 2 y 98 LH). En la sentencia se ha configurado como comodato, con su específico significado jurídico, sin que se le haya atribuido ninguna característica de los derechos reales de uso.

Resolución de 30-5-2019
(BOE 24-6-2019)
Registro de la Propiedad de Vélez-Málaga, número 2.

PROCEDIMIENTO DE APREMIO ADMINISTRATIVO POR DEUDAS A LA HACIENDA PÚBLICA: NUEVO RÉGIMEN DE ADJUDICACIÓN TRAS EL REAL DECRETO 1071/2017.

Cuando el ejercicio de las potestades administrativas haya de traducirse en una modificación del contenido de los asientos del Registro de la Propiedad, se ha de sujetar, además de a la propia legislación administrativa aplicable, a la legislación hipotecaria, que impone el filtro de la calificación en los términos previstos por los artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 99 de su Reglamento, habida cuenta de los efectos que la propia legislación hipotecaria atribuye a aquellos asientos, y entre los que se encuentran no solo los derivados del principio de legitimación registral (con los que solo en parte se confunden los resultantes de la presunción de validez del artículo 39.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas), sino también otros distintos y superiores, también con transcendencia «*erga omnes*», como el de inoponibilidad de lo no inscrito y el de fe pública registral de los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria (*vid.* resoluciones de 15 de enero de 2013 y 11 de julio de 2014, o entre las más recientes la de 6 de febrero de 2019).

Como hemos visto, en el presente caso el registrador cuestiona la idoneidad del procedimiento de adjudicación directa seguido para la realización del bien, al considerar que en el supuesto de hecho de este expediente no concurre ninguna de las causas legales habilitantes de la adjudicación directa, como procedimiento excepcional frente a la regla general de la enajenación mediante subasta, al haber sido suprimida entre tales causas habilitantes la relativa a haber quedado desierta la subasta del bien, en virtud de la reforma del artículo 107 del Reglamento General de Recaudación en virtud del Real Decreto 1071/2017, de 29 de diciembre, reforma que estaba en vigor el día 25 de abril de 2018 en que se celebró la subasta y el día 5 de septiembre de 2018 en que se abrió el procedimiento de adjudicación directa. Discutiéndose, por tanto, la idoneidad o admisibilidad legal del procedimiento seguido, y siendo este extremo uno de los que conforme a las disposiciones y doctrina antes expuestos están sujetos a la calificación registral, no cabe sino desestimar este primer motivo de oposición a la calificación impugnada.

Señala el Preámbulo del Real Decreto 1071/2017 que «la adjudicación directa se elimina como procedimiento posterior y subsiguiente al procedimiento de subasta. Se trata de simplificar el procedimiento de enajenación para potenciar la concurrencia en el mismo, así como su transparencia y agilidad». Esta novedad se concreta en la nueva redacción del artículo 107, apartado 1, del Reglamento General de Recaudación. El debate se centra, en consecuencia, no tanto en el alcance y significado de la reforma en este punto, sino en la delimitación de su eficacia temporal al discrepar sobre la interpretación que haya de darse al régimen transitorio incorporado a dicho Real Decreto. Se hace necesario, por tanto, analizar dicho régimen.

En cuanto al ámbito de la eficacia temporal del reiterado Real Decreto 1071/2017, de 29 de diciembre, se establece en su disposición final única que el mismo «entrará en vigor el día 1 de enero de 2018». Por su parte, la disposición transitoria tercera del Reglamento General de Recaudación, aprobado por el Real

Decreto 939/2005, de 29 de julio, establece en el párrafo segundo de su apartado 1 que «las actuaciones de enajenación de bienes continuarán rigiéndose por la normativa vigente antes de la entrada en vigor de este reglamento cuando el acuerdo de enajenación mediante subasta, la autorización para la enajenación por concurso o el inicio del trámite de adjudicación directa se hayan producido antes de la entrada en vigor de este reglamento». Finalmente, el citado Real Decreto 1071/2017 introduce en el mismo Reglamento General de Recaudación, a través del apartado 39 de su artículo único, una nueva disposición transitoria cuarta, conforme a la cual «las normas relativas al desarrollo del procedimiento de subasta a través del Portal de Subastas de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado se aplicarán a los procedimientos iniciados a partir del 1 de septiembre de 2018».

El hecho de que la adjudicación directa haya sido contemplada, hasta la reforma introducida por el Real Decreto 1071/2017, como un procedimiento alternativo a la subasta para el caso de que esta haya quedado desierta, no autoriza a confundirlo en modo alguno con el propio procedimiento de la subasta, por el mero hecho de compartir su condición de procedimientos de enajenación forzosa en un expediente de apremio. Como claramente resulta del preámbulo del citado Real Decreto «la adjudicación directa se elimina como procedimiento posterior y subsiguiente al procedimiento de subasta». Se trata de un procedimiento «posterior y subsiguiente» al procedimiento de subasta, es decir, claramente distinto de este. Así lo confirma también, destacando su autonomía en el plano del derecho transitorio como modos de enajenación distintos, el contenido de la disposición transitoria tercera, apartado 1, del Reglamento General de Recaudación, en su redacción originaria. Se distinguen, por tanto, con toda claridad, como fases distintas del procedimiento que pueden estar sujetas a regímenes normativos diferentes y sucesivos en función de sus respectivas fechas de vigencia, la subasta y la enajenación directa (además del concurso). Esta disposición transitoria tercera del Reglamento General de Recaudación, al igual que sucede en el caso de las transitorias del Código civil, debe guiar como criterio interpretativo las cuestiones de derecho transitorio no contempladas específicamente por el Real Decreto 1071/2017. Criterio jurisprudencial de interpretación estricta de los supuestos de excepción a la regla general de la enajenación mediante subasta que choca frontalmente con la interpretación extensiva postulada por el recurrente de la reiterada disposición transitoria cuarta, interpretación que, por ser claramente contraria a su tenor literal y a su explícita finalidad (reflejada en el Preámbulo del Real Decreto 1071/2017), desborda claramente el ámbito de aplicación propio de la misma.

Igual suerte desestimatoria debe correr el recurso en relación con las otras dos líneas argumentales esgrimidas en el escrito de interposición. Así en cuanto al argumento de que la supresión del procedimiento de enajenación directa responde en la reforma al hecho de que las nuevas subastas electrónicas maximizan la concurrencia y así evitan las subastas desiertas, que por tanto no estarían a partir de la reforma contempladas en el Reglamento General de Recaudación, se trata de un razonamiento que partiendo de una premisa correcta (el nuevo régimen de subastas electrónicas resultará más eficaz al aumentar la concurrencia y la transparencia), se apoya simultáneamente en otra que no lo es.

Finalmente entiende el recurrente, en contra de lo que resulta de la calificación impugnada (en la que se afirma que la adjudicación directa perjudica gravemente al deudor, sin generar un beneficio a la Hacienda Pública, favoreciendo únicamente al adjudicatario que adquiriría el bien por una cantidad muy inferior

a su valor), que el deudor tiene garantizados sus derechos al poder intervenir en todo el procedimiento de apremio, «y en el caso de la adjudicación directa mediante la garantía de un precio mínimo de adjudicación (art. 107.4 RGR)». Pero tampoco esta afirmación se compadece ni con el contenido del título calificado, ni con el contenido real del precepto invocado en su apoyo, pues lo que establece la norma invocada es exactamente lo contrario de lo que se afirma en el recurso.

Por el contrario, conforme a la nueva redacción dada por el reiterado Real Decreto 1071/2017 al artículo 107 del Reglamento, una vez declarada desierta la subasta lo procedente, al no ser admisible acudir a la adjudicación directa, sería aplicar la previsión del artículo 109.1 del mismo, que de conformidad con el artículo 172.2 de la Ley General Tributaria, dispone que «cuando en el procedimiento de enajenación regulado en la anterior subsección no se hubieran adjudicado alguno o algunos de los bienes embargados, el órgano de recaudación competente podrá proponer de forma motivada al órgano competente su adjudicación a la Hacienda Pública en pago de las deudas no cubiertas» —o en caso de no entender procedente esta adjudicación a la Hacienda Pública, iniciar un nuevo procedimiento de enajenación a través de una nueva subasta, conforme al artículo 112.2 del Reglamento General de Recaudación—.

Resolución de 3-6-2019
(BOE. 24-6-2019)
Registro de la Propiedad de Víver.

PROPIEDAD HORIZONTAL: LICENCIA.

Es conocido que las comunidades autónomas pueden asumir competencia exclusiva en las materias de «ordenación del territorio, urbanismo y vivienda» (sentencias del Tribunal Constitucional números 61/1997, de 20 de marzo —fundamento jurídico 5— y 164/2001, de 11 de julio —fundamento jurídico 4—), lo que en el caso de la Comunidad Valenciana se plasma en el ejercicio de su potestad legislativa mediante la Ley 5/2014, de 25 de julio, de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje, de la Comunitat Valenciana. En segundo lugar, debe afirmarse que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 149.1.8.a de la Constitución, es al Estado al que compete, en materia urbanística, establecer qué actos son inscribibles en el Registro de la Propiedad y sujetar su inscripción al previo cumplimiento de ciertos requisitos, en particular, el requisito de la previa intervención administrativa. Por tanto, corresponde al Estado fijar en qué casos debe acreditarse el otorgamiento de la oportuna licencia para que el acto en cuestión tenga acceso al Registro, siempre que la legislación autonómica aplicable exija la licencia para poder realizar legalmente el mismo.

El artículo 26.1 de la Ley del Suelo da un concepto legal de finca, de finca registral y de parcela. Inmediatamente después, en su apartado segundo exige para toda segregación o división de fincas, que las resultantes reúnan las características exigidas por la legislación aplicable y la ordenación territorial y urbanística. Y, el siguiente párrafo determina que, 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. El artículo 28 de la misma

ley, por su parte, hace lo propio respecto a las escrituras de declaración de obra nueva. En los supuestos de división o segregación de fincas (con el concepto legal visto), de acuerdo con el artículo 26.1 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, la exigencia de licencia o autorización administrativa vendrá determinada por la Ley aplicable; tratándose de complejos inmobiliarios del artículo 26.6 del citado Real Decreto Legislativo 7/2015, así como en los supuestos regulados en el artículo 10 de la Ley sobre propiedad horizontal, la exigencia de autorización administrativa viene impuesta por la legislación del Estado, como se deduce de la disposición final decimonovena de la Ley 8/2013 y la disposición final segunda del Real Decreto Legislativo 7/2015.

Desde la perspectiva del artículo 10 de la Ley sobre propiedad horizontal, aplicable por ser legislación del Estado, debe entenderse, que proporciona plena cobertura legal al artículo 53 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio. El precepto es claro al exigir para inscribir los títulos de división horizontal (como es el presente caso) que no pueden constituirse como elementos susceptibles de aprovechamiento independiente más de los que se hayan hecho constar en la declaración de obra nueva, a menos que se acredite mediante nueva licencia.

En definitiva: a) no se precisará la aportación de licencia para la propiedad horizontal, cuando la misma se ajuste a la licencia de obras que autorice la construcción de las edificaciones (resolución de 13 de julio de 2015); b) tampoco se precisa la aportación de licencia de la propiedad horizontal cuando la misma no provoque un incremento de elementos privativos respecto de los que consten en la previa declaración de la obra nueva; y c) este Centro Directivo ha sostenido la aplicación analógica, aunque con matices, del artículo 28.4 del texto refundido de la Ley de Suelo, a aquellos supuestos en que ya no proceda adoptar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su demolición, por haber transcurrido los plazos de prescripción correspondientes.

Resolución de 3-6-2019
(BOE 24-6-2019)
Registro de la Propiedad de Orihuela, número 2.

HIPOTECA: APLICACIÓN DE LA LEY 2/2009.

En el presente supuesto, el registrador de la propiedad pone de manifiesto que, en su opinión, en la escritura de préstamo hipotecario se ha tratado de evitar a través de la figura del acreedor interpuesto, considerar al préstamo como uno de los que se incluyen dentro del ámbito de aplicación de la Ley 2/2009, de 31 de marzo, que regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito. En la nota de calificación recurrida no se argumenta acerca de la razón por la que se llega a tal conclusión. En definitiva, si lo que se quiere decir es que el verdadero prestamista es dicha sociedad intermediaria y no la persona física que aparece como tal en la escritura, aunque así fuera, ello no debería ser obstáculo, en términos de información precontractual y transparencia material, para la inscripción dado que la mercantil «Kontaktalia Finance, S.L.» cumple con todos los requisitos exigidos por la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios.

Respecto del primer defecto, el presunto pago indebido de la comisión de intermediación, se trata de una cuestión de la cual ya se ha ocupado esta Dirección General en otras resoluciones, como la de 19 de julio de 2018, en la que ya se reconoció la legalidad de esta comisión. No puede ser objeto de apreciación registral acerca de su abusividad ya que tal comisión constituye el precio o parte del objeto principal de un contrato suscrito por el deudor, distinto del contrato de préstamo hipotecario, respecto del que se han cumplido las normas de información precontractual, y cuya cuantía de la tarifa no plantea problemas de comprensibilidad. La intermediación en el mercado de préstamos y créditos hipotecarios se encuentra expresamente reconocida tanto por la normativa comunitaria (Directiva 2014/17 de 4 de febrero, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial), como en la normativa nacional (la repetida Ley 2/2009, y la Ley 5/2019 de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario), por lo que el pago directo por parte del acreedor, como ocurre en este caso, a la empresa intermediaria, constituye un «pago a terceros» de obligaciones que son propias del deudor, por orden y cuenta de este.

En cuanto al segundo defecto, el pago por los prestatarios de los gastos de Notaría, Registro de la Propiedad y gestoría, habiendo entregado dichas sumas a don J. C. M. F., persona que no interviene en el contrato, debe significarse, en primer lugar, que tal señor es la persona que ha presentado la escritura en el Registro de la Propiedad, por lo que es coherente entender que su intervención en la operación jurídica ha sido legítima en concepto de gestión. Por lo demás, frente a lo que señala el registrador en la nota de calificación, en tanto no entre en vigor la Ley 5/2019 de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, es decir, hasta el día 17 de junio de 2019, tales gastos no serán imputables *ex lege* y automáticamente a dicho prestamista y pueden ser objeto de negociación y de reparto ponderado.

Así, como ya se indicaba en la resolución de 19 de julio de 2018 este Centro Directivo considera que de la lectura de las sentencias del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015 y 15 de marzo de 2018, deben extraerse unas conclusiones, que son: a) se considera abusiva la cláusula que impute globalmente todos los gastos de la escritura de préstamo hipotecario al prestatario; b) cada tipo de gasto debe imputarse a aquella parte del contrato a la que se le asigne una disposición legal; c) a falta de asignación legal los gastos correrán a cargo de aquella parte que estuviera interesado en el servicio que se remunera, y d) que, en caso de que ambas partes estuvieran interesadas, cabe una distribución equitativa de los gastos de ese tipo. Las sentencias del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2019, números 44, 46, 47, 48 y 49, han modificado la jurisprudencia del Alto Tribunal, estableciendo el siguiente reparto de gastos: a) arancel notarial: la escritura de constitución o modificación hipotecaria: la intervención notarial interesa a ambas partes, por lo que los costes de la matriz de la escritura de préstamo hipotecario deben distribuirse por mitad; en cuanto a la escritura de cancelación de la hipoteca, el interesado en la liberación del gravamen es el prestatario, por lo que le corresponde este gasto; y, por último, las copias de las distintas escrituras notariales relacionadas con el préstamo hipotecario deberá abonarlas quien las solicite, en tanto que la solicitud determina su interés; b) arancel registral: la garantía hipotecaria se inscribe a favor del banco prestamista, por lo que es a este al que corresponde el pago de los gastos que ocasione la inscripción de la hipoteca, y, en cambio, la inscripción de la escritura de cancelación interesa al prestatario, por lo que a él le corresponde este gasto, y, c) gastos de

gestoría: también se impone el pago por mitad de los mismos a las partes. Deberá rechazarse la inscripción de aquella cláusula de imputación de gastos, en este caso la estipulación octava bis, y su correspondiente garantía hipotecaria, que no se ajuste, en perjuicio del consumidor, a los criterios anteriormente expuestos.

Ahora bien, en la concreta escritura cuya nota de calificación negativa es objeto de este recurso, en la estipulación octava bis relativa a «los gastos a cargo del prestatario», en su número 2, se señala expresamente que los aranceles notariales, registrales y los gastos de tramitación hasta su inscripción en el Registro de la Propiedad son a cargo del prestatario «por haberse negociado expresamente entre la parte prestataria y el acreedor».

Resolución de 5-6-2019
(BOE 24-6-2019)
Registro de la Propiedad de Valencia, número 6.

DERECHO DE TRANSMISIÓN: NATURALEZA.

El denominado derecho de transmisión previsto en el artículo 1006 del Código civil no constituye, en ningún caso, una nueva delación hereditaria o fraccionamiento del *ius delationis* en curso de la herencia del causante que subsistiendo como tal, inalterado en su esencia y caracterización, transita o pasa al heredero trasmisario. No hay, por tanto, una doble transmisión sucesoria o sucesión propiamente dicha en el *ius delationis*, sino un mero efecto transmisivo del derecho o del poder de configuración jurídica como presupuesto necesario para hacer efectiva la legitimación para aceptar o repudiar la herencia que *ex lege* ostentan los herederos transmisarios.

La legítima, tal y como se ha configurado en el Código civil (art. 806: «La legítima es la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos») se identifica como una auténtica «*pars bonorum*» que confiere al legitimario un derecho como cotitular —por mandato legal— del activo líquido hereditario, quedando garantizada.

Este Centro Directivo estima que la obligada protección de los herederos forzosos exige entender que, a efectos de determinar el importe de la legítima, el «*ius delationis*» también se computa, porque en sí es susceptible de valoración económica por lo mismo que es susceptible de venta (art. 1000-1.º CC). Desde que el transmitente muere —aunque su herencia abierta aún no haya sido aceptada—, se defiere la legítima, por lo que no puede quedar menoscabada. Así se asegura la mejor protección de las legítimas, sin que haya necesidad de contradecir el indudable carácter personalísimo de la opción que implica el «*ius delationis*». Aunque el transmisario que ejercita positivamente el «*ius delationis*» adquiere la condición de heredero directamente del primer causante, su contenido viene delimitado por la vocación al transmitente; al formar tal derecho parte de la herencia del transmitente, con ese derecho —y, por ende, con la herencia del primer causante— debe satisfacerse a los legitimarios del transmitente.

En la sucesión «*iure transmissionis*» no hay propiamente una sucesión en el «*ius delationis*», sino una transmisión de este derecho —la delación, que no la vocación— a los herederos transmisarios, de modo que aquel cambia de titular y el transmisario ejerce su propia delación sucediendo directamente al primer causante, pues cuando el transmisario acepta la herencia del transmitente y

ejercita el «*ius delationis*» en ella integrado, sucede directamente al causante de la herencia (herencias de los primeros causantes, abuelos de los transmisarios en el presente caso); pero —y eso es el dato esencial— lo hace al heredero transmitente fallecido en otra sucesión diferente a la del primer causante (primeros causantes en este caso). Tiene razón el recurrente cuando alega que si no llegan los bienes concretos que proceden del causante originario a confundirse con los del transmitente y si el «*ius delationis*» se transmite por ley, de modo que una vez se ejerce aceptando la herencia hay una única sucesión de aquel causante a los transmisarios, debe concluirse que el fideicomiso que el transmitente impuso respecto de sus bienes no se extiende a los bienes que procedan de otra sucesión distinta. Lo contrario, cabe añadir, vendría a suponer una alteración de la sucesión prevista por el primer causante, que ningún mecanismo fiduciario previó respecto de sus bienes y que por vía indirecta no puede actuar ahora en la misma.

Resolución de 5-6-2019
(BOE 24-6-2019)
Registro de la Propiedad de Denia, número 1.

CONCURSO DE ACREEDORES: ENAJENACIÓN DE BIENES GRAVADOS CON HIPOTECA.

La sociedad vendedora y la ahora recurrente, respectivamente, invocan tanto en la escritura de compraventa, a través del administrador concursal, como en el escrito de recurso el artículo 97 de la Ley Concursal para defender que tal crédito hipotecario no ostenta la condición de crédito con privilegio especial al no haberlo notificado el acreedor titular a la administración concursal ni haber impugnado la lista de acreedores. A la condición de aquellos créditos concursales no incluidos en la lista de acreedores se refirió la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en su sentencia número 655/2016, de 4 de noviembre, creando una categoría de créditos llamados «créditos concursales no concurrentes». Por otra parte, esta Dirección General, en sus resoluciones de 20 de julio de 2018 y 29 de abril de 2019, tuvo ocasión de pronunciarse al respecto. Como pusieron de relieve las mismas, en el sistema concursal español, la regla general en materia de reconocimiento de los créditos concursales es la solicitud del acreedor. Ahora bien, el hecho de que un bien o derecho de la masa activa no figure como gravado con prenda o hipoteca a pesar de existir esa garantía real no significa que el derecho real se extinga.

La consecuencia es que, si en el concurso de acreedores un bien o derecho se transmite como libre, sea por no figurar como bien o derecho afecto a pesar de estarlo, sea figurando como tal pero incurriendo en error el administrador concursal al proceder a la enajenación a través del procedimiento concursal, la transmisión es radicalmente nula, debiendo el registrador denegar su inscripción. Es contraria a Derecho la enajenación de un bien o un derecho afecto como si el bien o el derecho estuvieran libres de cargas y gravámenes. Estando inscrita la hipoteca en el Registro de la Propiedad, el registrador debe comprobar que en el título calificado consta el cumplimiento de los requisitos legales que preservan los derechos del acreedor hipotecario. Como ha tenido ocasión de poner de relieve este Centro Directivo, las reglas contenidas en la Ley Concursal para la enajenación del bien sobre que recae el derecho real de garantía (arts. 149.2 y 155.4 de la Ley Concursal) tienen carácter imperativo y a ellas necesariamente

debe ajustarse el plan de liquidación, reglas imperativas que rigen también en defecto de aprobación del plan de liquidación (*vid.*, por todas, la resolución de 10 de enero de 2017).

No consta en la documentación aportada que haya habido aceptación expresa por parte del acreedor hipotecario, debiendo por ello mantenerse el defecto expresado por el registrador, al no haberse cumplido los requisitos establecidos en el artículo 155.4 de la Ley Concursal, toda vez que el precio de la venta (270.000 euros) es inferior al precio pactado —296.910 euros— (el valor de tasación establecido en la escritura del préstamo hipotecario),

Resolución de 5-6-2019
(BOE 24-6-2019)
Registro de la Propiedad de O Carballiño-Ribadavia.

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: REQUISITOS.

Los requisitos para la inmatriculación por título público se regulan en el artículo 205 de la Ley Hipotecaria. En cuanto a la posibilidad de acreditar la previa adquisición por el transmitente a través del acta de notoriedad complementaria, debe recordarse la doctrina establecida por la resolución de 19 de noviembre de 2015 (reiterada en las posteriores de 4 de mayo, 23 de junio, 3 y 11 de octubre y 14 de diciembre de 2016, 1 de febrero de 2017 y 27 de febrero de 2018), cuando señaló que a la vista de la nueva regulación resultante de la Ley 13/2015, ya no será admisible la simple declaración de la notoriedad del hecho de que una determinada persona es tenida por dueña de una determinada finca, como venía admitiendo el artículo 298 del Reglamento Hipotecario, sino que, conforme a las exigencias expresadas en el nuevo artículo 205 de la Ley Hipotecaria, y a la regulación del artículo 209 del Reglamento Notarial, será necesario que, tras el requerimiento expreso en tal sentido y la práctica de las pruebas y diligencias pertinentes, el notario emita formalmente, si procede, su juicio sobre la acreditación de la previa adquisición y su fecha, siempre y cuando, como señala el mismo precepto reglamentario, tales extremos le «resultasen evidentes por aplicación directa de los preceptos legales atinentes al caso».

En todo supuesto de inmatriculación conforme al artículo 205 de la Ley deberá aportarse la representación gráfica catastral de la finca en términos idénticos a la descripción contenida en el título inmatriculador. A tal efecto, el notario autorizante del acta complementaria a través de una diligencia extendida al amparo del artículo 153 del Reglamento Notarial emite juicio de notoriedad en cuanto a la identidad de la finca con la que figuraba en la descripción de la certificación catastral incorporada al título inmatriculador, así como que debe entenderse modificada la descripción de dicho título a los efectos de la inmatriculación. Lo que permite el artículo 153 del Reglamento Notarial es la subsanación de errores materiales, omisiones y defectos de forma padecidos en los instrumentos públicos, pudiendo afectar, incluso, a elementos relevantes del negocio de que se trate, pero solo cuando pueda comprobarse, con claridad, que se trata de mero error material. El citado precepto en modo alguno habilita para modificar, suplir, presuponer o eliminar declaraciones de voluntad que están exclusivamente reservadas a las partes y que, al implicar verdadera prestación de consentimiento de naturaleza negocial, solo de ellas o de sus representantes pueden proceder. Esto último no sucede en el presente supuesto. Lo que es deter-

minante para la resolución de este recurso es que en este caso concreto resulta evidente que nos encontramos ante una modificación catastral sobrevenida que se limita a la rectificación del dato alfanumérico referido a la superficie de la parcela que consta en la certificación catastral pero con mantenimiento pleno de la geometría georreferenciada del inmueble, lo que ha venido ocurriendo cuando el Catastro, por razones de congruencia, sustituye la cifra de la superficie que antes se expresaba en la parte alfanumérica de la certificación, por la que resulta geométricamente de la parte gráfica.

Resolución de 5-6-2019
(BOE 24-6-2019)
Registro de la Propiedad de Felanitx, número 2.

AGRUPACIÓN: INSCRIPCIÓN DE LA BASE GRÁFICA.

Como ya afirmó en la resolución de 2 se septiembre de 2016, el artículo 9 LH debe ser interpretado en el sentido de incluir en su ámbito de aplicación cualquier supuesto de modificación de entidad hipotecaria que conlleve el nacimiento de una nueva finca registral, como sucede en el presente supuesto en el que se formaliza una agrupación de fincas. 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 para preservar eventuales derechos de colindantes que pudieran resultar afectados.

A la vista de este nuevo título y su solicitud, el registrador inicia la tramitación del procedimiento previsto en el artículo 199. Sin embargo, y a pesar de la contradicción del título al solicitar la tramitación de un procedimiento cuando ya se ha tramitado otro con el mismo objeto, la obvia identidad entre las descripciones y la ínfima diferencia superficial resultante del nuevo informe técnico incorporado a la escritura de agrupación, determinan que no pueda estimarse correcto este proceder, ya que las actas notariales previas, respecto de las cuales ningún defecto se alega, deberían haber causado las correspondientes inscripciones de rectificación descriptiva en los términos de las mismas y como títulos previos a la agrupación de fincas. Una vez inscritas las rectificaciones superficiales resultantes de las actas notariales bien podría haberse planteado la procedencia de inscribir una nueva representación gráfica, a la vista de una ínfima diferencia superficial y perimetral, circunstancia que podría haber dado lugar a una solicitud de aclaración al respecto, antes de volver a tramitar un nuevo expediente de rectificación, con la duplicidad de trámites y costes que ello conlleva.

El registrador debe calificar en todo caso la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, que pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o a que se

encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. arts. 9, 199 y 201 LH). El registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas en el procedimiento, debe decidir motivadamente según su prudente criterio. En caso de haberse manifestado oposición por algún interesado, constituye uno de los principios de la regulación de la Jurisdicción Voluntaria que, salvo que la Ley expresamente lo prevea, la sola formulación de oposición por alguno de los interesados no hará contencioso el expediente, ni impedirá que continúe su tramitación hasta que sea resuelto. 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.

Atendiendo a las anteriores consideraciones, en el presente caso no resultan explicitadas en la nota de calificación las dudas de identidad que impiden la inscripción de la representación gráfica, ya que el registrador rechaza la inscripción por el único motivo de existir oposición de un colindante, don J. V. B. Finalmente, no pueden tomarse en consideración las alegaciones del colindante relativas a temores de eventuales futuros excesos de cabida. Dichas afirmaciones resultan de todo punto improcedentes, al limitarse el objeto de la calificación a la documentación y representación gráfica que pretende inscribirse.

Resolución de 6-6-2019
(BOE 3-7-2019)
Registro de la Propiedad de Córdoba, número 2.

HERENCIA: DIFERENCIA ENTRE PARTICIÓN Y CESIÓN DE DERECHO HEREDITARIO.

La cuestión que se debate en este expediente depende directamente de la naturaleza que tenga la escritura de herencia del fallecido don T. M. F., de fecha 31 de marzo de 2017. Si se trata de una cesión de derechos hereditarios, entonces hay que recordar la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo por la que el adquirente de un derecho hereditario queda subrogado en los derechos y obligaciones de quienes han transmitido su derecho en la herencia, lo que ha recogido este Centro Directivo en las resoluciones citadas por el notario autorizante en su informe y alegaciones al escrito de recurso. Si se trata de una escritura de partición de herencia, hay que recordar la reiteradísima doctrina de este Centro Directivo sobre la necesaria concurrencia de todos los llamados a la sucesión para la conversión de su derecho hereditario abstracto, en un derecho concreto sobre los bienes que integran la masa hereditaria.

Resolución de 6-6-2019
(BOE 3-7-2019)
Registro de la Propiedad de Mazarrón.

DOMINIO PÚBLICO MARÍTIMO TERRESTRE: CONTROL REGISTRAL DE SU PROTECCIÓN.

Debe tenerse en cuenta que, conforme a lo establecido en el artículo 326 de la Ley Hipotecaria, el recurso deber recaer exclusivamente sobre las cuestiones

que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del registrador, por lo que del mismo modo que esta Dirección General no puede entrar en otros defectos que no hayan sido aducidos en la nota de calificación impugnada, ya que ello produciría indefensión en el recurrente (*vid.*, por todas, resolución de 14 de diciembre de 2010), únicamente puede tener en cuenta para la resolución del recurso los documentos presentados en tiempo y forma en el Registro para su calificación.

La doctrina, basada en la falta de cobertura legal del artículo 35 del Reglamento de Costas, resultó contradicha en cuanto a tal presupuesto por la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 16 de octubre de 1996, en la que se resolvió un recurso basado precisamente en la misma idea de nulidad del citado artículo 35 del Reglamento. Con ello este Centro Directivo ha venido entendiendo, por tanto, plenamente aplicable el artículo 35 del Reglamento de la Ley de Costas, que extiende a las segundas y ulteriores trasmisiones las mismas exigencias de acreditación de la no invasión de zona de dominio público marítimo-terrestre. Tras la derogación de la citada norma reglamentaria, la cuestión de la protección registral del dominio público marítimo-terrestre en segundas y posteriores inscripciones de fincas colindantes con el dominio público 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.

Como ha señalado este Centro Directivo (*vid.* resoluciones de 23 de agosto de 2016, 27 de junio de 2017 y 23 de mayo y 19 de junio de 2018), para la debida comprensión de este precepto debe contemplarse conjuntamente con el contenido de toda la Sección Cuarta del Capítulo III del actual Reglamento de Costas, reguladora de las inmatriculaciones y excesos de cabida que puedan afectar a este dominio público. El eje fundamental sobre el que gira la tutela del dominio público marítimo-terrestre en esta regulación 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 art. 33).

¿Cuál debe ser el proceder del registrador en los casos en los que las citadas 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, remitida en soporte electrónico por la Dirección General de Sostenibilidad de la Costa y del Mar (cuya fuente u origen no consta en el presente expediente)? En tales casos el registrador no podrá proceder conforme a lo previsto en la citada regla segunda del artículo 36 del Reglamento de Costas. La única forma de lograr esta determinación será la previa aportación de certificación del Servicio Periférico de Costas de la que resulte la colindancia o intersección, así como la determinación de si la finca invade o no el dominio público marítimo-terrestre y su situación en relación con las servidumbres de protección y tránsito, todo ello según la representación gráfica que obre en tal Administración. No obstante, esta determinación previa solo debe ser exigible a aquellas fincas que, según los datos que consten en el Registro o a los que tenga acceso el registrador por razón de su cargo, como los datos catastrales (cfr. por todas, resolución de 23 de abril de 2018), o que se desprendan del propio título inscribible, linden con este dominio público o puedan estar sujetas a tales servidumbres (arts. 15 de la Ley de Costas y 35 y 36 del Reglamento General de Costas).

Finalmente respecto del hecho de que no haya tenido acceso al Registro el deslinde administrativo aprobado, o que no conste incoación de procedimiento administrativo para su actualización o modificación que haya sido objeto de reflejo registral por medio de anotación preventiva o nota marginal, conviene recordar que, conforme a la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo (*vid.* sentencias de 26 de abril de 1986, 1 de julio de 1999 y 22 de junio de 2009), el carácter de limitación legal que la cualidad de inalienable del demanio hace oponible dicha limitación al titular registral, de forma que su titularidad no puede oponerse a una titularidad de dominio público, pues este, como señala la sentencia citada de 26 de abril de 1986, es «inatacable aunque no figure en el Registro de la Propiedad, puesto que no nace del tráfico jurídico base del Registro, sino de la Ley y es protegible frente a los asientos registrales e incluso frente a la posesión continuada». Este mismo criterio ha sido asumido por este Centro Directivo, que lejos de sostener una falsa antinomia entre la legislación hipotecaria y la legislación relativa al dominio público, ha defendido el carácter del Registro de la Propiedad como instrumento de protección del demanio.

Resolución de 6-6-2019
(BOE 3-7-2019)
Registro de la Propiedad de El Rosario-Área Metropolitana de Santa Cruz de Tenerife.

PROCEDIMIENTO DE APREMIO ADMINISTRATIVO POR DEUDAS A LA HACIENDA PÚBLICA: NUEVO RÉGIMEN DE ADJUDICACIÓN TRAS EL REAL DECRETO 1071/2017.

Cuando el ejercicio de las potestades administrativas haya de traducirse en una modificación del contenido de los asientos del Registro de la Propiedad, se ha de sujetar, además de a la propia legislación administrativa aplicable, a la legislación hipotecaria, que impone el filtro de la calificación en los términos previstos por los artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 99 de su Reglamento, habida cuenta de los efectos que la propia legislación hipotecaria atribuye a aquellos asientos, y entre los que se encuentran no solo los derivados del principio de legitimación registral (con los que solo en parte se confunden los resultantes de la presunción de validez del artículo 39.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas), sino también otros distintos y superiores, también con transcendencia «*erga omnes*», como el de inoponibilidad de lo no inscrito y el de fe pública registral de los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria (*vid.* resoluciones de 15 de enero de 2013 y 11 de julio de 2014, o entre las más recientes la de 6 de febrero de 2019).

Como hemos visto, en el presente caso el registrador cuestiona la idoneidad del procedimiento de adjudicación directa seguido para la realización del bien, al considerar que en el supuesto de hecho de este expediente no concurre ninguna de las causas legales habilitantes de la adjudicación directa, como procedimiento excepcional frente a la regla general de la enajenación mediante subasta, al haber sido suprimida entre tales causas habilitantes la relativa a haber quedado desierta la subasta del bien, en virtud de la reforma del artículo 107 del Reglamento General de Recaudación en virtud del Real Decreto 1071/2017, de 29 de diciembre, reforma que estaba en vigor el día 25 de abril de 2018 en que se celebró la subasta y el día 5 de septiembre de 2018 en que se abrió el

procedimiento de adjudicación directa. Discutiéndose, por tanto, la idoneidad o admisibilidad legal del procedimiento seguido, y siendo este extremo uno de los que conforme a las disposiciones y doctrina antes expuestos están sujetos a la calificación registral, no cabe sino desestimar este primer motivo de oposición a la calificación impugnada.

Señala el Preámbulo del Real Decreto 1071/2017 que «la adjudicación directa se elimina como procedimiento posterior y subsiguiente al procedimiento de subasta. Se trata de simplificar el procedimiento de enajenación para potenciar la concurrencia en el mismo, así como su transparencia y agilidad». Esta novedad se concreta en la nueva redacción del artículo 107, apartado 1, del Reglamento General de Recaudación. El debate se centra, en consecuencia, no tanto en el alcance y significado de la reforma en este punto, sino en la delimitación de su eficacia temporal al discrepar sobre la interpretación que haya de darse al régimen transitorio incorporado a dicho Real Decreto. Se hace necesario, por tanto, analizar dicho régimen.

En cuanto al ámbito de la eficacia temporal del reiterado Real Decreto 1071/2017, de 29 de diciembre, se establece en su disposición final única que el mismo «entrará en vigor el día 1 de enero de 2018». Por su parte, la disposición transitoria tercera del Reglamento General de Recaudación, aprobado por el Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, establece en el párrafo segundo de su apartado 1 que «las actuaciones de enajenación de bienes continuarán rigiéndose por la normativa vigente antes de la entrada en vigor de este reglamento cuando el acuerdo de enajenación mediante subasta, la autorización para la enajenación por concurso o el inicio del trámite de adjudicación directa se hayan producido antes de la entrada en vigor de este reglamento». Finalmente, el citado Real Decreto 1071/2017 introduce en el mismo Reglamento General de Recaudación, a través del apartado 39 de su artículo único, una nueva disposición transitoria cuarta, conforme a la cual «las normas relativas al desarrollo del procedimiento de subasta a través del Portal de Subastas de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado se aplicarán a los procedimientos iniciados a partir del 1 de septiembre de 2018».

El hecho de que la adjudicación directa haya sido contemplada, hasta la reforma introducida por el Real Decreto 1071/2017, como un procedimiento alternativo a la subasta para el caso de que esta haya quedado desierta, no autoriza a confundirlo en modo alguno con el propio procedimiento de la subasta, por el mero hecho de compartir su condición de procedimientos de enajenación forzosa en un expediente de apremio. Como claramente resulta del preámbulo del citado Real Decreto «la adjudicación directa se elimina como procedimiento posterior y subsiguiente al procedimiento de subasta». Se trata de un procedimiento «posterior y subsiguiente» al procedimiento de subasta, es decir, claramente distinto de este. Así lo confirma también, destacando su autonomía en el plano del derecho transitorio como modos de enajenación distintos, el contenido de la disposición transitoria tercera, apartado 1, del Reglamento General de Recaudación, en su redacción originaria. Se distinguen, por tanto, con toda claridad, como fases distintas del procedimiento que pueden estar sujetas a regímenes normativos diferentes y sucesivos en función de sus respectivas fechas de vigencia, la subasta y la enajenación directa (además del concurso). Esta disposición transitoria tercera del Reglamento General de Recaudación, al igual que sucede en el caso de las transitorias del Código civil, debe guiar como criterio interpretativo las cuestiones de derecho transitorio no contempladas específicamente por el Real Decreto 1071/2017. Criterio jurisprudencial de interpretación estricta de los su-

puestos de excepción a la regla general de la enajenación mediante subasta que choca frontalmente con la interpretación extensiva postulada por el recurrente de la reiterada disposición transitoria cuarta, interpretación que, por ser claramente contraria a su tenor literal y a su explícita finalidad (reflejada en el Preámbulo del Real Decreto 1071/2017), desborda claramente el ámbito de aplicación propio de la misma.

Igual suerte desestimatoria debe correr el recurso en relación con las otras dos líneas argumentales esgrimidas en el escrito de interposición. Así en cuanto al argumento de que la supresión del procedimiento de enajenación directa responde en la reforma al hecho de que las nuevas subastas electrónicas maximizan la concurrencia y así evitan las subastas desiertas, que por tanto no estarían a partir de la reforma contempladas en el Reglamento General de Recaudación, se trata de un razonamiento que partiendo de una premisa correcta (el nuevo régimen de subastas electrónicas resultará más eficaz al aumentar la concurrencia y la transparencia), se apoya simultáneamente en otra que no lo es.

Finalmente entiende el recurrente, en contra de lo que resulta de la calificación impugnada (en la que se afirma que la adjudicación directa perjudica gravemente al deudor, sin generar un beneficio a la Hacienda Pública, favoreciendo únicamente al adjudicatario que adquiriría el bien por una cantidad muy inferior a su valor), que el deudor tiene garantizados sus derechos al poder intervenir en todo el procedimiento de apremio, «y en el caso de la adjudicación directa mediante la garantía de un precio mínimo de adjudicación (art. 107.4 RGR)». Pero tampoco esta afirmación se compadece ni con el contenido del título calificado, ni con el contenido real del precepto invocado en su apoyo, pues lo que establece la norma invocada es exactamente lo contrario de lo que se afirma en el recurso.

Por el contrario, conforme a la nueva redacción dada por el reiterado Real Decreto 1071/2017 al artículo 107 del Reglamento, una vez declarada desierta la subasta lo procedente, al no ser admisible acudir a la adjudicación directa, sería aplicar la previsión del artículo 109.1 del mismo, que de conformidad con el artículo 172.2 de la Ley General Tributaria, dispone que «cuando en el procedimiento de enajenación regulado en la anterior subsección no se hubieran adjudicado alguno o algunos de los bienes embargados, el órgano de recaudación competente podrá proponer de forma motivada al órgano competente su adjudicación a la Hacienda Pública en pago de las deudas no cubiertas» —o en caso de no entender procedente esta adjudicación a la Hacienda Pública, iniciar un nuevo procedimiento de enajenación a través de una nueva subasta, conforme al artículo 112.2 del Reglamento General de Recaudación—.

Resolución de 6-6-2019
(BOE 3-7-2019)
Registro de la Propiedad de Balmaseda.

PROCEDIMIENTO DE APREMIO ADMINISTRATIVO POR DEUDAS A LA HACIENDA PÚBLICA: NUEVO RÉGIMEN DE ADJUDICACIÓN TRAS EL REAL DECRETO 1071/2017.

Cuando el ejercicio de las potestades administrativas haya de traducirse en una modificación del contenido de los asientos del Registro de la Propiedad, se ha de sujetar, además de a la propia legislación administrativa aplicable, a la legislación hipotecaria, que impone el filtro de la calificación en los términos previstos

por los artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 99 de su Reglamento, habida cuenta de los efectos que la propia legislación hipotecaria atribuye a aquellos asientos, y entre los que se encuentran no solo los derivados del principio de legitimación registral (con los que solo en parte se confunden los resultantes de la presunción de validez del artículo 39.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas), sino también otros distintos y superiores, también con transcendencia «*erga omnes*», como el de inoponibilidad de lo no inscrito y el de fe pública registral de los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria (*vid.* resoluciones de 15 de enero de 2013 y 11 de julio de 2014, o entre las más recientes la de 6 de febrero de 2019).

Como hemos visto, en el presente caso el registrador cuestiona la idoneidad del procedimiento de adjudicación directa seguido para la realización del bien, al considerar que en el supuesto de hecho de este expediente no concurre ninguna de las causas legales habilitantes de la adjudicación directa, como procedimiento excepcional frente a la regla general de la enajenación mediante subasta, al haber sido suprimida entre tales causas habilitantes la relativa a haber quedado desierta la subasta del bien, en virtud de la reforma del artículo 107 del Reglamento General de Recaudación en virtud del Real Decreto 1071/2017, de 29 de diciembre, reforma que estaba en vigor el día 25 de abril de 2018 en que se celebró la subasta y el día 5 de septiembre de 2018 en que se abrió el procedimiento de adjudicación directa. Discutiéndose, por tanto, la idoneidad o admisibilidad legal del procedimiento seguido, y siendo este extremo uno de los que conforme a las disposiciones y doctrina antes expuestos están sujetos a la calificación registral, no cabe sino desestimar este primer motivo de oposición a la calificación impugnada.

Señala el Preámbulo del Real Decreto 1071/2017 que «la adjudicación directa se elimina como procedimiento posterior y subsiguiente al procedimiento de subasta. Se trata de simplificar el procedimiento de enajenación para potenciar la concurrencia en el mismo, así como su transparencia y agilidad». Esta novedad se concreta en la nueva redacción del artículo 107, apartado 1, del Reglamento General de Recaudación. El debate se centra, en consecuencia, no tanto en el alcance y significado de la reforma en este punto, sino en la delimitación de su eficacia temporal al discrepar sobre la interpretación que haya de darse al régimen transitorio incorporado a dicho Real Decreto. Se hace necesario, por tanto, analizar dicho régimen.

En cuanto al ámbito de la eficacia temporal del reiterado Real Decreto 1071/2017, de 29 de diciembre, se establece en su disposición final única que el mismo «entrará en vigor el día 1 de enero de 2018». Por su parte, la disposición transitoria tercera del Reglamento General de Recaudación, aprobado por el Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, establece en el párrafo segundo de su apartado 1 que «las actuaciones de enajenación de bienes continuarán rigiéndose por la normativa vigente antes de la entrada en vigor de este reglamento cuando el acuerdo de enajenación mediante subasta, la autorización para la enajenación por concurso o el inicio del trámite de adjudicación directa se hayan producido antes de la entrada en vigor de este reglamento». Finalmente, el citado Real Decreto 1071/2017 introduce en el mismo Reglamento General de Recaudación, a través del apartado 39 de su artículo único, una nueva disposición transitoria cuarta, conforme a la cual «las normas relativas al desarrollo del procedimiento de subasta a través del Portal de Subastas de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado se aplicarán a los procedimientos iniciados a partir del 1 de septiembre de 2018».

El hecho de que la adjudicación directa haya sido contemplada, hasta la reforma introducida por el Real Decreto 1071/2017, como un procedimiento alternativo a la subasta para el caso de que esta haya quedado desierta, no autoriza a confundirlo en modo alguno con el propio procedimiento de la subasta, por el mero hecho de compartir su condición de procedimientos de enajenación forzosa en un expediente de apremio. Como claramente resulta del preámbulo del citado Real Decreto «la adjudicación directa se elimina como procedimiento posterior y subsiguiente al procedimiento de subasta». Se trata de un procedimiento «posterior y subsiguiente» al procedimiento de subasta, es decir, claramente distinto de este. Así lo confirma también, destacando su autonomía en el plano del derecho transitorio como modos de enajenación distintos, el contenido de la disposición transitoria tercera, apartado 1, del Reglamento General de Recaudación, en su redacción originaria. Se distinguen, por tanto, con toda claridad, como fases distintas del procedimiento que pueden estar sujetas a regímenes normativos diferentes y sucesivos en función de sus respectivas fechas de vigencia, la subasta y la enajenación directa (además del concurso). Esta disposición transitoria tercera del Reglamento General de Recaudación, al igual que sucede en el caso de las transitorias del Código civil, debe guiar como criterio interpretativo las cuestiones de derecho transitorio no contempladas específicamente por el Real Decreto 1071/2017. Criterio jurisprudencial de interpretación estricta de los supuestos de excepción a la regla general de la enajenación mediante subasta que choca frontalmente con la interpretación extensiva postulada por el recurrente de la reiterada disposición transitoria cuarta, interpretación que, por ser claramente contraria a su tenor literal y a su explícita finalidad (reflejada en el Preámbulo del Real Decreto 1071/2017), desborda claramente el ámbito de aplicación propio de la misma.

Igual suerte desestimatoria debe correr el recurso en relación con las otras dos líneas argumentales esgrimidas en el escrito de interposición. Así en cuanto al argumento de que la supresión del procedimiento de enajenación directa responde en la reforma al hecho de que las nuevas subastas electrónicas maximizan la concurrencia y así evitan las subastas desiertas, que por tanto no estarían a partir de la reforma contempladas en el Reglamento General de Recaudación, se trata de un razonamiento que partiendo de una premisa correcta (el nuevo régimen de subastas electrónicas resultará más eficaz al aumentar la concurrencia y la transparencia), se apoya simultáneamente en otra que no lo es.

Finalmente entiende el recurrente, en contra de lo que resulta de la calificación impugnada (en la que se afirma que la adjudicación directa perjudica gravemente al deudor, sin generar un beneficio a la Hacienda Pública, favoreciendo únicamente al adjudicatario que adquiriría el bien por una cantidad muy inferior a su valor), que el deudor tiene garantizados sus derechos al poder intervenir en todo el procedimiento de apremio, «y en el caso de la adjudicación directa mediante la garantía de un precio mínimo de adjudicación (art. 107.4 RGR)». Pero tampoco esta afirmación se compadece ni con el contenido del título calificado, ni con el contenido real del precepto invocado en su apoyo, pues lo que establece la norma invocada es exactamente lo contrario de lo que se afirma en el recurso.

Por el contrario, conforme a la nueva redacción dada por el reiterado Real Decreto 1071/2017 al artículo 107 del Reglamento, una vez declarada desierta la subasta lo procedente, al no ser admisible acudir a la adjudicación directa, sería aplicar la previsión del artículo 109.1 del mismo, que de conformidad con el artículo 172.2 de la Ley General Tributaria, dispone que «cuando en el procedimiento de enajenación regulado en la anterior subsección no se hubieran

adjudicado alguno o algunos de los bienes embargados, el órgano de recaudación competente podrá proponer de forma motivada al órgano competente su adjudicación a la Hacienda Pública en pago de las deudas no cubiertas» —o en caso de no entender procedente esta adjudicación a la Hacienda Pública, iniciar un nuevo procedimiento de enajenación a través de una nueva subasta, conforme al artículo 112.2 del Reglamento General de Recaudación—.

Resolución de 7-6-2019
(BOE 4-7-2019)
Registro de la Propiedad de Cartagena, número 3.

RECTIFICACIÓN DE SUPERFICIE: PROCEDIMIENTOS.

Se ha afirmado en numerosas resoluciones (cfr. «Vistos») que partir del 1 de noviembre de 2015, fecha de la plena entrada en vigor de la reforma de la Ley Hipotecaria operada por la Ley 13/2015, cabe enunciar los medios hábiles para obtener la inscripción registral de rectificaciones descriptivas y sistematizarlos en tres grandes grupos: — Los que solo persiguen y solo permiten inscribir una rectificación de la superficie contenida en la descripción literaria, pero sin simultánea inscripción de la representación gráfica de la finca, como ocurre con los supuestos regulados en el artículo 201.3; — El supuesto que persigue y permite inscribir rectificaciones superficiales no superiores al 10% de la cabida inscrita, pero con simultánea inscripción de la representación geográfica de la finca. Este concreto supuesto tampoco está dotado de ninguna tramitación previa con posible intervención de colindantes y terceros, si bien, como señala el artículo citado, «el Registrador notificará el hecho de haberse practicado tal rectificación a los titulares de derechos inscritos, salvo que del título presentado o de los trámites del artículo 199 ya constare su notificación». — Y, finalmente, los que persiguen y potencialmente permiten inscribir rectificaciones descriptivas de cualquier naturaleza (tanto de superficie como linderos, incluso linderos fijos), de cualquier magnitud (tanto diferencias inferiores como superiores al 10% de la superficie previamente inscrita) y además obtener la inscripción de la representación geográfica de la finca y la lista de coordenadas de sus vértices. Así ocurre con el procedimiento regulado en el artículo 199 y con el regulado en el artículo 201.1, que a su vez remite al artículo 203, de la Ley Hipotecaria.

En el presente caso en el título se solicita que se lleve a efecto la rectificación en base al artículo 201.3.b) de la Ley Hipotecaria, aunque, contradictoriamente, también se solicita que se lleve a efecto la coordinación gráfica con Catastro. Aunque es cierto que la escasa entidad de la diferencia de superficie permitiría acogerse a lo previsto en el artículo 201.3.b), tal y como se solicita en el título, debe aclararse que, toda vez que se encuentra inscrita la representación gráfica georreferenciada de la finca, es improcedente cualquier rectificación de superficie que no se realice con previa rectificación de la representación gráfica inscrita. Por otra parte, la coordinación gráfica con el Catastro que expresamente solicita el título solo puede lograrse en los términos previstos en el artículo 9.b) de la Ley Hipotecaria, con la inscripción de la representación gráfica georreferenciada catastral de la finca, la cual no contempla el repetido artículo 201.3.b).

De la redacción de los artículos 9 y 10 de la Ley Hipotecaria no puede deducirse, como sostiene la registradora, que una vez inscrita una representación gráfica la misma devenga en inalterable. La posibilidad de rectificar una representación

gráfica inscrita resulta de las normas generales de la Ley Hipotecaria sobre rectificación de asientos (cfr. art. 40.d) LH) y quedará sometida a las disposiciones sobre inscripción de la nueva representación gráfica (arts. 9.b) y 199 LH). En este caso, además, se trata de una variación de escasa entidad, sin que queden justificadas en la calificación dudas de identidad de la finca.

Resolución de 7-6-2019
(BOE 4-7-2019)
Registro de la Propiedad de Las Palmas de Gran Canaria, número 4.

PROCEDIMIENTO DEL ARTÍCULO 199 DE LA LEY HIPOTECARIA: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

En primer lugar, hay que recordar que, dentro de las actuaciones previstas en el artículo 199 de la Ley Hipotecaria, corresponde al registrador calificar la existencia o no de dudas en la identidad de la finca. Por tanto, las dudas pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o a que con ella 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).

En el presente caso aunque no con el detalle que sería deseable, resultan identificadas y fundamentadas las dudas del registrador en la nota de calificación en cuanto a la existencia de conflicto entre fincas colindantes, con posible invasión de las mismas, toda vez que la oposición formulada se fundamenta en documentación fehaciente que pone de manifiesto la existencia de un litigio, relativo a un camino que se incardina dentro de la base gráfica cuya inscripción se pretende. En suma, de los datos y documentos que obran en el expediente, se evidencia que no es pacífica la delimitación gráfica de la finca que se pretende inscribir, y que, por lo tanto, el juicio de identidad de la finca por parte del registrador, no es arbitrario ni discrecional, sino que está motivado y fundado en criterios objetivos y razonados.

Resolución de 7-6-2019
(BOE 4-7-2019)
Registro de la Propiedad de Sevilla, número 3.

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: REQUISITO DE LA PREVIA INSCRIPCIÓN DEL OTORGANTE.

Se debate en este expediente si es o no inscribible, una escritura de elevación a público de documento privado de arrendamiento en el que se da la circunstancia de que la parte arrendadora no es el titular registral actual. Como ha afirmado con reiteración esta Dirección General (*vid.*, por todas, la resolución de 10 de abril de 2017) es principio básico de nuestro Derecho hipotecario, íntimamente relacionado con los de salvaguardia judicial de los asientos registrales y el de legitimación, según los artículos 1, 38, 40 y 82 de la Ley Hipotecaria, el de tracto sucesivo, en virtud del cual, para inscribir un título en el Registro de la Propiedad

se exige que esté previamente inscrito el derecho del transmitente (art. 20 LH). Por ello, la pretensión del recurrente no puede ser acogida, pues la necesidad de tracto sucesivo requiere que la escritura de elevación a público del referido documento privado de arrendamiento sea otorgada por todos los intervinientes, arrendador y arrendatario.

Resolución 7-6-2019
(BOE 4-7-2019)
Registro de la Propiedad de Almonte.

PROCEDIMIENTO DE APREMIO ADMINISTRATIVO POR DEUDAS A LA HACIENDA PÚBLICA: NUEVO RÉGIMEN DE ADJUDICACIÓN TRAS EL REAL DECRETO 1071/2017.

Cuando el ejercicio de las potestades administrativas haya de traducirse en una modificación del contenido de los asientos del Registro de la Propiedad, se ha de sujetar, además de a la propia legislación administrativa aplicable, a la legislación hipotecaria, que impone el filtro de la calificación en los términos previstos por los artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 99 de su Reglamento, habida cuenta de los efectos que la propia legislación hipotecaria atribuye a aquellos asientos, y entre los que se encuentran no solo los derivados del principio de legitimación registral (con los que solo en parte se confunden los resultantes de la presunción de validez del artículo 39.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas), sino también otros distintos y superiores, también con transcendencia «*erga omnes*», como el de inoponibilidad de lo no inscrito y el de fe pública registral de los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria (*vid.* resoluciones de 15 de enero de 2013 y 11 de julio de 2014, o entre las más recientes la de 6 de febrero de 2019).

Como hemos visto, en el presente caso el registrador cuestiona la idoneidad del procedimiento de adjudicación directa seguido para la realización del bien, al considerar que en el supuesto de hecho de este expediente no concurre ninguna de las causas legales habilitantes de la adjudicación directa, como procedimiento excepcional frente a la regla general de la enajenación mediante subasta, al haber sido suprimida entre tales causas habilitantes la relativa a haber quedado desierta la subasta del bien, en virtud de la reforma del artículo 107 del Reglamento General de Recaudación en virtud del Real Decreto 1071/2017, de 29 de diciembre, reforma que estaba en vigor el día 25 de abril de 2018 en que se celebró la subasta y el día 5 de septiembre de 2018 en que se abrió el procedimiento de adjudicación directa. Discutiéndose, por tanto, la idoneidad o admisibilidad legal del procedimiento seguido, y siendo este extremo uno de los que conforme a las disposiciones y doctrina antes expuestos están sujetos a la calificación registral, no cabe sino desestimar este primer motivo de oposición a la calificación impugnada.

Señala el Preámbulo del Real Decreto 1071/2017 que «la adjudicación directa se elimina como procedimiento posterior y subsiguiente al procedimiento de subasta. Se trata de simplificar el procedimiento de enajenación para potenciar la concurrencia en el mismo, así como su transparencia y agilidad». Esta novedad se concreta en la nueva redacción del artículo 107, apartado 1, del Reglamento General de Recaudación. El debate se centra, en consecuencia, no tanto en el alcance y significado de la reforma en este punto, sino en la delimitación de

su eficacia temporal al discrepar sobre la interpretación que haya de darse al régimen transitorio incorporado a dicho Real Decreto. Se hace necesario, por tanto, analizar dicho régimen.

En cuanto al ámbito de la eficacia temporal del reiterado Real Decreto 1071/2017, de 29 de diciembre, se establece en su disposición final única que el mismo «entrará en vigor el día 1 de enero de 2018». Por su parte, la disposición transitoria tercera del Reglamento General de Recaudación, aprobado por el Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, establece en el párrafo segundo de su apartado 1 que «las actuaciones de enajenación de bienes continuarán rigiéndose por la normativa vigente antes de la entrada en vigor de este reglamento cuando el acuerdo de enajenación mediante subasta, la autorización para la enajenación por concurso o el inicio del trámite de adjudicación directa se hayan producido antes de la entrada en vigor de este reglamento». Finalmente, el citado Real Decreto 1071/2017 introduce en el mismo Reglamento General de Recaudación, a través del apartado 39 de su artículo único, una nueva disposición transitoria cuarta, conforme a la cual «las normas relativas al desarrollo del procedimiento de subasta a través del Portal de Subastas de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado se aplicarán a los procedimientos iniciados a partir del 1 de septiembre de 2018».

El hecho de que la adjudicación directa haya sido contemplada, hasta la reforma introducida por el Real Decreto 1071/2017, como un procedimiento alternativo a la subasta para el caso de que esta haya quedado desierta, no autoriza a confundirlo en modo alguno con el propio procedimiento de la subasta, por el mero hecho de compartir su condición de procedimientos de enajenación forzosa en un expediente de apremio. Como claramente resulta del preámbulo del citado Real Decreto «la adjudicación directa se elimina como procedimiento posterior y subsiguiente al procedimiento de subasta». Se trata de un procedimiento «posterior y subsiguiente» al procedimiento de subasta, es decir, claramente distinto de este. Así lo confirma también, destacando su autonomía en el plano del derecho transitorio como modos de enajenación distintos, el contenido de la disposición transitoria tercera, apartado 1, del Reglamento General de Recaudación, en su redacción originaria. Se distinguen, por tanto, con toda claridad, como fases distintas del procedimiento que pueden estar sujetas a regímenes normativos diferentes y sucesivos en función de sus respectivas fechas de vigencia, la subasta y la enajenación directa (además del concurso). Esta disposición transitoria tercera del Reglamento General de Recaudación, al igual que sucede en el caso de las transitorias del Código civil, debe guiar como criterio interpretativo las cuestiones de derecho transitorio no contempladas específicamente por el Real Decreto 1071/2017. Criterio jurisprudencial de interpretación estricta de los supuestos de excepción a la regla general de la enajenación mediante subasta que choca frontalmente con la interpretación extensiva postulada por el recurrente de la reiterada disposición transitoria cuarta, interpretación que, por ser claramente contraria a su tenor literal y a su explícita finalidad (reflejada en el Preámbulo del Real Decreto 1071/2017), desborda claramente el ámbito de aplicación propio de la misma.

Igual suerte desestimatoria debe correr el recurso en relación con las otras dos líneas argumentales esgrimidas en el escrito de interposición. Así en cuanto al argumento de que la supresión del procedimiento de enajenación directa responde en la reforma al hecho de que las nuevas subastas electrónicas maximizan la concurrencia y así evitan las subastas desiertas, que por tanto no estarían a partir de la reforma contempladas en el Reglamento General de Recaudación,

se trata de un razonamiento que partiendo de una premisa correcta (el nuevo régimen de subastas electrónicas resultará más eficaz al aumentar la concurrencia y la transparencia), se apoya simultáneamente en otra que no lo es.

Finalmente entiende el recurrente, en contra de lo que resulta de la calificación impugnada (en la que se afirma que la adjudicación directa perjudica gravemente al deudor, sin generar un beneficio a la Hacienda Pública, favoreciendo únicamente al adjudicatario que adquiriría el bien por una cantidad muy inferior a su valor), que el deudor tiene garantizados sus derechos al poder intervenir en todo el procedimiento de apremio, «y en el caso de la adjudicación directa mediante la garantía de un precio mínimo de adjudicación (art. 107.4 RGR)». Pero tampoco esta afirmación se compadece ni con el contenido del título calificado, ni con el contenido real del precepto invocado en su apoyo, pues lo que establece la norma invocada es exactamente lo contrario de lo que se afirma en el recurso.

Por el contrario, conforme a la nueva redacción dada por el reiterado Real Decreto 1071/2017 al artículo 107 del Reglamento, una vez declarada desierta la subasta lo procedente, al no ser admisible acudir a la adjudicación directa, sería aplicar la previsión del artículo 109.1 del mismo, que de conformidad con el artículo 172.2 de la Ley General Tributaria, dispone que «cuando en el procedimiento de enajenación regulado en la anterior subsección no se hubieran adjudicado alguno o algunos de los bienes embargados, el órgano de recaudación competente podrá proponer de forma motivada al órgano competente su adjudicación a la Hacienda Pública en pago de las deudas no cubiertas» —o en caso de no entender procedente esta adjudicación a la Hacienda Pública, iniciar un nuevo procedimiento de enajenación a través de una nueva subasta, conforme al artículo 112.2 del Reglamento General de Recaudación—.

Resolución de 7-6-2019
(BOE 4-7-2019)
Registro de la Propiedad de Lorca, número 1.

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: REQUISITOS.

El objeto de este expediente consiste en determinar si es posible inmatricular una finca en el Registro de la Propiedad por la vía del artículo 205 de la Ley Hipotecaria sin aportar para ello, junto al título inscribible, el título previo de adquisición del transmitente, y sin que haya plena coincidencia entre la descripción contenida en la escritura y la contenida en Catastro.

La resolución de este Centro Directivo de 19 de noviembre de 2015, se planteó la cuestión de si cuando el artículo 205 de la Ley Hipotecaria exige que los otorgantes del título público traslativo «acrediten haber adquirido la propiedad de la finca al menos un año antes de dicho otorgamiento también mediante título público», ese complemento circunstancial «mediante título público» se refiere al verbo acreditar o al verbo adquirir; concluyendo que se refiere al verbo acreditar; por lo que admitió como título público previo, no solo los títulos traslativos, sino también las sentencias declarativas del dominio en las que la autoridad judicial considere y declare probado el hecho y momento en que se produjo una adquisición anterior, y las actas de notoriedad tramitadas de conformidad con el artículo 209 del Reglamento Notarial. Pero en todo caso, esta Dirección considera esencial la presentación del título público previo en el Registro.

Es doctrina reiterada de este Centro Directivo, que la legislación aplicable impone con independencia del medio inmatriculador utilizado, la aportación de una certificación catastral descriptiva y gráfica en términos totalmente coincidentes con la descripción contenida en el título inmatriculador. En este sentido se pronuncia el artículo 205 de la Ley Hipotecaria antes citado. Aquí el legislador, al emplear la expresión «en todo caso» en lugar de la de «a su juicio», ya no otorga al registrador el mismo margen de apreciación, ni la misma flexibilidad en la apreciación de la identidad que en el otro caso analizado. Por tanto, si se pretende inmatricular, conforme al artículo 205 de la Ley Hipotecaria, una delimitación perimetral de suelo distinta de la que resulte de la certificación catastral descriptiva y gráfica que se aporte, lo procedente será promover y obtener previamente, conforme a los cauces previstos en la legislación catastral, la correspondiente alteración catastral previa que desemboque en una nueva certificación catastral descriptiva y gráfica que ya sí cumpla, en cuanto a la ubicación, delimitación y superficie, el requisito de identidad con la descripción contenida en el título inmatriculador, tal y como exige el artículo 205 de la Ley Hipotecaria.

Resolución de 12-6-2019
(BOE 9-7-2019)
Registro de la Propiedad de Torrent, número 2.

ANOTACIÓN DE EMBARGO: VIVIENDA HABITUAL DE LA FAMILIA.

Se debate en el presente recurso si puede practicarse una anotación de embargo sobre una finca que aparece inscrita a favor del demandado con carácter privativo por haberla adquirido por herencia en estado de soltero. Del mandamiento calificado resulta que ahora dicho titular registral está casado. Asimismo, consta en el historial registral de la finca que su titular constituyó una hipoteca en cuya inscripción consta lo siguiente: «En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 129.2.b) de la Ley Hipotecaria, la parte hipotecante manifiesta que la finca de este número, objeto de hipoteca, tiene el carácter de vivienda habitual».

Este Centro Directivo ha manifestado que el registrador solo puede rechazar la anotación del embargo en aplicación del artículo 144.5 RH cuando del Registro resultare el carácter de vivienda habitual del bien embargado y no se acreditare que el cónyuge del deudor tiene conocimiento adecuado de ello. Mas si tal carácter no resultare del Registro, no compete al registrador la defensa de los intereses que pudieran estar menoscabados en el procedimiento seguido (véanse las resoluciones citadas en los «Vistos»).

De lo antes expuesto solo se puede concluir que en el Registro consta que la finca embargada fue la vivienda habitual de su titular registral mientras estaba soltero, pero en ningún caso consta que se trate de la vivienda que este haya fijado de común acuerdo con su cónyuge como vivienda familiar, que es a la que alude el artículo 144.5 del Reglamento Hipotecario. Por tanto, no cabe basar la suspensión de la anotación del embargo ordenada en un presunto carácter familiar de la vivienda, y no constando este, habrá que considerar que es el órgano jurisdiccional el que debe decidir, en función de las circunstancias puestas de manifiesto en el procedimiento, si procede acceder al embargo de la vivienda y si ha de llevarse a cabo con o sin notificación al cónyuge del deudor titular.

Resolución de 12-6-2019
(BOE 9-7-2019)
Registro de la Propiedad de Zafra.

OBRA NUEVA: GEORREFERENCIACIÓN DE LA FINCA SOBRE LA QUE SE DECLARA LA OBRA. BASE GRÁFICA: SOLICITUD DE INSCRIPCIÓN.

La cuestión de la previa georreferenciación de la finca en la que se ubica una construcción ha sido tratada en reiteradas ocasiones por esta Dirección General (cfr. «Vistos»), cuya doctrina procede reiterar ahora. Como es doctrina reiterada de este Centro Directivo, para inscribir cualquier edificación, nueva o antigua, cuya declaración documental y solicitud de inscripción se presente en el Registro de la Propiedad a partir del 1 de noviembre de 2015, fecha de la plena entrada en vigor de la Ley 13/2015, será requisito, en todo caso que la porción de suelo ocupada habrá de estar identificada mediante sus coordenadas de referenciación geográfica.

Cuando la finca no tiene previamente inscrita su georreferenciación, tal análisis geométrico espacial resultará difícil en ocasiones o imposible en otras, y puede no llegar a disipar las dudas acerca de si la concreta edificación declarada está o no efectivamente ubicada en su totalidad dentro de la finca sobre la que se declara. Con carácter general, la obligada georreferenciación de la superficie ocupada por cualquier edificación, no requiere, desde el punto de vista procedimental, que se tramite un procedimiento jurídico especial con notificación y citaciones a colindantes y posibles terceros afectados, salvo que el registrador en su calificación sí lo estimare preciso para disipar tales dudas fundadas acerca de que la edificación se encuentre efectivamente incluida en la finca sobre la que se declara.

Así, la circunstancia de ubicarse la edificación en los límites de la parcela o, aún más, ocupando la totalidad de la misma, es relevante a la hora de determinar si la misma puede extralimitarse de la finca registral desde el punto de vista espacial o geométrico, como ya se puso de manifiesto por esta Dirección General en las resoluciones de 6 y 28 de septiembre de 2016 o 4 de enero de 2019.

Sin embargo, en el caso de este expediente la nota de calificación únicamente afirma que es precisa la constatación de un exceso de cabida y que esta no puede llevarse a efecto en base al artículo 201.3 de la Ley Hipotecaria al superar el 10% de la inscrita, añadiendo que debe procederse conforme a lo previsto o bien en el artículo 199 o bien en el artículo 201.1 de la Ley Hipotecaria. Este argumento no puede mantenerse, en primer lugar, porque no expresa ningún motivo para justificar las dudas de extralimitación de las nuevas construcciones (nave almacén y nave cochera) respecto de la finca en la que se ubica.

La inscripción de la representación gráfica catastral debe entenderse solicitada en el título considerando que la descripción de la finca se ajusta a tal representación gráfica catastral que se incorpora al mismo, constando además de forma expresa que «la descripción que contiene la certificación catastral se corresponde con la realidad física del inmueble, y por ello también su conformidad a la descripción de la finca contenida en la presente». Así el punto segundo letra a de la Resolución-Circular de esta Dirección General de 3 de noviembre de 2015 afirmó que «se entenderá solicitado el inicio del procedimiento cuando en el título presentado se rectifique la descripción literaria de la finca para adaptarla a la resultante de la representación geográfica georreferenciada que se incorpore».

Resolución de 12-6-2019
(BOE 9-7-2019)
Registro de la Propiedad de Oviedo, número 5.

PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 DE LA LEY HIPOTECARIA: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA. RECTIFICACIÓN DE CABIDA: PROCEDIMIENTOS.

Es reiterada y consolidada la doctrina de esta Dirección General en los supuestos en los que se pretende la inscripción de una representación gráfica y puede sintetizarse del siguiente modo: El registrador debe calificar en todo caso la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, que pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o a que se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. arts. 9, 199 y 201 LH). El registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas en tales actuaciones, debe decidir motivadamente según su prudente criterio. El juicio de identidad de la finca por parte del registrador, debe estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados, sin que basten expresiones genéricas o remitirse a la mera oposición no documentada de un colindante.

Tal y como ya se ha señalado, conforme a los artículos 9 y 199 de la Ley Hipotecaria debe evitarse la inscripción de una representación gráfica que coincida en todo o parte el dominio público. En el concreto caso de este expediente la representación gráfica alternativa propuesta invade parcialmente ambos viarios, resultando ser uno de ellos la N-(…), poniendo de manifiesto una situación de alteración de la configuración física de la finca que implicaría invasión de dominio público, circunstancia proscrita por la legislación hipotecaria, según ha quedado expuesto en los fundamentos anteriores; y ello pese a la ausencia de respuesta por parte del Ayuntamiento a la vista de la comunicación practicada, pues la invasión demanial es evidente, tratándose de la carretera (…) y resultar la misma del análisis de la cartografía catastral y de la aplicación informática para el tratamiento de bases gráficas, debiéndose, en consecuencia, confirmar la calificación en cuanto a los dos primeros defectos señalados en la nota de calificación.

Se ha afirmado en numerosas resoluciones (cfr. «Vistos») que partir del 1 de noviembre de 2015, fecha de la plena entrada en vigor de la reforma de la Ley Hipotecaria operada por la Ley 13/2015, cabe enunciar los medios hábiles para obtener la inscripción registral de rectificaciones descriptivas y sistematizarlos en tres grandes grupos: — Los que solo persiguen y solo permiten inscribir una rectificación de la superficie contenida en la descripción literaria, pero sin simultánea inscripción de la representación gráfica de la finca, como ocurre con los supuestos regulados en el artículo 201.3; — El supuesto que persigue y permite inscribir rectificaciones superficiales no superiores al 10% de la cabida inscrita, pero con simultánea inscripción de la representación geográfica de la finca. Este concreto supuesto tampoco está dotado de ninguna tramitación previa con posible intervención de colindantes y terceros, si bien, como señala el artículo citado, «el registrador notificará el hecho de haberse practicado tal rectificación a los titulares de derechos inscritos, salvo que del título presentado o de los trámites del artículo 199 ya constare su notificación». — Y, finalmente, los que persiguen y potencialmente permiten inscribir rectificaciones descriptivas de cualquier naturaleza (tanto de superficie como

linderos, incluso linderos fijos), de cualquier magnitud (tanto diferencias inferiores como superiores al 10% de la superficie previamente inscrita) y además obtener la inscripción de la representación geográfica de la finca y la lista de coordenadas de sus vértices. Así ocurre con el procedimiento regulado en el artículo 199 y con el regulado en el artículo 201.1, que a su vez remite al artículo 203, de la Ley Hipotecaria.

Las sucesivas modificaciones operadas en la cartografía catastral (producidas en el año 2011, 2016 y 2019) apoyan la duda de la registradora, pudiéndose encubrir con la inscripción de la representación gráfica solicitada el intento de aplicar el folio de la finca registral a una superficie colindante a la originaria finca registral, siendo el cauce apropiado para ello la previa inmatriculación de esa superficie colindante y su posterior agrupación a la finca registral preexistente, como ha quedado expuesto en el anterior fundamento. En consecuencia, en este punto, el recurso también debe ser desestimado.

Debe recordarse que no pueden ser tenidos en cuenta documentos no presentados al registrador en el momento de calificación de los títulos sujetos a inscripción (cfr. art. 326 LH).

Resolución de 13-6-2019
(BOE 9-7-2019)
Registro de la Propiedad de Salamanca, número 3.

HIPOTECA: APLICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS.

Debe determinarse si el préstamo hipotecario objeto del recurso se encuentra o no sujeto a la legislación sobre protección de los consumidores y en qué medida. Para ello debe tenerse en cuenta que en este supuesto concurren las siguientes circunstancias: a) el prestamista es una entidad financiera; b) los prestatarios e hipotecantes son dos personas físicas que manifiestan se decidan a una actividad empresarial agrícola; c) el destino del préstamo es «cancelar préstamos varios y adquirir maquinaria necesaria para el ejercicio de actividad industrial»; d) la avalista es una persona física: la hija de los prestatarios que no se indica tenga una relación funcional con la empresa o industria de estos; y e) la finca hipotecada es una vivienda que se manifiesta expresamente que no constituye la vivienda habitual de los prestatarios, aunque en la comparecencia se indica que es su domicilio. Además, concurren las circunstancias de que la Ficha de Información Personalizada (FIPER) ha sido suscrita tanto por los prestatarios como por el avalista, todos los cuales también han redactado la expresión manuscrita acerca de su conocimiento sobre la existencia de cláusula suelo a que se refiere el artículo 6 de la Ley 1/2013 de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios.

En el presente supuesto los prestatarios-hipotecantes, que son cónyuges, manifiestan que el destino del préstamo es «cancelar préstamos varios y adquirir una cabeza tractora para el ejercicio de actividad empresarial» de los prestatarios, sin precisar si esos préstamos pertenecían a ámbito privado o empresarial; y no determinan expresamente cuál de ellos es el empresario, sino que se hace referencia únicamente a la parte prestataria, por lo que debe entenderse que ambos se decidan a la actividad empresarial de transporte de mercancías (agrícola según la registradora calificante).

Debe señalarse, en primer lugar, que, en el ámbito del ejercicio del comercio por persona casada y la consideración de consumidor del cónyuge no comerciante, el Tribunal Supremo en su sentencia número 594/2017, de 7 de noviembre, considera, en un supuesto semejante, que la esposa (o, en su caso, el esposo), también prestataria, si bien no actuó en el marco de su propia actividad empresarial, sí tenía una vinculación funcional con dicha actividad. En cuanto al supuesto de contratos mixtos o de doble finalidad —privada y empresarial—, la regla imperante en materia de protección de consumidores no es la de aplicación automática de esta normativa especial en caso de concurrencia de una finalidad personal, sino la de aplicación de la normativa correspondiente al objeto predominante del contrato.

Las Directivas 2011/83, sobre los derechos de los consumidores, y 2014/17, sobre contratos de crédito celebrados con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, en sus considerandos 17 y 12 respectivamente señalan que: «No obstante, en el caso de los contratos con doble finalidad, si el contrato se celebra con un objeto en parte relacionado y en parte no relacionado con la actividad comercial de la persona y el objeto comercial es tan limitado que no predomina en el contexto general del contrato, dicha persona deberá ser considerada como consumidor». Este mismo criterio ha sido recogido por la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 2017.

En el supuesto que nos ocupa, es cierto que de la escritura de préstamo hipotecario no resulta cuál es el destino predominante del préstamo, al no señalarse la cuantía aplicable a cada finalidad, y que el Tribunal Supremo ha establecido en la sentencia dictada que la carga de la prueba corresponde al predisponente, presumiéndose, en caso contrario, una presunción de finalidad personal o lo que es lo mismo que a falta de prueba el contratante deberá ser considerado consumidor. Ahora bien, el documento manuscrito firmado por los prestatarios (documento 6) y presentado junto con el escrito de recurso, en el que manifiestan expresamente que los préstamos que se pretenden cancelar son propios de su actividad empresarial (compra de camión, de plataforma de camión y de circulante para el negocio), podría constituir suficiente prueba de que la finalidad del préstamo, en realidad, no es mixta sino exclusivamente profesional.

Por último, respecto a la situación que excluye las actividades agrícolas del ámbito mercantil, debe señalarse que el hecho cierto de que los agricultores y ganaderos no estén sometidos al Derecho Mercantil, no impide su calificación como empresarios en los términos de la legislación sobre consumo y, en este sentido, la redacción dada al artículo 3 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios por la Ley 3/2014, según la cual son consumidores «las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión», llevan claramente a considerar como «no consumidor» a aquella persona física o jurídica, que adquiere maquinaria agrícola para integrarla en los usos propios de la actividad concreta de que se trate.

De todo lo expuesto se infiere que en el presente supuesto los prestatarios personas físicas tienen la condición de consumidores, dado que con la documentación aportada en ese momento de realizar la calificación recurrida, no resultó acreditado que el préstamo tuviere por finalidad exclusiva o predominante una inversión destinada a la actividad empresarial propia de los prestatarios.

Pero el ámbito de aplicación de la normativa de protección de consumidores no se limita a las personas deudoras principales del crédito, verdaderos beneficiarios del mismo, ni atiende solamente al destino o finalidad por la que el

mismo se concede, sino que su aplicabilidad se extiende a aquellos supuestos en que interviene un fiador, avalista o garante en general que, siendo consumidor, procede a garantizar un préstamo o crédito concedido a un no consumidor. Es decir, constatada la existencia de dos relaciones jurídicas distintas, una principal y otra accesoria, las mismas deben ser contempladas de manera autónoma, sin que la accesoria (garantía) *per se* asuma la naturaleza que tuviere la principal (préstamo). Es por ello que, en la actualidad en el Derecho español, como ya ha declarado el Tribunal Supremo —Sala Civil— en su sentencia número 1901/2018, de 17 de mayo, siguiendo el camino marcado por numerosas Audiencias Provinciales, se entiende que cuando el fiador actúa con fines de derecho privado, incluso aunque reúna la condición de pariente próximo de los administradores o socios de la mercantil, sí se le reconoce la condición de «consumidor» y toda la protección derivada de la misma.

El Tribunal Europeo no establece que las cláusulas de garantía o fianza prestadas por estas personas en operaciones de préstamo con sociedades mercantiles sean nulas. El aval prestado no es nulo *per se,* sino que será el juez nacional, quien deberá valorar en cada caso, y con las pruebas existentes, si efectivamente la cláusula de garantía en sí misma es nula (si se ha obviado totalmente la legislación de consumo), o bien solo determinadas cláusulas del propio contrato de garantía, o eventualmente también del contrato de préstamo, son inaplicables al consumidor garante.

En el ámbito estrictamente hipotecario es de destacar la doctrina sentada por esta Dirección General, referida al ámbito de aplicación del artículo 6 de la Ley 1/2013 de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios y la Orden EHA 2889/2011 de transparencia y protección de clientes de servicios bancarios, de hacer extensiva la protección que al consumidor prestatario dispensan tales normas (persona física que grava una vivienda de su propiedad), también al hipotecante no deudor persona física que grava una vivienda de su propiedad en garantía de una deuda ajena, aunque el deudor fuera una entidad mercantil y el préstamo fuera destinado a su actividad mercantil, comercial o profesional.

Como regla general, se estima que si nos encontramos antes dos relaciones jurídicas distintas y autónomas y si la determinación de la aplicación de las normas uniformes sobre cláusulas abusivas debe apreciarse, como se ha explicado anteriormente, en atención a la calidad con la que los intervinientes actúan en el contrato de garantía (se encuentre este incorporado al contrato de préstamo o se pacte posteriormente), el control de abusividad o de contenido del mismo debe circunscribirse a sus concretas cláusulas, pero no extenderse a las cláusulas específicas del contrato principal de préstamo garantizado.

No obstante, aun cuando la aplicación de la legislación de consumo al contrato de fianza no provoca efectos sobre la cláusula de los intereses de demora en la relación jurídica bilateral entre el prestamista y el prestatario en los términos indicados, sin embargo, dado que esta última, conforme a lo antes razonado, queda igualmente sujeta a la referida legislación de consumo por tratarse de un préstamo de finalidad mixta en la que no se ha acreditado oportunamente en el trámite de la calificación su finalidad predominante profesional o empresarial, procede confirmar el defecto relativo a la nulidad por abusividad de la cláusula de los intereses de demora en los términos más arriba señalados.

Resolución de 13-6-2019
(BOE 9-7-2019)
Registro de la Propiedad de San Javier, número 2.

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 671 LEC. RESOLUCIONES DE LA DGRN: IMPORTANCIA DE SU DOCTRINA.

Entre esos aspectos sujetos a calificación se encuentra la congruencia del mandato con el procedimiento o juicio en que se hubiere dictado. Es evidente que la privación de la titularidad de una finca como consecuencia de la ejecución de la hipoteca que la grava, solo puede llevarse a cabo por los trámites de alguno de los procedimientos regulados en la Ley de Enjuiciamiento Civil y en la Ley Hipotecaria. Dicho procedimiento solo será reconocible si se respetan una serie de garantías básicas que impiden la indefensión del demandado que va a terminar perdiendo la propiedad del bien objeto de ejecución. Entre esas garantías fundamentales está la de que la adjudicación, en caso de que la subasta quede desierta, se haga al ejecutante por una cantidad que respete unos porcentajes mínimos del valor de tasación de la finca hipotecada. Si dichos límites no se respetan, no puede sostenerse que se ha seguido un procedimiento adecuado para provocar el sacrificio patrimonial del ejecutado, y el registrador debe, incluso con más rigor que en el procedimiento ejecutivo ordinario, rechazar el acceso al Registro de la adjudicación.

En base a los principios generales de interpretación de normas jurídicas recogido en el artículo 3 del Código civil que señala que «las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas» parece, que la interpretación del artículo 671 no puede ser la puramente literal, ya que puede producir un resultado distorsionado. Conforme al artículo 670 existiendo postores cabe la posibilidad de que el remate sea inferior al 50% del valor de tasación siempre que cubra al menos, la cantidad por la que se haya despachado la ejecución, incluyendo la previsión para intereses y costas. Y en este caso, como garantía complementaria la Ley atribuye al letrado de la Administración de Justicia la apreciación y valoración de las circunstancias concurrentes, oídas las partes, y establece que, en caso de que se realice el remate en esos términos, existirá la posibilidad de presentar recurso de revisión frente al decreto de adjudicación. Esta norma especial, prevista por el legislador para circunstancias extraordinarias y con una serie de garantías específicas, parece que debe integrarse igualmente para el supuesto del artículo 671, por lo que en esta hipótesis será preciso que se dé cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 670.4 (cfr. art. 4.1 CC).

Como bien dice la registradora en su informe, el propio Tribunal Supremo ha declarado en sentencia de 29 de enero de 1996 que «habría que dilucidar cuál es la autoridad que se ha de dar a las resoluciones de la citada Dirección General y, en ese sentido, las sentencias de 22 de abril de 1987 y 15 de marzo de 1991, establecieron que si bien la doctrina de las mismas no es propiamente jurisprudencia dado el carácter administrativo del Centro, sin embargo es usual concederles una reconocida autoridad y sobre todo en los casos en que ninguna otra doctrina o norma se aducen en contra de la opinión fundada de dicho Centro».

En el presente caso, la nota de calificación recurrida, si bien fundamentada en diversas resoluciones de este Centro Directivo que transcribe parcialmente, señala como defecto simple y llanamente el de que «no puede adjudicarse la finca por una cantidad inferior a dicho 50% del tipo de subasta», omitiendo toda referencia a la posible actuación del letrado de la Administración de Justicia en cuanto a la apreciación y valoración de las circunstancias concurrentes al caso, de forma que, oídas las partes y firme el decreto de aprobación del remate, nada obstaría para la inscripción de la adjudicación por cantidad inferior al 50% del valor de subasta, como consecuencia de la interpretación integradora de los preceptos citados conforme se ha expuesto anteriormente. Por tanto, ese defecto señalado en la nota de calificación, tal y como consta redactado, ha de ser revocado.

Resolución de 13-6-2019
(BOE 9-7-2019)
Registro de la Propiedad de Hoyos.

PROCEDIMIENTO DE REANUDACIÓN DEL TRACTO SUCESIVO: REQUISITOS.

Es tradicional la doctrina de este Centro Directivo sobre el carácter excepcional del expediente de dominio como medio para lograr la reanudación del tracto. En relación con lo anterior, resulta esencial, como elemento básico de seguridad jurídica en la tramitación del expediente de reanudación del tracto sucesivo interrumpido, la citación al titular registral o a sus herederos.

Armonizando adecuadamente el contenido de los diferentes apartados del artículo 208, debe entenderse que cuando la última inscripción de dominio o del derecho real cuyo tracto se pretenda reanudar tenga menos de treinta años de antigüedad, debe realizarse una citación personal al titular registral o a sus herederos. Pero cuando la última inscripción de dominio o del derecho real cuyo tracto se pretenda reanudar tenga más de treinta años, la citación al titular registral debe ser nominal, pudiendo practicarse, no obstante, por edictos, y respecto de sus herederos la citación, que también pueden ser citados por edictos, solo hace falta que sea nominal cuando conste su identidad en la documentación aportada.

La correcta identificación del promotor del expediente y su reflejo en las notificaciones que se efectúen en el seno del procedimiento, es fundamental no solo para determinar su idoneidad para conseguir la inscripción a su favor acreditando ser titular actual de la finca cuyo tracto se pretende reanudar, sino también para que los posibles terceros conozcan quien es la persona que alega un derecho que puede afectar o los que ellos ostenten sobre aquella y puedan efectuar las oportunas alegaciones. De ahí que el registrador deba, como se ha dicho anteriormente, calificar de forma rigurosa que se ha cumplido con la exigencia legal relativa a la correcta inserción literal en las notificaciones de los datos que permitan identificar al promotor.

En cuanto al segundo defecto, señala el registrador que no se determina en el expediente el contenido de las notificaciones realizadas, siendo ello calificable por el registrador, para acreditar el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 203.1.5.a de la Ley Hipotecaria. Sin embargo, siendo esto cierto, en el acta calificada el notario señala quienes son los destinatarios de las notificaciones, el concepto en que han sido notificados y las incidencias de las mismas recogidas en sendas diligencias a las que se unen los acuses de recibo y se insertan los edictos publicados. También consta en el acta presentada la manifestación expresa del notario referida a que se

han efectuado las notificaciones por remisión de los pertinentes oficios comprensivos de los extremos determinados en el artículo 203.1, norma quinta, de la Ley Hipotecaria, por remisión del artículo 208, enumerando a continuación nuevamente a todos los notificados. Por lo tanto, se considera suficientemente acreditado el contenido de las preceptivas notificaciones. En consecuencia, este defecto debe decaer.

Resolución de 14-6-2019
(BOE 9-7-2019)
Registro de la Propiedad de La Bañeza.

SUSTITUCIÓN VULGAR: FORMA DE ACREDITAR QUIENES SON LOS SUSTITUTOS. SENTENCIA DICTADA EN REBELDÍA: REQUISITOS PARA SU INSCRIPCIÓN.

Respecto de este primer defecto, nos encontramos, al igual que en el expediente que motivó la resolución de este Centro Directivo de 2 de febrero de 2012, ante un supuesto en el que, tratándose de un llamamiento de varios herederos, uno de los llamados ha premuerto y en su lugar entran, por derecho de sustitución vulgar, descendientes suyos no designados nominativamente, acreditándose tanto este fallecimiento previo al del causante mediante certificado de defunción, como el nacimiento de los hijos del sustituto mediante los certificados de nacimiento correspondientes. Lo anterior ha de ponerse en relación con el hecho de que la escritura pública de entrega de legado objeto del presente expediente se dicta en cumplimiento tanto de sentencia firme como de auto por el que acuerda tener por emitida la declaración de voluntad de los obligados a la entrega del legado, hallándose, además, ambos documentos judiciales insertos en la propia escritura de entrega de legado.

Siendo múltiple la forma de acreditar quienes son los sustitutos vulgares por consagrar el artículo 82 del Reglamento Hipotecario un sistema abierto al establecer que «cuando no estuvieren designados nominativamente los sustitutos podrán determinarse por acta de notoriedad», y constando, en sede judicial, el fallecimiento de la heredera premuerta mediante el certificado de defunción, y la identificación de sus hijos mediante sus certificados de nacimiento, no puede ser estimada la exigencia de que deba acreditarse nuevamente dicha inexistencia de otros descendientes ante el registrador.

Por el contrario, el segundo de los defectos, relativo a la falta de acreditación del transcurso de los plazos para que una sentencia dictada en rebeldía pueda ser objeto de inscripción, ha de ser confirmado, como así lo imponen los artículos 502 y 524 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. A este respecto, no puede tenerse en cuenta la documentación aportada posteriormente por la recurrente que, a su juicio acredita este extremo, por imperativo del artículo 326 de la Ley Hipotecaria.

Resolución de 14-6-2019
(BOE 9-7-2019)
Registro de la Propiedad de Caspe.

RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO: REQUISITOS.

En el presente expediente no nos encontramos ante una rectificación registral de un dato erróneo, sino ante la constancia registral de una reducción de

cabida como consecuencia de una cesión gratuita para viales que posteriormente, manifiesta el recurrente, no se ha llegado a practicar. Se trata, por tanto, como expresamente manifiesta el recurrente, de la constancia registral de la reversión de «la cesión a su original propietario (sus herederas)» que en ningún caso podrá practicarse por cualquiera de los expedientes previstos en nuestra legislación hipotecaria para la constancia registral de los excesos o defectos de cabida.

Esta Dirección General ha declarado de forma reiterada y constante que es principio básico del sistema registral español que la modificación de los asientos del Registro presupone el consentimiento de su titular o la oportuna resolución judicial supletoria (cfr. arts. 1 y 40 LH).

Resolución de 17-6-2019
(BOE 17-7-2019)
Registro de la Propiedad de Las Palmas de Gran Canaria, número 6.

CANCELACIÓN DE HIPOTECA: TÍTULO FORMAL.

En el presente caso se presenta un mandamiento judicial librado en un procedimiento de ejecución hipotecaria, por el que se traslada el decreto que acuerda la terminación del proceso por haberse satisfecho las pretensiones del actor fuera de dicho procedimiento, ordenando la cancelación de la nota marginal de expedición de certificación y la propia inscripción de hipoteca. De acuerdo con lo expuesto no es admisible el referido mandamiento judicial como título hábil para cancelar la hipoteca.

En el caso objeto de este expediente, la causa que se aduce como sustento de la cancelación es que se han satisfecho extraprocesalmente las pretensiones del actor. No se aclara si en efecto se ha pagado la totalidad de la obligación garantizada por la hipoteca, o solo las cantidades vencidas y adeudadas hasta la fecha de inicio del procedimiento. Solo el pago íntegro de todas las cantidades cubiertas por la cifra de responsabilidad hipotecaria, o la condonación expresa del acreedor respecto de lo no pagado, que resulten de la declaración de voluntad de dicho acreedor manifestada en documento público o reconocida por sentencia dictada en un procedimiento seguido contra él, pueden ser causa suficiente de la cancelación total de la hipoteca que ordena el mandamiento calificado. Y esta circunstancia no resulta con la suficiente claridad de dicho mandamiento.

Resolución de 17-6-2019
(BOE 17-7-2019)
Registro de la Propiedad de Zafra.

OBRA NUEVA: FORMATO DEL LIBRO DEL EDIFICIO. OBRA NUEVA: COORDENADAS DE LA SUPERFICIE OCUPADA POR LA EDIFICACIÓN.

En cuanto a la exigibilidad de que el libro del edificio conste en un único fichero informático, deben estimarse las alegaciones del notario recurrente, pues no existe disposición legal alguna que imponga esta exigencia formal. El libro del edificio es una documentación que, por su propia naturaleza y finalidad, debe ser actualizada y ser accesible a los sucesivos interesados, propietarios y sucesivos adquirentes, a los que debe añadirse a las Administraciones Públicas. Por tanto,

del propio precepto regulador del libro del edificio se deduce que el mismo no es un único documento, sino la suma de varios, lo que justifica de modo evidente la posibilidad de que figure en varios ficheros informáticos, debiendo revocarse el defecto señalado.

En cuanto a la autenticación del libro del edificio a la que se refiere la registradora en su calificación, con base en la citada disposición adicional segunda de la Resolución Conjunta, la misma se refiere a que puede realizarse mediante firma electrónica o «por otro medio fehaciente». La exigencia contenida en esta disposición no debe interpretarse de modo que se considere impuesta una exigencia de titulación pública para el depósito de un conjunto de documentación que es de índole eminentemente privada y que, además, no es elaborada por el promotor a quien la citada disposición exige la autenticación. Por ello tal expresión debe interpretarse en el sentido de que es el promotor, a quien, conforme al artículo 7 de la Ley de Ordenación de la edificación se le ha entregado el libro y corresponde su custodia, el que debe presentarlo para su depósito en el Registro de la Propiedad, bastando para ello que se encuentre suscrito con firma electrónica o por otro medio fehaciente, que bien puede ser, por ejemplo, una instancia al tiempo de entregar el libro con firma legitimada notarialmente o firmada o ratificada ante el registrador.

Desde el punto de vista técnico, la georreferenciación de la superficie ocupada por cualquier edificación, aun cuando deberá hacerse en el mismo sistema oficial de referencia que se especifica en la Resolución Conjunta de 26 de octubre de 2015 (Proyección UTM, sistema ETRS89 para la península o RegCan95 para Canarias), no necesita, en cambio, ser aportada necesariamente en el concreto formato GML a que, para otros supuestos, sí que alude la citada resolución. Igualmente será válida la aportación de una representación gráfica de la porción de suelo ocupada realizada sobre un plano georreferenciado o dentro de una finca georreferenciada, aunque no se especifiquen las coordenadas concretas de aquella. En estos casos, las coordenadas podrán resultar por referencia o en relación a las del plano o finca sobre el que se representa la edificación, quedando suficientemente satisfecha la exigencia del artículo 202 de la Ley Hipotecaria, si bien en este caso el formato aportado deberá permitir la remisión de la información al Catastro.

Resolución de 19-6-2019
(BOE 17-7-2019)
Registro de la Propiedad de Enguera.

HIPOTECA: CANCELACIÓN POR CADUCIDAD Y NOTA MARGINAL DE EXPEDICIÓN DE CERTIFICACIÓN.

Como ha reiterado este Centro Directivo (*vid.*, por todas, las resoluciones de 8 de julio de 2013, 27 de enero de 2014, 27 de octubre de 2015 y 21 de mayo y 5 de junio de 2018), la nota marginal acreditativa de haberse expedido certificación de dominio y cargas para el procedimiento de ejecución hipotecaria ofrece unas características propias, de modo que si bien no lleva consigo un cierre registral, sí opera como una condición resolutoria cuyo juego determinará la cancelación de todos los asientos practicados con posterioridad al de la hipoteca que sea base del procedimiento. La nota practicada al margen de la hipoteca es la única forma de tener conocimiento para aquel que consulta los libros del Registro o accede con posterioridad de la apertura de la fase ejecutiva de la garantía real consti-

tuida en fase de yacencia, a diferencia del ámbito de la anotación preventiva de embargo, cuya sola existencia ya advierte a quien consulta o accede al Registro después de la muy probable e inminente ejecución y fragilidad de su derecho.

Ahora bien, dentro de todas las cualidades propias de la nota marginal de expedición de certificación de cargas no se encuentra la de determinar por sí sola, automática y necesariamente, el día en que la prestación cuyo cumplimiento se garantiza deba ser satisfecha en su totalidad, presupuesto necesario para el comienzo del cómputo del plazo de prescripción a que refiere el artículo 82, párrafo quinto, de la Ley Hipotecaria. El párrafo 2º del 688.2 LEC deja pues abierta la posibilidad de cancelación de la hipoteca por caducidad (causa distinta a la ejecución) una vez se haya procedido a la cancelación de la nota marginal por mandamiento judicial. La hipoteca que se comenzó a ejecutar —según refleja la nota de expedición de la correspondiente certificación de cargas— debe ser cancelada por transcurso del tiempo si han transcurrido los plazos que señala el mencionado párrafo quinto del artículo 82 de la Ley Hipotecaria, contado desde la fecha en que dicha nota se extendió (resolución de 4 de junio de 2005).

Si la nota marginal se expide después de que conste registralmente el vencimiento de la obligación garantizada por la hipoteca, hasta que transcurran veintiún años contados desde la fecha en que la nota se extendió (resoluciones de este Centro Directivo de 4 de junio de 2005 y 24 de septiembre de 2011) sin que medie otro asiento que otra circunstancia acredite, no podrá procederse a cancelar por caducidad el asiento de inscripción de hipoteca. En caso contrario, nada interrumpe la nota marginal porque ningún plazo de prescripción habrá nacido previamente —al menos desde la perspectiva registral—, y, no determinando la extensión de la nota marginal según lo expuesto ninguna fecha especial en relación con el plazo de prescripción, no podrá cancelarse por caducidad conforme al artículo 82, párrafo quinto, de la Ley Hipotecaria la inscripción de hipoteca hasta que transcurra el plazo de veinte años que para la prescripción de la acción hipotecaria establecen los artículos 1964 del Código civil y 128 de la Ley Hipotecaria más un año más, contados no desde la extensión de la nota marginal sino desde la fecha de amortización final del préstamo.

Resolución de 19-6-2019
(BOE 17-7-2019)
Registro de la Propiedad de Altea.

PROCEDIMIENTO DEL ARTÍCULO 199 DE LA LEY HIPOTECARIA: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Como se ha reiterado por esta Dirección General (cfr., por todas, la reciente resolución de 5 de diciembre de 2018) el artículo 9 de la Ley Hipotecaria, contempla en su apartado b) la posibilidad de incorporar a la inscripción, como operación específica, la representación gráfica georreferenciada de la finca que complete su descripción literaria, expresándose, si constaren debidamente acreditadas, las coordenadas georreferenciadas de sus vértices.

El registrador debe calificar en todo caso la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, que pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o a que se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr.

arts. 9, 199 y 201 LH). El registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas, debe decidir motivadamente según su prudente criterio. En el caso de este recurso, se encuentra justificada la negativa del registrador a inscribir la representación gráfica.

Resolución de 20-6-2019
(BOE 17-7-2019)
Registro de la Propiedad de Madrid, número 29.

OBRA NUEVA POR ANTIGÜEDAD: CERTIFICADO DEL TÉCNICO.

Cuando la calificación del registrador sea desfavorable es exigible, conforme a los principios básicos de todo procedimiento y a la normativa vigente, que al consignarse los defectos que, a su juicio, se oponen a la inscripción pretendida, aquella exprese también una motivación suficiente de los mismos, con el desarrollo necesario para que el interesado pueda conocer con claridad los defectos aducidos y con suficiencia los fundamentos jurídicos en los que se basa dicha calificación. El momento procedimental, único e idóneo, en el que el registrador ha de exponer todas y cada una de las razones que motivan su decisión de denegar la práctica del asiento solicitado es el de la calificación (art. 19 bis LH) sin que, por consiguiente, hayan de ser tenidas en cuenta las que pueda introducir en su informe. Aun cuando la argumentación en que se fundamenta la calificación haya sido expresada de modo escueto, cabe la tramitación del expediente si expresa suficientemente la razón que justifica dicha negativa de modo que el interesado ha podido alegar cuanto le ha convenido para su defensa, según el contenido del escrito de interposición del recurso.

Respecto al fondo del asunto del recurso, se debate sobre la interpretación que debe darse a la afirmación contenida en la certificación expedida por el arquitecto, quien, para acreditar la antigüedad de la obra, declara que «se estima que la finalización de las obras es de 1990». Los certificados de antigüedad, en concreto, son aquellos en los que se hace constar la fecha de finalización de la construcción u obra de que se trate. Es cierto que toda declaración contenida en un certificado debe realizarse de forma que no ofrezca duda alguna en cuanto al hecho o dato cuya acreditación se pretende, que en este caso es la antigüedad de la obra que se declara. No obstante, tales dudas no concurren en este supuesto. La utilización del verbo «estimar» no implica en modo alguno que la afirmación que siga no se haga con plena rotundidad, certeza y carácter definitivo. En segundo lugar, la antigüedad atribuida al inmueble por el técnico, que es del año 1990, aun admitiendo que pudiera ser una estimación más o menos aproximada, excede, con mucho, del plazo previsto por la legislación del Suelo de Madrid para la prescripción de las infracciones urbanísticas.

Por último, no debe olvidarse que tanto el artículo 28.4 del Real Decreto Legislativo 7/2015, como el artículo 52, apartados a) y b) del Real Decreto 1093/1997, permiten que la acreditación del transcurso de los plazos de prescripción correspondientes para adoptar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen la demolición de la obra cuya declaración se pretende se realice, entre otros medios, mediante certificación del Catastro en la que conste la terminación de la obra en fecha determinada y su descripción coincidente con el título. En el caso del presente recurso, si bien dicha certificación no es incorporada al título, lo cierto es que la misma pudo haber sido obtenida y, por ende, tenida en cuenta por el registrador en su labor calificadora.

Resolución de 20-6-2019
(BOE 17-7-2019)
Registro de la Propiedad de Oviedo, número 1.

PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 201.1 DE LA LEY HIPOTECARIA: NOTIFICACIÓN EN CASO DE COLINDANCIA CON FINCAS EN INVESTIGACIÓN.

La regla quinta del artículo 203.1 de la Ley Hipotecaria exige, por tanto, que el notario incluya entre los destinatarios de las notificaciones que han de realizarse en el seno del expediente de rectificación de la descripción de las fincas registrales a «la Administración titular del dominio público que pudiera verse afectado», derivándose en el supuesto de hecho del presente expediente dicha posible afectación, a juicio de la registradora, de la circunstancia de que entre las parcelas colindantes con dichas fincas se encuentran dos parcelas catastrales que, según las respectivas certificaciones catastrales aportadas, se encuentran «en investigación».

Los denominados procedimientos administrativos de investigación de bienes y derechos se encuentran regulados en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, en concreto en la sección segunda del capítulo V. Esta previsión genérica de atribución de la facultad de investigar la titularidad de los bienes y derechos requiere que ya en el momento de la adopción del acuerdo de incoación del procedimiento se cumplan los dos requisitos sustantivos que impone la norma: la ausencia de título cierto de atribución de dicha titularidad, y la concurrencia de elementos que indiciariamente permitan presumir «prima facie» la titularidad pública de los mismos.

En este caso no consignado entre los datos incluidos en la comunicación efectuada a la Gerencia Territorial del Catastro de Oviedo, en cumplimiento del deber de notificación prevista en la regla quinta del artículo 203.1 de la Ley Hipotecaria, que dicha comunicación se dirigía, a través de dicha Gerencia, para ante la Dirección General del Patrimonio del Estado, por lo que la calificación debe confirmarse, al no quedar garantizado que la comunicación dirigida a la referida Gerencia implique que la notificación haya podido llegar al efectivo conocimiento del órgano competente para recibirla de la Administración General del Estado. En procedimientos que conllevan la rectificación descriptiva de fincas como el que es objeto del presente recurso, reviste una especial importancia que resulte acreditada la intervención prevista en el mismo de la Administración, a través de la notificación contemplada en la Ley que le permita el efectivo conocimiento de dicho procedimiento y, en su caso, formular las oportunas alegaciones cuando la tutela del dominio público así lo requiera.

Resolución de 20-6-2019
(BOE 17-7-2019)
Registro de la Propiedad de Madrid, número 40.

DERECHO DE USO SOBRE LA VIVIENDA FAMILIAR: CONSTITUIDO SOBRE PARTES DE LA FINCA.

El derecho de uso supone la atribución, de la facultad de ocupar la vivienda que ha sido domicilio familiar, al cónyuge en cuya compañía quedan los hijos o con un interés más necesitado de protección. Como recuerda la resolución

de 19 de enero de 2016 es precisamente la posibilidad de habitar la vivienda el fundamento último de este derecho de uso.

Por eso tiene razón el registrador cuando señala que no cabe la posibilidad de inscribir el derecho de uso sobre la vivienda familiar fijado en el convenio regulador de los efectos del divorcio cuando la finca sobre la que se establece el derecho está inscrita a nombre de persona distinta de los cónyuges, que no ha sido parte en el procedimiento judicial de divorcio. La exigencia de tracto sucesivo para la inscripción del derecho de uso, ha sido sostenida por este Centro Directivo al igual que por el Tribunal Supremo. Tampoco es inscribible si la mitad de la vivienda pertenece al cónyuge atributario del derecho de uso y la otra mitad a un tercero. En definitiva, no cabe que los derechos de uso ni el derecho de habitación recaigan sobre cuotas indivisas, por cuanto al serle consustancial la facultad de ocupar (físicamente) a su titular en una casa ajena las piezas necesarias para sí y para las personas de su familia, no es posible que recaiga sobre porciones indivisas de la casa. Esta es una diferencia sustancial con el derecho real de usufructo. Esto no es incompatible con que se admitan derechos de uso, aunque existan derechos de usufructo o de uso anteriores sobre la finca.

Como ha señalado este Centro Directivo (véase resolución de 11 de enero de 2018) el principio de especialidad exige que pueda identificarse la finca sobre la que recae el derecho de uso. Se trata de poder identificar la finca registral sobre la que recae el derecho objeto de inscripción. En el caso objeto de este recurso está claramente identificada la finca afectada por el derecho de uso, de manera que la determinación de la ubicación del domicilio familiar en la planta baja del inmueble que consta de tres plantas permite la práctica de la inscripción con esa especificación, ya que como se ha dicho son admisibles derechos de uso o usufructo o habitación sobre parte de finca sin necesidad de segregación. Ahora bien, como se ha tratado al analizar el defecto anterior, siempre será necesario que consienta en escritura pública el otro cotitular del inmueble no afectados por el procedimiento de divorcio y que no han sido parte en él, o bien que se dilucide esta cuestión en procedimiento judicial en el que, respetando el principio de tutela judicial efectiva, haya sido demandado (arts. 20 y 41 LH).

Resolución de 21-6-2019
(BOE 17-7-2019)
Registro de la Propiedad de Palma de Mallorca, número 9.

SENTENCIA DICTADA EN REBELDÍA: REQUISITOS PARA LA INSCRIPCIÓN. PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: HERENCIA YACENTE.

Efectivamente si la sentencia ha sido dictada en rebeldía de la parte demandada y no consta el transcurso del plazo previsto para la revisión de la sentencia (*vid.* resoluciones de 21 de mayo de 2015 y 12 de mayo de 2016) debe reiterarse que resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 524.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Es decir, aun cuando conste acreditado en tiempo y forma la firmeza de la resolución, es aplicable la doctrina reiterada de este Centro Directivo (cfr. resoluciones citadas en los «Vistos») según la cual, cuando una sentencia se hubiera dictado en rebeldía es preciso que, además de ser firme, haya transcurrido el plazo del recurso de audiencia al rebelde. Por otra parte, el transcurso de tales plazos debe resultar del propio documento presentado a la

calificación o bien de otro documento que lo complemente, indicando la imposibilidad de ejercicio del procedente recurso por transcurso del plazo aplicable al supuesto concreto.

Sin embargo, en el presente expediente el supuesto fáctico es diferente ya que la sentencia declarada en rebeldía condena a la elevación a público de un documento privado, siendo posteriormente suplida la declaración de voluntad de la parte vendedora por el órgano judicial. Tal cuestión ha quedado también resuelta por esta Dirección General en resolución de 27 de noviembre de 2012 al entender que «como ha dicho anteriormente este Centro Directivo (cfr. resolución de 17 de marzo de 2001), el título inscribible no es una resolución judicial, sino la escritura que documenta un negocio jurídico; y, si bien es cierto que la legitimación de uno de los otorgantes —el juez— deriva de la resolución judicial que se ejecuta, no lo es menos que de la propia actuación de este al verificar el otorgamiento cuestionado debe inferirse el cumplimiento de las exigencias de firmeza que presupongan la ejecución de tal resolución.

La exigencia de nombramiento de un defensor judicial de la herencia yacente no debe convertirse en una exigencia formal excesivamente gravosa, de manera que la suspensión de la inscripción por falta de tracto sucesivo cuando no se haya verificado tal nombramiento, y por ende no se haya dirigido contra él la demanda, debe limitarse a aquellos casos en que el llamamiento a los herederos indeterminados es puramente genérico, y obviarse cuando la demanda se ha dirigido contra personas determinadas como posibles herederos, y siempre que de los documentos presentados resulte que el juez ha considerado suficiente la legitimación pasiva de la herencia yacente. En el presente expediente queda suficientemente acreditado que la hija de los transmitentes ha sido parte del procedimiento, emplazada en el mismo y le ha sido notificada la sentencia condenatoria, apreciando el juez competente la suficiente legitimación pasiva. Por todo ello el defecto debe ser revocado.

Resolución de 21-6-2019
(BOE 17-7-2019)
Registro de la Propiedad de Eivissa, número 2.

OBRA NUEVA: CADUCIDAD Y TRANSMISIÓN DE LA LICENCIA.

Por lo que se refiere a la primera cuestión, la vigencia de la licencia de obras concedida, ya que esta establecía como fecha máxima de inicio de las obras el día 11 de enero de 2002 y como fecha máxima de finalización el día 11 de enero de 2004, 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: «1.º La caducidad no opera automáticamente sino que exige un acto declarativo, previa la tramitación del correspondiente expediente. 2.º La caducidad exige que haya plena constancia de la inequívoca voluntad del titular de la licencia de abandonar la obra y su proyecto de construir. 3.º Para su declaración no basta con la simple inactividad del titular sino que será precisa una ponderada valoración de los hechos, ya que no puede producirse a espaldas de las circunstancias concurrentes y de la forma en que los acontecimientos se sucedan. 4.º Al suponer la caducidad un poderoso impedimento para el ejercicio de auténticos derechos adquiridos, siempre ha de ser interpretada con carácter restringido».

Conforme a la Ley 10/1990, de 23 de octubre, de Disciplina Urbanística de las Islas Baleares, no tiene lugar la caducidad automática de la licencia por el mero transcurso del plazo previsto en la misma, sino que es necesario un previo expediente que así lo declare, con audiencia al interesado (sentencia de 20 de marzo de 2019 del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, Sala de lo Contencioso). Además, en el concreto caso de este expediente consta además un certificado expedido por la señora secretaria del Ayuntamiento de Sant Josep de Sa Talaia, protocolizado en la escritura de subsanación autorizada por la notario de dicho municipio el día 7 de febrero de 2019, número 125 de protocolo, en el que se transcribe un informe de la arquitecta técnica municipal, elaborado precisamente para subsanar los defectos señalados por el registrador, del que resulta que no consta en el Ayuntamiento que se haya incoado expediente de caducidad de la licencia de obras en que se ampara la declaración de obra contenida en la escritura.

La licencia urbanística de obras tiene carácter real, pues su objeto es controlar que la obra que se pretende realizar se ajusta a la legalidad, con independencia de la persona del solicitante. La consecuencia de ello es que las licencias se pueden transmitir, salvo que el número de las otorgables fuere limitado, si bien el antiguo y el nuevo constructor o empresario deberán comunicarlo por escrito a la Corporación, sin lo cual quedarán ambos sujetos a todas las responsabilidades que se derivaren para el titular. En cualquier caso, la consecuencia de la falta de comunicación será la responsabilidad conjunta de transmitente y adquirente de la licencia frente a la Administración de las consecuencias que se puedan producir, pero no es un impedimento para ejercitar dicha licencia. Así lo ha establecido el Tribunal Supremo en sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, de 24 de mayo de 2000.

La procedente calificación registral de la virtualidad de la concreta licencia concedida como título administrativo habilitante resulta directamente del tenor del artículo 28.1 de la Ley de Suelo estatal, pues de acuerdo con el precepto, el registrador deberá verificar, dentro del marco que permite el artículo 99 del Reglamento Hipotecario, que la autorización presentada cumple los requisitos que debe revestir todo acto administrativo para poder legitimar la pretendida actuación edificatoria, sin que pueda revisar el fondo de la resolución, esto es, su procedencia o no, de acuerdo a su presunción de validez, siempre que obedezca a los requisitos básicos de competencia, forma y procedimiento.

Resolución de 21-6-2019
(BOE 17-7-2019)
Registro de la Propiedad de Carmona.

HIPOTECA: CÁLCULO DE LOS INTERESES ORDINARIOS SOBRE LA BASE DEL AÑO COMERCIAL DE 360 DÍAS.

En cuanto a la posibilidad de practicar la inscripción de la hipoteca con exclusión de la estipulación objeto de denegación registral, debe señalarse que la fórmula para la determinación de los intereses ordinarios forma parte inescindible de la contraprestación que ha de recibir el prestamista, ya que dicho interés constituye el precio de dinero prestado y, por tanto, al constituir también un elemento esencial para la determinación de uno de los conceptos garantizados con la hipoteca, no procede la inscripción parcial si simultáneamente no se solicita

la exclusión de la inscripción de la responsabilidad hipotecaria correspondiente a ese concreto concepto, circunstancia que no figura en la instancia sobre inscripción parcial presentada y que obra en el expediente.

El que la fórmula utilizada para el cálculo de los intereses ordinarios se establezca sobre la base del año comercial de 360 días en el denominador, en vez del año natural de 365 días, procede recordar que la resolución de 7 de abril de 2016 manifestó que, en principio, al constituir el interés ordinario o remuneratorio un elemento esencial del contrato de préstamo hipotecario oneroso, ya que determina la cuantía de la contraprestación del préstamo que es el objeto principal del contrato de préstamo oneroso, queda al margen tanto de la calificación registral como de la ponderación judicial (art. 4.2. Directiva 93/13), y dentro de ese ámbito debe considerarse incluida, en principio, la fórmula para su cálculo por cuanto es una de las estipulaciones mediante las cuales se define ese objeto principal del contrato.

Excluida, en consecuencia, la calificación registral sobre la abusividad de la cuantía de un determinado interés remuneratorio por ser definitorio del objeto principal del contrato, lo que sí procede es examinar si en el supuesto objeto del recurso se ha cumplido con el doble filtro de información y transparencia. Respecto del filtro de incorporación, la respuesta debe ser afirmativa por cuanto se incorporan a la escritura de constitución de hipoteca la ficha de información personalizada, con efectos de oferta vinculante, que es el requisito que impone en esta materia la Orden EHA 2889/2011. Y, en cuanto al filtro de transparencia material, se aporta también, como prueba de la información precontractual adicional suministrada, un documento de información personalizada complementaria (DIPERC) firmado por los prestatarios, en que se informa expresamente acerca de la fórmula de cálculo del interés ordinario. En cuanto al cálculo de la Tasa Anual Equivalente se ha cumplido con la normativa vigente en su momento.

En supuesto objeto de esta resolución, la fórmula de cálculo aplicada utiliza en el numerador y en el denominador periodos de duración uniformes; y, además, en la información precontractual, como se ha señalado en un considerando anterior, consta de manera clara la fórmula que se debe emplear para el cálculo de intereses, detallando de manera explícita la base que se ha de utilizar para su cálculo; por lo que debe considerarse que la cláusula recogida en el contrato es transparente y ajustada a la legalidad.

Resolución de 21-6-2019
(BOE 17-7-2019)
Registro de la Propiedad de Vitoria, número 5.

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: HERENCIA YACENTE.

Es doctrina consolidada de esta Dirección General, que en los casos de demandas ejecutivas contra una herencia yacente, la anotación del embargo decretado exigirá, bien el nombramiento de un defensor judicial, bien que la demanda se haya dirigido contra personas determinadas, como posibles herederos del deudor-titular registral (y siempre que de los documentos presentados resulte que el juez ha considerado suficiente la legitimación pasiva de la herencia yacente).

Con carácter previo hay que señalar que el artículo 166 del Reglamento Hipotecario al regular los requisitos de extensión de las anotaciones de embargo seguidos contra herederos indeterminados o determinados del titular registral,

está aplicando el principio de tracto sucesivo si bien con la peculiaridad de que los bienes no constan aun inscritos a favor de los demandados.

Parece razonable restringir la exigencia de nombramiento de administrador judicial, al efecto de calificación registral del tracto sucesivo, a los supuestos de demandas a ignorados herederos; pero considerar suficiente el emplazamiento efectuado a personas determinadas como posibles llamados a la herencia.

Cabe establecer estos supuestos: a) Para tomar anotación preventiva del embargo en caso de procesos ejecutivos por deudas del titular registral, fallecido durante el procedimiento, deberá acreditarse al registrador que se demandó al titular registral, que ha fallecido y que se ha seguido la tramitación con sus herederos, por sucesión procesal conforme al artículo 16 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Si se ha producido el fallecimiento del titular registral antes de iniciado el procedimiento, y este se sigue por deudas de aquel, además del fallecimiento deberá acreditarse al registrador, si los herederos fueran ciertos y determinados, que la demanda se ha dirigido contra estos indicando sus circunstancias personales (art. 166.1.a, párrafo primero, del Reglamento Hipotecario), sin que proceda en este caso aportar los títulos sucesorios. b) Si se ha producido el fallecimiento del titular registral antes del iniciado el procedimiento, y este se sigue por deudas de herederos ciertos y determinados, además del fallecimiento deberá acreditarse al registrador que la demanda se ha dirigido contra estos, indicando sus circunstancias personales y acompañando los títulos sucesorios y el certificado del Registro General de Actos de Última Voluntad (art. 166.1.a, párrafo segundo, del Reglamento Hipotecario). c) En caso de procesos ejecutivos por deudas del causante siendo sus herederos indeterminados —herencia yacente—, será preciso, para poder considerarse cumplimentado el tracto sucesivo, o bien que se acredite en el mandamiento que se ha dado emplazamiento a alguno de los posibles llamados a la herencia, o bien que se ha procedido al nombramiento judicial de un administrador de la herencia yacente.

Resolución de 21-6-2019
(BOE 17-7-2019)
Registro de la Propiedad de Montefrío.

BIENES DE LAS ENTIDADES LOCALES: TÍTULO INSCRIBIBLE.

Conforme a reiteradísima doctrina de este Centro Directivo (*vid.* resoluciones citadas en los «Vistos»), la calificación registral de los documentos administrativos que pretendan su acceso al Registro de la Propiedad se extiende en todo caso a la competencia del órgano, a la congruencia de la resolución con la clase de expediente o procedimiento seguido, a las formalidades extrínsecas del documento presentado, a los trámites e incidencias esenciales del procedimiento, a la relación de este con el titular registral y a los obstáculos que surjan del Registro (cfr. art. 99 del Reglamento Hipotecario).

Lo que la certificación recoge es una oferta de venta aceptada por el Ayuntamiento, fijándose un precio determinado, pero sin que la misma llegue a formalizarse puesto que en el mismo acuerdo se autoriza al alcalde para proceder al otorgamiento de escritura pública. Y a la misma conclusión se llega a la vista de la transcripción del Inventario de Bienes de la Corporación, donde consta como título de adquisición el acuerdo plenario elevado a escritura pública, por lo que incluso cabria plantearse si dicha escritura llegó a otorgarse.

Los artículos 25 y 26 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, comprenden la definición de contrato privado o administrativo. Además de lo anterior, hay que tener en cuenta el artículo 9.2 del mismo texto legal, que excluye del ámbito de aplicación de la Ley a «los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, (…) que tendrán siempre el carácter de contratos privados y se regirán por la legislación patrimonial». En lo que respecta a su efectos, modificación y extinción, estos contratos se regirán por el Derecho privado. En consecuencia, en este supuesto nos encontramos ante un contrato privado.

En cuanto a los requisitos para su inscripción, hay que estar a lo dispuesto en el artículo 37 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, que se remite a la legislación hipotecaria. En conclusión, en el presente supuesto, tratándose de un contrato privado sobre finca inscrita a favor de tercero, el título adecuado para el acceso de la compraventa al Registro de la Propiedad es la correspondiente escritura pública.

Resolución de 26-6-2019
(BOE 22-7-2019)
Registro de la Propiedad de Madrid, número 29.

HERENCIA: PARTICIÓN POR CONTADOR-PARTIDOR EXISTIENDO HEREDEROS INCAPACITADOS.

Antes de entrar en el fondo de la cuestión debatida, hay que precisar que el defecto señalado por el registrador y que es objeto de recurso, se refiere tanto a la autorización judicial previa como a la aprobación posterior de la partición, siendo que el notario recurrente nada objeta respecto de la posterior, que acepta.

Centrados en el supuesto de este expediente y respecto a la intervención de los herederos en la partición, de la misma manera que en el supuesto recogido por la resolución de 18 de junio de 2013, cabe decir, en primer lugar, que, en la escritura concernida por este expediente, en que otorga la partición el contador, intervienen los herederos para aceptar sus adjudicaciones. Sin embargo, esta circunstancia no desdice el carácter unilateral del negocio particional, cuya autoría corresponde en exclusiva al partidor.

Ciertamente, el artículo 271.4.o del Código civil, con independencia de la realización simultánea o posterior de la partición hereditaria, establece que será necesaria autorización judicial para aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia. No obstante, atendidas las concretas circunstancias concurrentes (como la existencia de cierta «contemplatio» del negocio partitivo, del que resulta claramente que no se trata de una herencia damnosa, y la realización de la partición por el contador designado por el testador), debe considerarse válida la aceptación realizada y producidos los efectos del beneficio de inventario a favor del tutelado, de suerte que las consecuencias de la eventual inobservancia por el tutor del requisito legal debatido han de quedar limitadas al ámbito de la responsabilidad de dicho representante legal por incumplimiento de los deberes inherentes al ejercicio de su cargo (así resulta de la interpretación finalista y sistemática de los arts. 233, 271.4.o, 272 y 279 CC; cfr. la resolución de este Centro Directivo de 24 de abril de 2001).

Sentado que no es necesaria la autorización judicial previa, ahora la cuestión es, si en la realización del inventario de los bienes de la herencia por el contador-partidor, el requisito de la citación de los representantes legales, de los curadores o de los tutores, debe cumplir las mismas exigencias que su intervención en una partición, es decir, si es precisa la aprobación judicial posterior. Aunque estén interesadas en la sucesión personas que no tiene plena capacidad de obrar, no surgen en el curso de la partición conducida por el contador supuestos de actuaciones sujetas a control o refrendo judicial, hipótesis que se limitan a los casos de actuación de un representante legal —sea tutor, curador o defensor judicial— como parte otorgante de un acto particional en nombre de un *"alieni iuris"*».

Resolución de 26-6-2019
(BOE 22-7-2019)
Registro de la Propiedad de Coria.

EXPEDIENTE DEL ARTÍCULO 201 DE LA LEY HIPOTECARIA: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Tras la reforma operada por la Ley 13/2015 para proceder a cualquier rectificación de la descripción también es preciso que no existan dudas sobre la realidad de la modificación solicitada. Si el expediente tramitado fuera el previsto en el artículo 201 de la Ley Hipotecaria, ya que el mismo se ha regulado en la reforma de la Ley 13/2015, de 24 de junio, con la finalidad específica de lograr toda clase de rectificación descriptiva, se prevén especiales garantías para su tramitación, que determinan que pueda utilizarse cualesquiera que sean las discrepancias superficiales con la cabida inscrita o los linderos que pretendan modificarse, incluso fijos (cfr. resolución de 17 de noviembre de 2015). Debe destacarse que no existe un límite cuantitativo de superficie para la aplicación del procedimiento previsto en el artículo 201 y que tampoco la sola magnitud del exceso o la existencia de una alteración de linderos pueden basar la denegación de la inscripción sin más justificación.

En cuanto al momento en el que deben ponerse de manifiesto las dudas, como ha reiterado este Centro Directivo desde la resolución de 20 de diciembre de 2016, de los artículos 201 y 203 de la Ley Hipotecaria resulta que el registrador al tiempo de expedir la certificación debe manifestar las dudas de identidad que pudieran impedir la inscripción una vez terminado el procedimiento, ya que de este modo se evitan a los interesados dilaciones y trámites innecesarios. En cuanto a la justificación de las dudas de identidad, como ha reiterado este Centro Directivo, siempre que se formule un juicio de identidad de la finca por parte del registrador, no puede ser arbitrario ni discrecional, sino que ha de estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados. En el caso de este expediente, las dudas manifestadas y debidamente fundamentadas en la calificación justifican la negativa a practicar la inscripción, a la vista de las alteraciones en la realidad física de la finca que resultan de los antecedentes catastrales.

Resolución de 26-6-2019
(BOE 22-7-2019)
Registro de la Propiedad de Viver.

PROPIEDAD HORIZONTAL: CONFIGURACIÓN. DERECHO DE VUELO: SU ENCAJE EN LA PROPIEDAD HORIZONTAL.

El acceso al Registro de la Propiedad de edificaciones (o de sus mejoras o ampliaciones *ex* artículos 308 del Reglamento Hipotecario y 45 y 52 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio) respecto de las que no procede el ejercicio de medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística como consecuencia del transcurso del plazo de prescripción establecido por la ley para la acción de disciplina, se halla sometido, de modo exclusivo, al cumplimiento de los requisitos expresamente establecidos por la ley, y entre ellos los específicamente contemplados en el artículo 28, apartado 4, del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana. En el presente caso la controversia se centra en el requisito relativo a la acreditación de «la terminación de la obra en fecha determinada y su descripción coincidente con el título», en cuanto a este último elemento (identidad descriptiva).

En el presente expediente la discrepancia se centra en si cumple o no este último condicionante, es decir, si la certificación del técnico, en la que —contra lo que se afirma en el recurso— ninguna referencia se hace a las terrazas de las entidades tres, cuatro y cinco, habilita para inscribir una declaración de obra nueva por antigüedad y subsiguiente constitución del inmueble en régimen de propiedad horizontal, cuando en la descripción que se contiene en tres de los elementos privativos de esta última aparecen las citadas terrazas, omitidas tanto en la citada certificación técnica como en la descripción del edificio que se hace en la previa declaración de obra nueva. Ocurre que precisamente en el caso del presente expediente este requisito descriptivo complementario de la identificación de la superficie correspondiente a cada planta del edificio, e incluso su desglose por entidades privativas ubicadas en cada planta y por elementos comunes correspondientes a las mismas, aparece adecuadamente integrado en la descripción del edificio cuya construcción se declara, por lo que ningún reproche puede hacerse desde esta perspectiva a la pretensión de inscripción de la declaración de la obra nueva.

Ciertamente en el presente caso la superficie asignada a las cuatro terrazas que se incluyen en las respectivas descripciones de los elementos privativos antes reseñados no figuran en la descripción del edificio, ni en la escritura ni en la certificación del técnico, esto es, son superficies adicionales o excedentarias respecto de las que resultan de la declaración de la obra nueva. Sin embargo, esta aparente objeción para la inscripción se disipa en el momento en que se observa que, como se señala en la descripción de las propias terrazas, la superficie que respectivamente se les asigna «no computa como superficie construida», lo cual se corresponde con la concreta tipología de las terrazas de que se trata como «terrazas a nivel».

Como ha señalado en varias ocasiones este Centro Directivo (resoluciones de 31 de marzo de 2005, 5 de julio de 2016 y 17 de enero y 19 de julio de 2018), que tanto la doctrina como la jurisprudencia han venido reconociendo el hecho de que ciertos elementos comunes no agotan toda su potencialidad en la finalidad que desempeñan, sino que, sin perjudicar la misma, pueden ser de uso exclusivo del propietario de algún elemento privativo. De este modo, la posibilidad de

configurar como anejo de las viviendas o locales el derecho de uso exclusivo de zonas concretas y determinadas del inmueble, aunque tengan el carácter de elemento común, es perfectamente posible. En este sentido, como ha señalado la doctrina, hay una sutil pero ampliamente compartida distinción entre el concepto de terraza y el concepto 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. En el presente caso estamos en presencia de un supuesto de terrazas a nivel a las que, conforme a la doctrina y jurisprudencia reseñadas, puede atribuirse carácter de privativo (desafectación), en caso de que originariamente hubieran tenido carácter de elementos comunes, por no tener dicho carácter por su propia naturaleza.

El derecho de vuelo es un derecho real sobre cosa ajena, con vocación de dominio, por el que su titular tiene la facultad de elevar una o varias plantas o de realizar construcciones bajo el suelo, adquiriendo, una vez ejercitado, la propiedad de lo construido. La nueva planta construida se integra en un régimen de propiedad horizontal, de modo que el dueño de dicha planta es copropietario del suelo, al considerarse este un elemento común. Tiene su regulación en el artículo 16.2 del Reglamento Hipotecario.

El derecho de vuelo no puede pertenecer al propietario del suelo, de lo contrario nos encontraríamos con una simple facultad del dominio. Por tanto, el derecho de vuelo solo puede nacer por transmisión a un tercero o por reserva al tiempo de enajenar el edificio o parte de él, como ha determinado la reiterada doctrina de este Centro Directivo (resoluciones en los «Vistos»). En una primera fase, el titular tiene derecho a construir una o más plantas dentro de las limitaciones urbanísticas. En la segunda fase, el titular adquiere la propiedad de lo construido y no hay duda de que este es un derecho perpetuo.

Si el edificio no estaba constituido en régimen de propiedad horizontal se constituirá. Si lo estaba, se fijarán las nuevas cuotas por unanimidad al ser una modificación del título constitutivo, aunque este Centro Directivo permitió la cláusula estatutaria por la que el propietario antes de la enajenación de los diferentes pisos o locales, se reservase el derecho a elevar plantas en un tiempo determinado, expresando que las cuotas serían proporcionales a su extensión y fijadas por el titular del derecho en su día, pudiendo alterar las de las demás.

Ciertamente, la cláusula en cuestión podría haber sido redactada de modo más preciso. Pero la mera interpretación gramatical, lógica y adecuada para que tal norma estatutaria produzca efecto conduce a admitir que deba entenderse que la misma atribuye el derecho de vuelo a los que en cada momento sean los propietarios de los elementos privativos referidos, sin necesidad de especificar que se trata de quienes lo sean en el momento de la constitución del régimen de propiedad horizontal o quienes lo sean en el futuro.

Resolución de 27-6-2019
(BOE 25-7-2019)
Registro de la Propiedad de Fraga.

PROPIEDAD HORIZONTAL: SUBCOMUNIDAD.

Una determinada finca registral (la número 16.360 de Fraga) consistente en una edificación formada por dos bloques (bloque I y bloque II) figura dividida

en régimen de propiedad horizontal en 42 elementos privativos. Se interpone demanda contra la subcomunidad de propietarios del bloque I y por mandamiento se ordena la práctica de anotación preventiva de demanda de reconocimiento de servidumbre de paso hacia el patio de luces comunitario, todo ello sobre la finca registral 16.360 de Fraga, correspondiente a la finca matriz de todo el edificio. Se da la circunstancia de que en los estatutos o reglas de la comunidad inscritas en el Registro en el folio de la finca matriz, registral 16.360, no está prevista la creación de dicha subcomunidad ni se prevé la existencia de un órgano colectivo especial para tratar los intereses específicos de cada bloque o portal.

Como criterio general, basta con que se acredite la formalización del título constitutivo de una comunidad de propietarios con elementos inmobiliarios, instalaciones o servicios comunes para que puedan legalizarse sus libros de actas en el Registro de la Propiedad, y ello aunque no esté formalizado en escritura pública el título constitutivo ni esté inscrito en el Registro de la Propiedad. Ahora bien, el título constitutivo de propiedad horizontal no puede perjudicar a terceros si no está inscrito en el Registro de la Propiedad (art. 5 de la Ley sobre propiedad horizontal). Por eso, de no constar la previa inscripción registral, se deben consignar sus datos en el libro fichero a que se refiere el artículo 415 del Reglamento Hipotecario. Por eso esta interpretación favorable que tiene el Centro Directivo a facilitar la toma de razón de los acuerdos de determinadas comunidades no puede llegar al extremo de admitir la legalización de cualquier tipo de comunidad ordinaria, aun cuando se dote de estatutos o normas, si no cumple las condiciones para la aplicabilidad de la normativa antes reseñada.

Solo existirá una subcomunidad a la que se aplique la Ley de propiedad horizontal, «cuando, de acuerdo con lo dispuesto en el título constitutivo, varios propietarios disponen, en régimen de comunidad, para su uso y disfrute exclusivo, de determinados elementos o servicios comunes dotados de unidad e independencia funcional o económica». La subcomunidad de propietarios integrada por los elementos de tan solo el bloque I, aunque no está constituida, tiene legalizados sus libros por el registrador de la propiedad, cuya actuación queda bajo la salvaguardia de los tribunales (art. 1 LH). De manera que, como se ha dicho anteriormente, hay una presunción de que de facto existe una subcomunidad que reúne los requisitos necesarios, aunque al no estar inscrita no goce de los efectos del sistema registral.

Para decidir si un acuerdo entra o no en ese ámbito de competencias de la junta como acto colectivo de la misma, cabe recordar que, conforme a la doctrina de esta Dirección General (cfr. resoluciones de 23 de mayo de 2001, 12 de diciembre de 2002, 4 de marzo de 2004, 23 y 31 de marzo y 5 de julio de 2005, 19 de abril de 2007, 27 de diciembre de 2010, 8 de abril y 30 de julio de 2011, 25 de abril y 1 de julio de 2013, 24 de abril de 2014, 26 de febrero de 2015 y 29 de marzo de 2017), en materia de propiedad horizontal debe distinguirse entre los acuerdos que tienen el carácter de actos colectivos (adoptados con los requisitos previstos en la legislación de propiedad horizontal resultantes de la correspondiente acta —cfr. artículo 19 de la Ley sobre propiedad horizontal—), que no se imputan a cada propietario singularmente sino a la junta como órgano comunitario, y aquellos otros actos que, por afectar al contenido esencial del derecho de dominio, requieren el consentimiento individualizado de los propietarios.

Siguiendo esta doctrina, debe entenderse perfectamente posible la anotación preventiva de demanda que interpone el propietario único de una fase de un inmueble en régimen de propiedad horizontal que pretende la declaración o

constitución de una servidumbre de paso sobre determinados elementos comunes de una comunidad de propietarios, cuando consta demandado el presidente de la junta de propietarios de la subcomunidad afectada que no se puede considerar jurídicamente inexistente al tener los libros legalizados por la registradora de la propiedad.

Resolución de 27-6-2019
(BOE 25-7-2019)
Registro de la Propiedad de Igualada, número 2.

HIPOTECA: APLICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN DE CONSUMIDORES SOLO RESPECTO DEL GARANTE.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, junto con las tradicionales figuras de garantía del fiador, avalista o del hipotecante de deuda ajena (de vivienda u otro tipo de inmueble), considera también como garante a la figura del deudor solidario no beneficiario del préstamo (sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de marzo de 1998, Asunto Dietzinger). Por tanto, a estos deudores solidarios les será aplicable la jurisprudencia, que se expone en el apartado siguiente, según la cual la aplicación de la normativa de protección de los consumidores queda excluida si el garante (en este caso los prestatarios solidarios) guarda una vinculación funcional con la empresa prestataria al desarrollo de cuya actividad va dirigido el préstamo. De no existir esa relación funcional de los prestatarios solidarios, no destinatarios finales del préstamo, con la empresa prestataria principal, la normativa de protección de los consumidores será aplicable en todos sus ámbitos. Pero el ámbito de aplicación de la normativa de protección de consumidores no se limita a las personas deudoras principales del crédito, verdaderos beneficiarios del mismo, ni atiende solamente al destino o finalidad por la que el mismo se concede, sino que su aplicabilidad se extiende a aquellos supuestos en que interviene un fiador, avalista o garante en general que, siendo consumidor, procede a garantizar un préstamo o crédito concedido a un no consumidor, porque para la determinación del carácter de consumidor del garante se debe atender a las partes que intervienen en el contrato de garantía o de fianza y no en el contrato principal.

De conformidad con esta doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el actual criterio mayoritario de los órganos jurisdiccionales españoles se inclina por aplicar, al amparo del artículo 4 bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial española, directamente la citada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la materia, acudiendo, como presupuesto previo para la determinación del ordenamiento jurídico aplicable, a la indagación acerca de la condición del fiador o hipotecante de deuda ajena, en su relación con el objeto garantizado o con su actividad profesional pues, como hemos visto, la condición de consumidor del garante no viene determinada por razón de la naturaleza de la obligación garantizada con la fianza y/o hipoteca. En consecuencia, no resultando de la documentación presentada que la hipotecante de deuda ajena, doña R. C. P., tenga la condición de profesional o se encuentre de alguna manera vinculada funcionalmente con la empresa a quienes se concede el préstamo, debe reconocerse que tiene la condición de consumidora y, por tanto, que la normativa de protección de los consumidores es aplicable al contrato accesorio de garantía hipotecaria.

El Tribunal europeo no establece que las cláusulas de garantía o fianza prestadas por estas personas en operaciones de préstamo con sociedades mercantiles sean nulas. El aval prestado no es nulo *per se,* sino que será el juez nacional, quien deberá valorar en cada caso, y con las pruebas existentes, si efectivamente la cláusula de garantía en sí misma es nula (si se ha obviado totalmente la legislación de consumo), o bien solo determinadas cláusulas del propio contrato de garantía, o, eventualmente, también del contrato de préstamo, son inaplicables al consumidor garante.

En el ámbito estrictamente hipotecario es de destacar la doctrina sentada por esta Dirección General, referida al ámbito de aplicación del artículo 6 de la Ley 1/2013 de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios y la Orden EHA 2889/2011 de transparencia y protección de clientes de servicios bancarios, de hacer extensiva la protección que al consumidor prestatario dispensan tales normas (persona física que grava una vivienda de su propiedad), también al hipotecante no deudor persona física que grava una vivienda de su propiedad en garantía de una deuda ajena, aunque el deudor fuera una entidad mercantil y el préstamo fuera destinado a su actividad mercantil, comercial o profesional.

El problema que se plantea, una vez fijada la aplicabilidad de la normativa protectora de los consumidores a alguno o todos los garantes concurrentes, es determinar el ámbito y alcance registral de la misma o, dicho de otro modo, si tal aplicabilidad solo se extiende al contenido concreto del contrato de garantía o fianza, o alcanza también al propio contenido del contrato principal garantizado, de préstamo o de crédito, en el momento de practicar la inscripción. Como regla general se estima el control de abusividad o de contenido del mismo debe circunscribirse a sus concretas cláusulas, pero no extenderse a las cláusulas específicas del contrato principal de préstamo garantizado, a la que le será aplicable la normativa que corresponda en atención, igualmente, a la condición de sus partes contratantes. Una cosa es que en el momento de aplicarse el aval o la garantía que fuere, determinada cláusula del contrato de préstamo no le sea aplicable al avalista o al hipotecante de deuda ajena; y otra bien distinta, que se deniegue la inscripción de tal cláusula cuando la misma sí es aplicable a los prestatarios no consumidores, porque tal denegación, al ser la inscripción de la hipoteca constitutiva y dado los efectos que se anudan al artículo 130 de la Ley Hipotecaria, privaría de la posibilidad de accionar esa cláusula frente a las indicadas personas.

Como se ha indicado en el segundo fundamento de derecho, en el contrato de hipoteca que se trata no se han cumplido respecto de la hipotecante en garantía de deuda ajena, ninguno de los requisitos de transparencia material que son susceptibles de control desde el ámbito de la calificación registral, como son la firma de la FIPER o de la oferta vinculante, su concreto contenido informativo y, en su caso (no en el supuesto que nos ocupa), la confección de la denominada expresión manuscrita respecto a su conocimiento de la existencia de una cláusula suelo. Por tanto, en el concreto supuesto objeto de este recurso no es inscribible la escritura de préstamo hipotecario porque la falta de los requisitos de incorporación y transparencia material respecto del hipotecante consumidor.

En un escenario de interés remuneratorio fijo durante toda la vida del préstamo, como ocurre en el presente supuesto en que es del 3,95% nominal anual, el interés moratorio exigible respecto de aquellas personas que tuvieren la condición de consumidores sería también fijo del 5,95% nominal anual al aplicar el repetido sobregiro de dos puntos. Por tanto, independientemente de que el interés moratorio pactado del 9% nominal anual sea válido respecto del prestatario no consumidor, e inscribible a esos efectos obligacionales y para posibilitar la fijación de la deuda remanente (arts. 130 de la Ley Hipotecaria y 579 de la Ley de

Enjuiciamiento Civil); dado que no podrá afectar al hipotecante consumidor ni ser objeto de pago directo al acreedor con la resultas del remate (art. 682 de la Ley de Enjuiciamiento Civil *«in fine»*), no podrá ser objeto de cobertura hipotecaria, la cual debe limitarse a aquel tipo máximo de interés moratorio que es susceptible de afectar al hipotecante consumidor, que en este caso es del 5,95%.

Resolución de 27-6-2019
(BOE 25-7-2019)
Registro de la Propiedad de Sanlúcar de Barrameda.

CONCILIACIÓN REGISTRAL: ÁMBITO OBJETIVO.

La regulación del nuevo artículo 103 bis de la Ley Hipotecaria no resulta tan detallada como la de la conciliación ante el letrado de la Administración de Justicia; por ello se hace preciso acudir a la regulación de la Ley 15/2015, para integrar la laguna legal, en cuanto ello sea posible. En este sentido, siguiendo el artículo 139 de la Ley 15/2015, se puede afirmar que todo intento de conciliación tiene por objeto alcanzar un acuerdo con el fin de evitar un pleito, debiendo inadmitirse de plano la petición cuando suponga la utilización de este expediente para otras finalidades distintas y que suponga un manifiesto abuso de derecho o entrañe fraude de ley o procesal. En el caso de la conciliación notarial y registral, su finalidad puede ser, además de evitar comenzar un pleito, poner fin a uno que se haya comenzado.

En cuanto al ámbito objetivo de la conciliación es imprescindible la existencia de un conflicto o controversia y que la materia sea conciliable, que verse sobre asuntos y derechos sobre los cuales las partes tengan poder de disposición. En el presente expediente, son siete las pretensiones del solicitante contenidas en la solicitud de conciliación. En cuanto a las contenidas en los apartados primero a sexto se refieren al reconocimiento de determinados hechos, relativos al procedimiento judicial entablado y al posterior recurso gubernativo, respecto de los cuales no hay duda o controversia alguna, por lo que no hay conflicto que pueda resolverse mediante la conciliación que, por lo tanto, en cuanto a dichos apartados, carece de objeto. Respecto al contenido del apartado séptimo, en el que se solicita que don R. E. T. H. se avenga a reconocer y consentir la nulidad y consiguiente cancelación total de la inscripción 19.ª tomada en la finca registral 685 del Registro de la Propiedad de Sanlúcar de Barrameda, por tratarse de cosa juzgada por cuanto una sentencia firme ha abordado ya el asunto que se pretende resolver a través de la conciliación registral. El reconocimiento que se pretende iría en contra del fallo judicial, que ordena la rectificación de la inscripción 19.ª y no su cancelación total, lo que es indisponible por voluntad de los particulares.

Resolución de 27-6-2019
(BOE 25-7-2019)
Registro de la Propiedad de San Roque.

PUBLICIDAD FORMAL: NOTA SIMPLE NEGATIVA.

La posibilidad de emitir una nota simple negativa ha sido admitida por esta Dirección General, en la reciente resolución de 20 de junio de 2018. Dicha

solicitud encuentra amparo en el artículo 222.5 de la Ley Hipotecaria. Admitida la posibilidad de solicitud de nota simple informativa cuyo contenido sea negativo, lo que sucede en el presente recurso es que, a juicio del registrador, no procede emitir una nota negativa, ya que la finca a la que se refiere la solicitud forma parte de otra finca mayor inscrita a nombre del común de los vecinos del municipio.

Resolución de 28-6-2019
(BOE 25-7-2019)
Registro de la Propiedad de Córdoba, número 5.

CURATELA: NATURALEZA Y ALCANCE.

La regla general en todos los supuestos de curatela es la de presunción de capacidad del sujeto a ella, que únicamente precisa el complemento de capacidad que confiere la intervención del curador en casos puntuales: en la curatela de menores emancipados y habilitados de edad, los regulados en el artículo 323 del Código civil, y en la curatela de los pródigos e incapacitados, los actos que imponga la sentencia judicial (cfr. arts. 289, 290 y 298). Así pues, los rasgos que conforman la naturaleza jurídica de la curatela son que se trata de un órgano asistencial, o, en terminología del Código civil, un órgano de protección (cfr. arts. 215 y 287), y que no sustituye, sino que complementa la capacidad del sujeto a ella. Esto significa que el curador va a operar sobre personas capaces, si bien con capacidad limitada, pero con un grado suficiente de discernimiento (cfr. arts. 286 y 287) que hace innecesaria su representación.

Así, tratándose de menores emancipados, estos efectos son exclusivamente patrimoniales, y se concretan en la asistencia que debe prestar el curador en los casos de los artículos 323 y 324 del Código civil. Respecto de los menores habilitados (art. 286.2), se les aplica el mismo régimen por imperativo del artículo 323, in fine. Por último, el artículo 289 del Código civil establece que «la curatela de los incapacitados tendrá por objeto la asistencia del curador para aquellos actos que expresamente imponga la sentencia que la haya establecido». Así pues, la naturaleza jurídica de la institución determina que el ámbito de la curatela es esencialmente patrimonial.

Pues bien, no hay que olvidar que el curador no actúa como representante del sujeto a curatela sino como complemento de su capacidad. Precisamente por esto, la registradora ha señalado que no basta el complemento de capacidad sin la intervención del llamado a la herencia. Máxime cuando además es legatario de un derecho como mejora y se le reconoce un crédito a su favor.

Resolución de 28-6-2019
(BOE 25-7-2019)
Registro de la Propiedad de Zaragoza, número 5.

HERENCIA: ACEPTACIÓN Y PARTICIÓN.

El registrador, al llevar a cabo el ejercicio de su competencia calificadora de los documentos presentados a inscripción no está vinculado, por aplicación del principio de independencia en su ejercicio, por las calificaciones llevadas

a cabo por otros registradores o por las propias resultantes de la anterior presentación de la misma documentación. Tampoco está vinculado por la calificación efectuada sobre el mismo título por otro registrador aunque este haya sido inscrito.

El hecho de que uno de los herederos acepte la herencia no significa que haya prestado su consentimiento para la partición de la misma. Así, en el supuesto concreto, se ha practicado la «*interpellatio in iure*» conforme el procedimiento del artículo 1005 del Código civil, y ante el silencio de la requerida, lo que está absolutamente acreditado y la registradora no objeta nada sobre este punto, la ley determina que la herencia está aceptada pura y simplemente. Pero esto no implica que se haya consentido en la partición y adjudicación realizada por la recurrente de forma unilateral.

En el caso de partición y adjudicaciones en la que no concurran la totalidad de los herederos, se quiebra el principio de que la partición de la herencia se debe realizar por todos los coherederos por unanimidad, pues una cosa es el derecho hereditario a aceptar la herencia, que no es más que un derecho en abstracto al conjunto de bienes que integran la herencia y otra el derecho en concreto sobre bienes o cuotas determinadas, en tanto no se lleve a efecto la partición de la herencia, de modo que, es necesario el concurso de todos los llamados a la partición de la herencia para que cada derecho hereditario en abstracto se convierta en titularidades singulares y concretas sobre los bienes del caudal hereditario. En el Código civil de Derecho Foral de Aragón, se recoge de forma semejante en su artículo 342.2.

Resolución de 28-6-2019
(BOE 25-7-2019)
Registro de la Propiedad de Pego.

FINCA REGISTRAL: EXPRESIÓN DE SU CABIDA.

Debemos centrar la reflexión sobre si cabe la inscripción de una escritura de aceptación y adjudicación de herencia cuando la finca consta debidamente inscrita y su superficie ha quedado descrita por las medidas de sus lados (9 metros de ancho, por 22 metros y 15 centímetros de largo) o al contrario debe considerarse en tal supuesto que nos encontramos ante la falta de inscripción de la cabida de la finca y por lo tanto deberá acudirse al procedimiento registral previsto en los artículos 199 de la Ley Hipotecaria o al expediente notarial previsto en el artículo 201 del mismo texto legal.

En el presente expediente nos encontramos ante una finca inscrita respecto de la que no se pretende la modificación de su cabida, siendo mantenida su descripción (a excepción del nombre de la calle y número de policía) en el título objeto de calificación. Además, no se plantea en la calificación impugnada ninguna duda fundada respecto de la coincidencia de la finca registral con la que resulta ser objeto de adjudicación hereditaria resultando del propio historial tabular la cabida de la misma perfectamente identificada. En este supuesto, y como ha sido práctica habitual en el procedimiento registral, la descripción del inmueble está inscrita y queda perfectamente concretada por la longitud de sus lados que, tras una simple operación matemática, determinará la cabida exacta de la línea poligonal cerrada que delimita la finca registral.

Resolución de 28-6-2019
(BOE 25-7-2019)
Registro de la Propiedad de Archena.

RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO.

Tiene razón cuando la registradora afirma que no se cumple el tracto sucesivo (art. 20 LH), pues no existe registralmente ningún derecho inscrito a favor de la causante de la herencia. No puede este Centro Directivo dirimir en esta sede si la inscripción anterior de rectificación de la titularidad del bien, que inicialmente figuraba como presuntivamente ganancial, debió hacerse o no con el consentimiento de los herederos de la esposa a la que favorecía la presunción de ganancialidad, puesto que los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los tribunales (art. 1 LH). Por tanto, si el recurrente entiende que la titularidad reflejada en el Registro de la Propiedad es inexacta y la rectificación no puede obtenerse con el consentimiento unánime de todos los interesados, debe instar la correspondiente demanda judicial.

Resolución de 3-7-2019
(BOE 26-7-2019)
Registro de la Propiedad de Granada, número 1.

REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA: JUICIO DE SUFICIENCIA.

Como tiene declarado el Tribunal Supremo, Sala Tercera, en sentencia de 22 de mayo de 2000, el objeto del recurso contra la calificación negativa del registrador no es el asiento registral sino el propio acto de calificación de dicho funcionario, de manera que se trata de declarar si esa calificación fue o no ajustada a Derecho. El hecho de que sea el acto de calificación el que constituye el objeto del recurso tiene importantes consecuencias, entre ellas que, por imperativo del artículo 326 de la Ley Hipotecaria, el recurso debe recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del registrador.

Entre tales cuestiones cabe incluir la relativa a la omisión en la escritura calificada del juicio notarial sobre la suficiencia de las facultades representativas alegadas por el compareciente. De la interpretación del artículo 98 de la Ley 24/2001 norma legal por el Tribunal Supremo (sentencias de 23 de septiembre de 2011 y 20 y 22 de noviembre de 2018) y de la doctrina expresada por esta Dirección General en numerosas resoluciones cabe entender que para entender válidamente cumplidos los requisitos contemplados en el mencionado artículo 98 en los instrumentos públicos otorgados por representantes o apoderado, el notario deberá emitir con carácter obligatorio un juicio acerca de la suficiencia de las facultades acreditadas para formalizar el acto o negocio jurídico pretendido o en relación con aquellas facultades que se pretendan ejercitar. Las facultades representativas deberán acreditarse al notario mediante exhibición del documento auténtico. Asimismo, el notario deberá hacer constar en el título que autoriza, no solo que se ha llevado a cabo el preceptivo juicio de suficiencia de las facultades representativas, congruente con el contenido del título mismo, sino que se le han acreditado dichas facultades mediante la exhibición de documentación auténtica y la expresión de los datos identificativos del documento del que nace la repre-

sentación. El registrador deberá calificar, de un lado, la existencia y regularidad de la reseña identificativa del documento del que nace la representación y, de otro, la existencia del juicio notarial de suficiencia expreso y concreto en relación con el acto o negocio jurídico documentado y las facultades ejercitadas, así como la congruencia del juicio que hace el notario del acto o negocio jurídico documentado y el contenido del mismo título.

Cabe concluir que la previsión legal, interpretada según doctrina del Tribunal Supremo, impone que el representante solo puede actuar en la esfera del representado para llevar a cabo actos de riguroso dominio si así consta inequívocamente en el título de la representación voluntaria así como que la determinación de los actos de riguroso dominio que comprende el poder han de ser objeto de una interpretación estricta, si bien realizada en el ámbito de la voluntad e intención del poderdante. Desde este punto de vista, respecto de la escritura de poder aportada por el recurrente sin que haya sido objeto del preceptivo juicio notarial de suficiencia de facultades representativas —y con la que el interesado ha prescindido de la correspondiente ratificación— es claro que entre las facultades de «realizar toda clase de actos, (…) formalizar, modificar o rescindir contratos (…)» no se encuentran las de realizar actos de disposición como es la permuta.

Resolución de 3-7-2019
(BOE 26-7-2019)
Registro de la Propiedad de Torrejón de Ardoz, número 3.

REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA: PRESENTACIÓN DE LA COPIA AUTORIZADA DEL PODER AL NOTARIO AUTORIZANTE. HERENCIA: FACULTADES DEL CONTADOR-PARTIDOR.

De la interpretación del artículo 98 de la Ley 24/2001 norma legal por el Tribunal Supremo (sentencias de 23 de septiembre de 2011 y 20 y 22 de noviembre de 2018) y de la doctrina expresada por esta Dirección General en numerosas resoluciones cabe entender que para entender válidamente cumplidos los requisitos contemplados en el mencionado artículo 98 en los instrumentos públicos otorgados por representantes o apoderado, el notario deberá emitir con carácter obligatorio un juicio acerca de la suficiencia de las facultades acreditadas para formalizar el acto o negocio jurídico pretendido o en relación con aquellas facultades que se pretendan ejercitar. Las facultades representativas deberán acreditarse al notario mediante exhibición del documento auténtico. Asimismo, el notario deberá hacer constar en el título que autoriza, no solo que se ha llevado a cabo el preceptivo juicio de suficiencia de las facultades representativas, congruente con el contenido del título mismo, sino que se le han acreditado dichas facultades mediante la exhibición de documentación auténtica y la expresión de los datos identificativos del documento del que nace la representación. El registrador deberá calificar, de un lado, la existencia y regularidad de la reseña identificativa del documento del que nace la representación y, de otro, la existencia del juicio notarial de suficiencia expreso y concreto en relación con el acto o negocio jurídico documentado y las facultades ejercitadas, así como la congruencia del juicio que hace el notario del acto o negocio jurídico documentado y el contenido del mismo título.

En el presente caso el registrador no ha cuestionado el juicio de suficiencia expresado por el notario en la escritura calificada ni la reseña identificativa

del documento auténtico acreditativo de la representación sino que el defecto señalado es, a su juicio, que no se expresa en la escritura haberse exhibido al notario autorizante copia autorizada de la escritura de poder que se invoca como título de legitimación para intervenir en nombre de la representada. Ciertamente el artículo 166 del Reglamento Notarial permite que no se exhiba al notario autorizante copia autorizada de la escritura de poder cuando —como ocurre en el presente caso— el mismo consta en el protocolo del propio notario, pero para ello es necesario que el notario manifieste expresamente que el apoderado se halla facultado para obtener copia del mismo y que no consta nota de su revocación. Pero en la escritura cuya calificación es objeto del presente recurso el notario autorizante no ha hecho expresa mención de la exigencia impuesta por esta disposición reglamentaria el citado artículo 166, párrafo segundo, del Reglamento Notarial. Por ello, el defecto debe ser confirmado.

El segundo de los defectos señalados se refiere a la falta de acreditación de la inscripción en el Registro Civil del cargo tutelar. El artículo 218 del Código civil, tras establecer en su párrafo primero que «las resoluciones judiciales sobre los cargos tutelares y de curatela habrán de inscribirse en el Registro Civil», añade en su párrafo segundo que «dichas resoluciones no serán oponibles a terceros mientras no se hayan practicado las oportunas inscripciones». Como criterio general hay que partir de la necesidad de que las distintas circunstancias y hechos relativos al estado civil de las personas, cuando afectan a la titularidad de los derechos inscritos o a la legitimación de los otorgantes, por afectar a la validez del acto o contrato en que intervienen, deben ser acreditados mediante certificación de su inscripción en el Registro Civil. En definitiva, no se trata solo de «probar» el nombramiento de tutor, sino que en tanto no tenga lugar su inscripción en el Registro Civil la resolución de nombramiento no es oponible frente a terceros, por lo que no debe accederse a la inscripción en el Registro de la Propiedad de actos o contratos otorgados en nombre del incapacitado por el tutor sin aquella previa inscripción en el Registro Civil, ya que en caso contrario existe el riesgo de que se produzca una colisión entre la inoponibilidad derivada de su falta de inscripción en el Registro Civil y la oponibilidad del Registro de la Propiedad en caso de que se inscriba el acto celebrado por el tutor en representación del incapacitado si el nombramiento del tutor —por el motivo que sea— no llegara a inscribirse en el Registro Civil. En consecuencia, debe confirmarse este defecto señalado en la calificación.

Como regla general, la liquidación de la sociedad conyugal disuelta por fallecimiento de uno de los cónyuges compete en exclusiva al viudo y a la totalidad de los herederos del cónyuge premuerto, actuando por unanimidad. La jurisprudencia y la doctrina de este Centro Directivo ha concedido al contador partidor amplias facultades, si bien, como ha precisado esta Dirección General (resolución de 27 de mayo de 2014), es doctrina jurisprudencial pacífica que las competencias del contador-partidor se ciñen a contar y partir, realizando cuanto acto jurídico y material sea preciso para este objeto, incluso ampliamente, por ejemplo realizando divisiones, segregaciones o pagando excesos de adjudicación, si las fincas no tuvieren fácil división. Así pues, según se deriva de los pronunciamientos jurisprudenciales y de la doctrina de este Centro Directivo (*vid.* «Vistos»), resulta que el contador-partidor no puede realizar actos que excedan de lo particional.

En el supuesto concreto de este expediente, el contador-partidor junto con la viuda, liquidan parcialmente la sociedad de gananciales respecto de un único bien —plaza de garaje— que adjudica íntegramente a la viuda, dejando para más adelante la compensación a la masa de la herencia con otros bienes de la misma.

Se puede considerar que la adjudicación del artículo 1.062 del Código civil es acto particional y no dispositivo siempre y cuando exista metálico suficiente en la herencia para compensar a los herederos no adjudicatarios. Si hay metálico suficiente en la herencia puede adjudicarse el bien entero al heredero mejorado y pagar a los demás su legítima con el metálico de la herencia. Este es el supuesto permitido en el artículo 1062, pues se trata de la división de un «*universum ius*», de un patrimonio hereditario (bien y dinero). Sin embargo, cuando no hay metálico suficiente en la herencia, la obligación de pago sería a cargo del peculio particular del heredero adjudicatario, por lo que nos encontraríamos ante un acto dispositivo. En el inventario de este supuesto concreto, existe un saldo en metálico en el activo, por importe de 5.403 euros, y en el pasivo de gastos, 3.993 euros, por lo que la cuestión es si la diferencia cubre la cantidad con la que se ha de compensar a la masa de la herencia, pero siendo que esta valoración corresponde al contador-partidor y a la viuda, y que estos intervienen en la liquidación, se ha de concluir en la validez de la actuación realizada.

El tercer párrafo del artículo 1057 del Código civil, exige que en los casos de que haya en la partición coherederos sometidos a la patria potestad, tutela o curatela, el contador-partidor deberá inventariar los bienes de la herencia, con citación de los representantes legales o curadores de dichas personas, lo que, en el supuesto concreto de este expediente, ha determinado la incorporación del inventario completo a la escritura y la intervención efectiva de la tutora. En consecuencia, se ha cumplido la exigencia de la Ley para el caso de partición realizada por el contador-partidor. En cuanto al respeto de los derechos en la partición del preterido y de los llamados por sustitución, ciertamente la partición está pendiente de la concreción de los derechos de un hijo preterido y de los sustitutos del premuerto. Por lo tanto, la necesaria intervención de estos en su caso, debe conducir a suspender cualquier adjudicación.

Resolución de 3-7-2019
(BOE 26-7-2019)
Registro de la Propiedad de Albacete, número 1.

CALIFICACIÓN REGISTRAL: MOTIVACIÓN. HERENCIA: INTERPRETACIÓN DEL TESTAMENTO. USUFRUCTO: USUFRUCTO CON FACULTAD DE DISPONER.

Como cuestión previa, respecto de la motivación de la calificación impugnada, debe recordarse la doctrina de este Centro Directivo según la cual cuando la calificación del registrador sea desfavorable es exigible, conforme a los principios básicos de todo procedimiento y a la normativa vigente, que al consignarse los defectos que, a su juicio, se oponen a la inscripción pretendida, aquella exprese también una motivación suficiente de los mismos, con el desarrollo necesario para que el interesado pueda conocer con claridad los defectos aducidos y con suficiencia los fundamentos jurídicos en los que se basa dicha calificación. El registrador ha de exponer todas y cada una de las razones que motivan su decisión de denegar la práctica del asiento solicitado es el de la calificación (art. 19 bis LH) sin que, por consiguiente, hayan de ser tenidas en cuenta las que pueda introducir en su informe. Aun cuando la argumentación en que se fundamenta la calificación haya sido expresada de modo escueto, cabe la tramitación del expediente si expresa suficientemente la razón que justifica dicha negativa de

modo que el interesado ha podido alegar cuanto le ha convenido para su defensa, según el contenido del escrito de interposición del recurso.

Es doctrina reiterada de este Centro Directivo (*vid.*, por todas, resolución de 29 de junio de 2015), que del artículo 675 del Código civil resulta el entendimiento de las cláusulas conforme el sentido literal de las palabras a menos que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador; que el centro de gravedad de la interpretación de las disposiciones de última voluntad radica esencialmente en la fijación de la voluntad real del testador, esto es, sentido espiritualista de las disposiciones; que, recogiendo la doctrina asentada por la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 1985, en la interpretación de los actos testamentarios, la principal finalidad es investigar la voluntad real, o al menos probable del testador en sí misma, sin que pueda ser obstáculo la impropiedad o lo inadecuado de los términos empleados, siempre que aquella voluntad resulte de las circunstancias, incluso externas del testamento, y de completar aquel tenor literal con el elemento lógico, el teleológico y el sistemático; y que el primer elemento en la interpretación de los testamentos es el literal, pero merced a la utilización de otros elementos interpretativos se debe establecer cuál es el verdadero significado de las cláusulas testamentarias. Ahora bien, «extra muros» del proceso, el intérprete tiene como límite infranqueable la literalidad de lo reflejado en el testamento, y si bien siempre ha de tenderse a la interpretación favorable a la eficacia de la disposición, en congruencia con el principio de conservación de las disposiciones de última voluntad que late en diversas normas del Código civil.

La interpretación plasmada en la escritura calificada negativamente no puede ser compartida por este Centro Directivo, pues aun entendiendo que la figura del fideicomiso de residuo puede presentar paralelismos con otra también utilizada fundamentalmente en el derecho de sucesiones, el usufructo con facultad de disposición, y que la correcta diferenciación pueda ser compleja cuando los nudos propietarios no existan o estén indeterminados en el momento de la apertura de la sucesión (lo que en su día llevó a la construcción de equiparar este usufructo, al que se denominó «pseudousufructo testamentario», con el fideicomiso), no es este el caso del presente recurso, en el que hay una clara institución de heredero a favor de personas determinadas y concretas.

Eliminada por consiguiente la posibilidad de considerar a la viuda otorgante de la escritura como heredera fiduciaria, queda claro que su posición jurídica es la de usufructuaria —vía legado de usufructo universal— con facultad de disponer. Debe concluirse, por todo ello, que es correcta la cita que la nota contiene del artículo 80.1.c) del Reglamento Hipotecario, que exige, para obtener la inscripción de adjudicación de bienes hereditarios o cuotas indivisas de los mismos, la presentación de escritura pública, a la cual hayan prestado su consentimiento todos los interesados, si se adjudicare solamente una parte del caudal y este fuera de su libre disposición.

Resolución de 3-7-2019
(BOE 26-7-2019)
Registro de la Propiedad de Murcia, número 1.

FINCA REGISTRAL: TRASLADO AL REGISTRO COMPETENTE.

Respecto de una misma finca, como objeto jurídico único que es, solo será competente un único registro de la propiedad, y en particular, aquel en cuya cir-

cunscripción se ubique la mayor parte de la finca, entendiendo por tal la mayor parte de superficie de suelo, medida esta en proyección sobre el plano horizontal al nivel de la rasante del terreno. A los efectos de cumplir en la práctica el requisito reglamentario de certificar del contenido literal del folio real (que se va a trasladar desde el registro incompetente), y para copiar íntegramente en (el Registro competente) todos los asientos de aquel, resulta aconsejable aprovechar las nuevas tecnologías disponibles y empleadas desde hace tiempo en los Registros de la Propiedad, de modo que la certificación se expida y firme electrónicamente, y la copia de su contenido en el folio real unificado se efectúe insertando en él el Código Seguro de Verificación que permita acceder al contenido íntegro del folio o folios que se trasladan y unifican, evitando así posibles errores de transcripción.

El registrador (del Registro no competente) ya sea cuando se presente un título o solicitud relativo a ella, o requerido al efecto por el registrador (del Registro competente) dictará resolución motivada en el plazo legalmente establecido para la expedición de las certificaciones, prestando o denegando su conformidad al traslado, que notificará al presentante, en su caso, y al registrador del territorio donde se ubique el resto de la finca. El registrador expedirá certificación literal de todos los asientos, vigentes o no, del folio real que vaya a ser trasladado, en formato de imagen PDF, acompañada de otra certificación en extracto de la descripción y titularidades vigentes. Ambas certificaciones habrán de ser firmadas electrónicamente con su certificado reconocido de firma electrónica de registrador suministrado por el Colegio de Registradores. Además, siempre que la aplicación de gestión de los registros afectados lo permita, la indicada certificación literal se complementará con un archivo en formato XML, a fin de facilitar la integración de titulares y cargas en la base de datos del registro competente, causando simultáneamente baja, como finca ya no vigente, en los índices del registro incompetente. En el folio real (de destino) se hará constar el código seguro de verificación de cada una de las referidas certificaciones del folio o folios reales objeto de traslado, que quedarán cancelados, y se expresará que su respectivo contenido ha de tenerse por íntegramente reproducido en el folio real ya unificado, para evitar reiteraciones innecesarias o errores de transcripción.

Son esencialmente dos las cuestiones que han de abordarse y resolverse en el presente recurso: La primera es la relativa a la exacta ubicación de una concreta finca registral en una u otra de las demarcaciones registrales en cuestión. La nota de calificación, tal como fue redactada, ha de ser en sí misma revocada, incluso haciendo abstracción y sin tomar en consideración la extensa y detallada documentación gráfica que se ha aportado en vía de recurso.

La segunda, que resulta de indudable trascendencia no solo en el caso planteado, sino en otros análogos que se planteen en el futuro, es la relativa a si las cuestiones sobre el posible traslado de una finca de un Registro a otro ha de resolverse en atención a y a los efectos exclusivos de la referida finca, o atendiendo y afectando a la totalidad del conjunto inmobiliario del que forme parte la referida finca. Cuando se trate de la constitución de un conjunto o complejo inmobiliario, definido legalmente en el artículo 26.6 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana como «todo régimen de organización unitaria de la propiedad inmobiliaria en el que se distingan elementos privativos, sujetos a una titularidad exclusiva, y elementos comunes, cuya titularidad corresponda, con carácter instrumental y por cuotas porcentuales, a quienes en cada momento sean titulares de los elementos privativos» el Registro competente para calificar e inscribir la constitución del referido conjunto o complejo inmobiliario, confor-

me al artículo 2 del Reglamento Hipotecario, debe ser, a juicio de este Centro Directivo, aquel en el que se ubique la mayor parte de la superficie de suelo del referido conjunto. Y si tras la inscripción de un proyecto de reparcelación, o de la constitución de un conjunto inmobiliario, con todas sus fincas resultantes, en el Registro competente, (que como se ha dicho será aquel donde se ubique la mayor parte del suelo ocupado por la unidad de ejecución o por el conjunto inmobiliario), resultaran, ya sea inicialmente o por ulteriores operaciones registrales, que alguna o algunas fincas resultantes tuviera su mayor parte ubicada en el territorio de un Registro, Ayuntamiento o Sección distinto de aquel en el que constara previamente abierto su folio real único, solo se procederá al traslado a dicho Registro, Ayuntamiento o Sección competente cuando tales fincas resultantes sean absolutamente independientes entre sí y no compartan elementos comunes con ninguna otra finca, ni estén integradas en ningún complejo inmobiliario. En caso contrario, habrá de atenderse a la mayor superficie de suelo ocupada por el conjunto inmobiliario, y el traslado, cuando proceda, afectará a la totalidad de las fincas integrantes de dicho conjunto.

Resolución de 3-7-2019
(BOE 26-7-2019)
Registro de la Propiedad de Vitoria, número 5.

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: HERENCIA YACENTE.

El objeto de este expediente consiste en dilucidar nuevamente si es inscribible un decreto de adjudicación dictado en procedimiento de ejecución hipotecaria seguido frente a los herederos desconocidos e inciertos del titular registral cuando no consta el nombramiento e intervención de un defensor judicial de la herencia yacente.

En los casos en que interviene la herencia yacente, la doctrina de este Centro Directivo impone que toda actuación que pretenda tener reflejo registral deba articularse bien mediante el nombramiento de un administrador judicial, en los términos previstos en los artículos 790 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, bien mediante la intervención en el procedimiento de alguno de los interesados en dicha herencia yacente (resoluciones de 27 de mayo y 12 de julio de 2013, 8 de mayo de 2014, 5 de marzo de 2015 y demás citadas en los «Vistos»). Esta doctrina se ha matizado en los últimos pronunciamientos en el sentido de considerar que la exigencia del nombramiento del defensor judicial debe limitarse a los casos en que el llamamiento a los herederos desconocidos sea puramente genérico y no haya ningún interesado en la herencia que se haya personado en el procedimiento considerando el juez suficiente la legitimación pasiva de la herencia yacente. Por otro lado, las peculiaridades derivadas de la presentación de una demanda contra una herencia yacente no impiden que se deba procurar la localización de quien pueda ostentar su representación en juicio como paso previo a una posterior declaración en rebeldía.

También ha aclarado esta Dirección General, respecto a la incidencia de la renuncia de los herederos en los supuestos de procedimientos seguidos contra la herencia yacente, que no evita la necesidad de nombrar administrador el hecho de que haya un pronunciamiento judicial en el que conste haberse otorgado escritura de renuncia a la herencia por parte de los herederos, pues, mediando la renuncia de los inicialmente llamados a la herencia, esta pasa los siguientes en

orden, sean testados o intestados, quienes serán los encargados de defender los intereses de la herencia; así en resolución de 19 de septiembre de 2015. Distinto sería el caso de que la renuncia de los herederos se hubiera producido una vez iniciado el procedimiento de ejecución como consecuencia del requerimiento que se les hubiera hecho en este, pues en este caso sí habría habido posibilidad de intervención en defensa de los intereses de la herencia (resolución de 15 de noviembre de 2016).

Pues bien, en este expediente, del testimonio del decreto de adjudicación y de la documentación complementaria acompañada, resulta que se aportó al procedimiento de ejecución certificados de defunción y del Registro General de Actos de Última Voluntad, de los que resulta que el deudor falleció sin haber otorgado testamento con fecha 30 de julio de 2015, y que se notificó fehacientemente mediante burofax a varios parientes hasta el cuarto grado. Sin embargo, tal y como resulta de la propia documentación aportada, dichos parientes habían renunciado a la herencia con anterioridad a la fecha de interposición de la demanda.

Resolución de 4-7-2019
(BOE 27-7-2019)
Registro de la Propiedad de Bilbao, número 2.

DERECHO FORAL VASCO: NATURALEZA DE LA LEGÍTIMA Y ENTREGA DE LEGADOS.

Hay un primer conflicto de derecho intertemporal que se plantea porque en una misma región de Derecho Foral coexisten en una materia el Código civil y la Legislación Foral civil. Y un segundo conflicto de derecho interregional consistente en que una misma persona ha ostentado en el transcurso del tiempo durante diferentes periodos de su vida dos vecindades civiles: común y vasca. Centrados en este expediente, la causante ostentaba vecindad civil foral vasca al tiempo de su fallecimiento, y como determina la disposición transitoria séptima de la Ley 5/2015, de 25 de junio, la vecindad civil foral vasca se entenderá automáticamente adquirida por todos los vecinos de la Comunidad Autónoma del País Vasco desde la entrada en vigor de esta ley, por lo que la sucesión de este expediente se regulará conforme la legislación civil foral vasca. Así pues, de la aplicación de los artículos 3 y 9 de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil vasco, de las disposiciones transitorias primera y séptima de dicha norma, de los artículos 9.8 y 16.1 del Código civil, de la disposición transitoria duodécima de dicho texto legal y de la disposición transitoria octava de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, resulta que las sucesiones «*mortis causa*» abiertas después de la entrada en vigor de la Ley 5/2015, se rigen por la nueva legislación, todo ello con arreglo a la vecindad civil vasca de la causante al tiempo de su fallecimiento. En consecuencia, el sistema de legítimas aplicable será el reconocido por dicha ley, respetando en la medida de lo posible las disposiciones testamentarias otorgadas por aquella. A efectos de este expediente, el efecto esencial resulta del artículo 48 de la Ley 5/2015, conforme el cual, el causante está obligado a transmitir la legítima a sus legitimarios, pero puede elegir entre ellos a uno o varios y apartar a los demás, de firma expresa o tácita.

En segundo lugar, hay que recordar —en lo que coinciden también el registrador y el notario recurrente— que, en las sucesiones de derecho común, existe

la necesidad de intervención de los legitimarios en los distintos casos de entrega de la cosa legada. Centrados en el supuesto de este expediente, del testamento de la causante resulta que la legataria otorgante del título calificado está facultada expresamente por la testadora para tomar posesión por sí misma de la cosa legada, y se acredita la existencia de otros legitimarios de la causante.

Así pues, para la resolución de este expediente, hay que determinar la naturaleza de la legítima foral vasca. La legítima es definida en el artículo 48.1 de la Ley 5/2015 como «una cuota sobre la herencia, que se calcula por su valor económico, y que el causante puede atribuir a sus legitimarios a título de herencia, legado, donación o de otro modo». De otros artículos de la misma ley vasca, resultan los indicios de la naturaleza de esta legítima. Utilizó el legislador del Código civil una terminología semejante a la que ahora utiliza el legislador vasco. Desde el punto de vista terminológico, en la Ley 5/2015, se recoge el término «herederos forzosos» o el de «sucesores forzosos» en numerosos artículos.

En cuanto a la pretendida consideración de la legítima foral vasca como un derecho de crédito, tan solo hay una aproximación a esta concepción en la Ley 5/2015, que es la recogida en el artículo 52.1, en el que se regula el derecho del cónyuge supérstite o de la pareja de hecho. De la misma forma que ocurre con el Derecho Civil Foral de Aragón, paradigma de la legítima colectiva —cuya naturaleza es «*pars valoris bonorum*»—, en la Ley 5/2015 que también ha acogido esa forma de legítima, no existe ninguna mención a la calificación del legitimario como acreedor de los herederos. Además, como recoge el registrador, hay otras situaciones contenidas en la Ley 5/2015, que alejan la naturaleza de la legítima vasca de la de un derecho de crédito: que al menos un legitimario con plena capacidad concurra a consentir los actos de enajenación a título oneroso realizados por el cónyuge o pareja supérstite designado comisario representante y administrador del patrimonio hereditario cuando se refieren a bienes inmuebles, empresas y explotaciones económicas, valores mobiliarios u objetos preciosos (art. 43.5 de la Ley 5/2015).

Efectivamente, la distribución desigual que puede hacer el testador en virtud de la legítima colectiva, permite un amplio abanico de actuaciones, pero esto no significa que el llamado en menos haya sido apartado. Pues bien, siendo que, en el supuesto de este expediente, han sido instituidos todos los hijos como herederos, además de legatarios, no se les puede considerar como apartados ni expresa ni tácitamente, por lo que parece necesaria su intervención a los efectos de determinar al menos el activo y pasivo del inventario, aun cuando desde un punto de vista individual, resulte un resultado exiguo para el legitimario no apartado.

Así pues, recapitulando, la legítima foral vasca es colectiva, cabe el apartamiento de los legitimarios tanto de forma expresa como tácita, pero esto no significa, que el legitimario no apartado pueda tener unos mecanismos de defensa para el amparo de su derecho, aunque sea mínimo, puesto que, aunque colectiva, la naturaleza sigue manteniéndose como «*pars valoris bonorum*». En consecuencia, en este expediente, al existir legitimarios, implica la necesaria intervención de los mismos, ya que no se cumplen todas las exigencias del caso del artículo 81.a) del Reglamento Hipotecario —la inscripción a favor del legatario de inmueble específicamente legado en virtud de escritura de manifestación de legado otorgada por el propio legatario, siempre que no existan legitimarios, si está facultado expresamente por el testador para posesionarse de la cosa legada—.

Resolución de 4-7-2019
(BOE 27-7-2019)
Registro de la Propiedad de Posadas.

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 671 LEC.

Entre esos aspectos sujetos a calificación se encuentra la congruencia del mandato con el procedimiento o juicio en que se hubiere dictado. Es evidente que la privación de la titularidad de una finca como consecuencia de la ejecución de la hipoteca que la grava, solo puede llevarse a cabo por los trámites de alguno de los procedimientos regulados en la Ley de Enjuiciamiento Civil y en la Ley Hipotecaria. Dicho procedimiento solo será reconocible si se respetan una serie de garantías básicas que impiden la indefensión del demandado que va a terminar perdiendo la propiedad del bien objeto de ejecución. Entre esas garantías fundamentales está la de que la adjudicación, en caso de que la subasta quede desierta, se haga al ejecutante por una cantidad que respete unos porcentajes mínimos del valor de tasación de la finca hipotecada. Si dichos límites no se respetan, no puede sostenerse que se ha seguido un procedimiento adecuado para provocar el sacrificio patrimonial del ejecutado, y el registrador debe, incluso con más rigor que en el procedimiento ejecutivo ordinario, rechazar el acceso al Registro de la adjudicación.

En base a los principios generales de interpretación de normas jurídicas recogido en el artículo 3 del Código civil que señala que «las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas» parece, que la interpretación del artículo 671 no puede ser la puramente literal, ya que puede producir un resultado distorsionado. Conforme al artículo 670 existiendo postores cabe la posibilidad de que el remate sea inferior al 50% del valor de tasación siempre que cubra al menos, la cantidad por la que se haya despachado la ejecución, incluyendo la previsión para intereses y costas. Y en este caso, como garantía complementaria la Ley atribuye al letrado de la Administración de Justicia la apreciación y valoración de las circunstancias concurrentes, oídas las partes, y establece que, en caso de que se realice el remate en esos términos, existirá la posibilidad de presentar recurso de revisión frente al decreto de adjudicación. Esta norma especial, prevista por el legislador para circunstancias extraordinarias y con una serie de garantías específicas, parece que debe integrarse igualmente para el supuesto del artículo 671, por lo que en esta hipótesis será preciso que se dé cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 670.4 (cfr. art. 4.1 CC).

Resolución de 4-7-2019
(BOE 27-7-2019)
Registro de la Propiedad de Illescas, número 1.

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 671 LEC.

Entre esos aspectos sujetos a calificación se encuentra la congruencia del mandato con el procedimiento o juicio en que se hubiere dictado. Es evidente

que la privación de la titularidad de una finca como consecuencia de la ejecución de la hipoteca que la grava, solo puede llevarse a cabo por los trámites de alguno de los procedimientos regulados en la Ley de Enjuiciamiento Civil y en la Ley Hipotecaria. Dicho procedimiento solo será reconocible si se respetan una serie de garantías básicas que impiden la indefensión del demandado que va a terminar perdiendo la propiedad del bien objeto de ejecución. Entre esas garantías fundamentales está la de que la adjudicación, en caso de que la subasta quede desierta, se haga al ejecutante por una cantidad que respete unos porcentajes mínimos del valor de tasación de la finca hipotecada. Si dichos límites no se respetan, no puede sostenerse que se ha seguido un procedimiento adecuado para provocar el sacrificio patrimonial del ejecutado, y el registrador debe, incluso con más rigor que en el procedimiento ejecutivo ordinario, rechazar el acceso al Registro de la adjudicación.

En base a los principios generales de interpretación de normas jurídicas recogido en el artículo 3 del Código civil que señala que «las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas» parece, que la interpretación del artículo 671 no puede ser la puramente literal, ya que puede producir un resultado distorsionado. Conforme al artículo 670 existiendo postores cabe la posibilidad de que el remate sea inferior al 50% del valor de tasación siempre que cubra al menos, la cantidad por la que se haya despachado la ejecución, incluyendo la previsión para intereses y costas. Y en este caso, como garantía complementaria la Ley atribuye al letrado de la Administración de Justicia la apreciación y valoración de las circunstancias concurrentes, oídas las partes, y establece que, en caso de que se realice el remate en esos términos, existirá la posibilidad de presentar recurso de revisión frente al decreto de adjudicación. Esta norma especial, prevista por el legislador para circunstancias extraordinarias y con una serie de garantías específicas, parece que debe integrarse igualmente para el supuesto del artículo 671, por lo que en esta hipótesis será preciso que se dé cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 670.4 (cfr. art. 4.1 CC).

Resolución de 4-7-2019
(BOE 27-7-2019)
Registro de la Propiedad de Alicante, número 3.

OBRA NUEVA: DELIMITACIÓN DE LA SUPERFICIE OCUPADA POR LA EDIFICACIÓN Y DUDAS FUNDADAS SOBRE SI LA FINCA INVADE EL DOMINIO PÚBLICO COLINDANTE.

A partir de la entrada en vigor de la Ley 13/2015 no es posible el acceso registral de declaración de edificaciones o instalaciones sin que en el título correspondiente conste la delimitación geográfica de su ubicación precisa. Además, para que, una vez precisada la concreta ubicación geográfica de la porción de suelo ocupada por la edificación, el registrador pueda tener la certeza de que esa porción de suelo se encuentra íntegramente comprendida dentro de la delimitación perimetral de la finca sobre la que se pretende inscribir, es posible que necesite, cuando albergue duda fundada a este respecto, que conste inscrita, previa o simultáneamente la delimitación geográfica y lista de coordenadas de la finca en que se ubique.

Constando al registrador, por los medios de calificación de que dispone, la concreta ubicación geográfica de una edificación o de la finca en la que se ubica, determinante, como se ha dicho, de un particular régimen jurídico aplicable, en este caso, la ordenación territorial y urbanística, no cabe sino afirmar la procedencia de suspender la inscripción de declaraciones de obra efectuadas por la vía del artículo 28.4 de la Ley de Suelo, cuando así resulte de dicha normativa, siempre que el registrador, de forma motivada, lo justifique en alguno de los presupuestos que previene el citado artículo, como la afectación a suelo demanial, servidumbre de uso público o suelo de especial protección determinante de la imprescriptibilidad de la acción de restablecimiento de legalidad.

Como reiteradamente ha venido afirmando esta Dirección General (cfr. resoluciones de 15 de junio, 22 de julio y 29 de septiembre de 2016, 19 de diciembre de 2017 o 10 de abril de 2018), las actuaciones establecidas en el artículo 199 de la Ley Hipotecaria, se inicia a instancia del titular y no de oficio por parte del registrador. No obstante, tal solicitud debe considerarse implícita en el documento, ya que según el criterio del apartado segundo letra a de la resolución Circular de 3 de noviembre de 2015 se entienden solicitadas las referidas actuaciones cuando en el título presentado se rectifique la descripción literaria de la finca para adaptarla a la resultante de la representación geográfica georreferenciada que se incorpore, circunstancia que se produce en el presente caso, en el que además, surgen dudas de identidad en cuanto a una posible invasión del dominio público.

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. Como ha reiterado este Centro Directivo, siempre que se formule un juicio de identidad de la finca por parte del registrador, no puede ser arbitrario ni discrecional, sino que ha de estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados. En el presente caso, 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, pese a la ausencia de deslinde del cauce, es terminante y además se acompaña de plano de estimación de la delimitación del dominio público hidráulico. Resulta especialmente destacable la circunstancia de que, conforme a la representación gráfica catastral que pretende inscribirse, la finca invade parcialmente el pretendido cauce.

La protección registral que la ley otorga al dominio público no se limita exclusivamente al que ya consta inscrito, sino que también se hace extensiva al dominio público no inscrito, incluso al no deslindado formalmente (pues el deslinde tiene un valor declarativo y no constitutivo: *vid.* resolución de 23 de enero de 2014, fundamento jurídico 7), pero de cuya existencia tenga indicios suficientes el registrador y con el que pudiera llegar a colisionar alguna pretensión de inscripción.

En definitiva, no cabe sino concluir que fue correcta la actuación de la registradora al tomar en consideración las alegaciones procedentes de una Administración Pública a fin de preservar el dominio público de una posible invasión o impedir la edificación proscrita en zona de servidumbre o de policía. Por todo ello, debe confirmarse la calificación a la vista del informe de la Administración, pues dados los términos del pronunciamiento no puede procederse a la inscripción, sin perjuicio de que por el interesado se ejerciten los recursos o actuaciones correspondientes ante dicha autoridad o incluso

judicial para instar la rectificación de la resolución dictada. Y sin que por otra parte las actuaciones para la inscripción de la representación gráfica o el recurso contra la calificación sean las adecuadas para contender acerca del contenido de dicha resolución.

Resolución de 4-7-2019
(BOE 27-7-2019)
Registro de la Propiedad de Alicante, número 3.

PROCEDIMIENTO DE APREMIO ADMINISTRATIVO POR DEUDAS A LA HACIENDA PÚBLICA: NUEVO RÉGIMEN DE ADJUDICACIÓN TRAS EL RD 1071/2017. ARRENDAMIENTOS URBANOS: DERECHO DE ADQUISICIÓN PREFERENTE EN LAS ADJUDICACIONES EN VÍA DE APREMIO.

Cuando el ejercicio de las potestades administrativas haya de traducirse en una modificación del contenido de los asientos del Registro de la Propiedad, se ha de sujetar, además de a la propia legislación administrativa aplicable, a la legislación hipotecaria, que impone el filtro de la calificación en los términos previstos por los artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 99 de su Reglamento, habida cuenta de los efectos que la propia legislación hipotecaria atribuye a aquellos asientos, y entre los que se encuentran no solo los derivados del principio de legitimación registral (con los que solo en parte se confunden los resultantes de la presunción de validez del artículo 39.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas), sino también otros distintos y superiores, también con transcendencia «*erga omnes*», como el de inoponibilidad de lo no inscrito y el de fe pública registral de los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria (*vid.* resoluciones de 15 de enero de 2013 y 11 de julio de 2014, o entre las más recientes la de 6 de febrero de 2019).

Como hemos visto, en el presente caso el registrador cuestiona la idoneidad del procedimiento de adjudicación directa seguido para la realización del bien, al considerar que en el supuesto de hecho de este expediente no concurre ninguna de las causas legales habilitantes de la adjudicación directa, como procedimiento excepcional frente a la regla general de la enajenación mediante subasta, al haber sido suprimida entre tales causas habilitantes la relativa a haber quedado desierta la subasta del bien, en virtud de la reforma del artículo 107 del Reglamento General de Recaudación en virtud del Real Decreto 1071/2017, de 29 de diciembre, reforma que estaba en vigor el día 25 de abril de 2018 en que se celebró la subasta y el día 5 de septiembre de 2018 en que se abrió el procedimiento de adjudicación directa. Discutiéndose, por tanto, la idoneidad o admisibilidad legal del procedimiento seguido, y siendo este extremo uno de los que conforme a las disposiciones y doctrina antes expuestos están sujetos a la calificación registral, no cabe sino desestimar este primer motivo de oposición a la calificación impugnada.

Señala el Preámbulo del Real Decreto 1071/2017 que «la adjudicación directa se elimina como procedimiento posterior y subsiguiente al procedimiento de subasta. Se trata de simplificar el procedimiento de enajenación para potenciar la concurrencia en el mismo, así como su transparencia y agilidad». Esta novedad se concreta en la nueva redacción del artículo 107, apartado 1, del Reglamento General de Recaudación. El debate se centra, en consecuencia, no tanto en el alcance y significado de la reforma en este punto, sino en la delimitación de

su eficacia temporal al discrepar sobre la interpretación que haya de darse al régimen transitorio incorporado a dicho Real Decreto. Se hace necesario, por tanto, analizar dicho régimen.

En cuanto al ámbito de la eficacia temporal del reiterado Real Decreto 1071/2017, de 29 de diciembre, se establece en su disposición final única que el mismo «entrará en vigor el día 1 de enero de 2018». Por su parte, la disposición transitoria tercera del Reglamento General de Recaudación, aprobado por el Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, establece en el párrafo segundo de su apartado 1 que «las actuaciones de enajenación de bienes continuarán rigiéndose por la normativa vigente antes de la entrada en vigor de este reglamento cuando el acuerdo de enajenación mediante subasta, la autorización para la enajenación por concurso o el inicio del trámite de adjudicación directa se hayan producido antes de la entrada en vigor de este reglamento». Finalmente, el citado Real Decreto 1071/2017 introduce en el mismo Reglamento General de Recaudación, a través del apartado 39 de su artículo único, una nueva disposición transitoria cuarta, conforme a la cual «las normas relativas al desarrollo del procedimiento de subasta a través del Portal de Subastas de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado se aplicarán a los procedimientos iniciados a partir del 1 de septiembre de 2018».

El hecho de que la adjudicación directa haya sido contemplada, hasta la reforma introducida por el Real Decreto 1071/2017, como un procedimiento alternativo a la subasta para el caso de que esta haya quedado desierta, no autoriza a confundirlo en modo alguno con el propio procedimiento de la subasta, por el mero hecho de compartir su condición de procedimientos de enajenación forzosa en un expediente de apremio. Como claramente resulta del preámbulo del citado Real Decreto «la adjudicación directa se elimina como procedimiento posterior y subsiguiente al procedimiento de subasta». Se trata de un procedimiento «posterior y subsiguiente» al procedimiento de subasta, es decir, claramente distinto de este. Así lo confirma también, destacando su autonomía en el plano del derecho transitorio como modos de enajenación distintos, el contenido de la disposición transitoria tercera, apartado 1, del Reglamento General de Recaudación, en su redacción originaria. Se distinguen, por tanto, con toda claridad, como fases distintas del procedimiento que pueden estar sujetas a regímenes normativos diferentes y sucesivos en función de sus respectivas fechas de vigencia, la subasta y la enajenación directa (además del concurso). Esta disposición transitoria tercera del Reglamento General de Recaudación, al igual que sucede en el caso de las transitorias del Código civil, debe guiar como criterio interpretativo las cuestiones de derecho transitorio no contempladas específicamente por el Real Decreto 1071/2017. Criterio jurisprudencial de interpretación estricta de los supuestos de excepción a la regla general de la enajenación mediante subasta que choca frontalmente con la interpretación extensiva postulada por el recurrente de la reiterada disposición transitoria cuarta, interpretación que, por ser claramente contraria a su tenor literal y a su explícita finalidad (reflejada en el Preámbulo del Real Decreto 1071/2017), desborda claramente el ámbito de aplicación propio de la misma.

Igual suerte desestimatoria debe correr el recurso en relación con las otras dos líneas argumentales esgrimidas en el escrito de interposición. Así en cuanto al argumento de que la supresión del procedimiento de enajenación directa responde en la reforma al hecho de que las nuevas subastas electrónicas maximizan la concurrencia y así evitan las subastas desiertas, que por tanto no estarían a partir de la reforma contempladas en el Reglamento General de Recaudación,

se trata de un razonamiento que partiendo de una premisa correcta (el nuevo régimen de subastas electrónicas resultará más eficaz al aumentar la concurrencia y la transparencia), se apoya simultáneamente en otra que no lo es.

Finalmente entiende el recurrente, en contra de lo que resulta de la calificación impugnada (en la que se afirma que la adjudicación directa perjudica gravemente al deudor, sin generar un beneficio a la Hacienda Pública, favoreciendo únicamente al adjudicatario que adquiriría el bien por una cantidad muy inferior a su valor), que el deudor tiene garantizados sus derechos al poder intervenir en todo el procedimiento de apremio, «y en el caso de la adjudicación directa mediante la garantía de un precio mínimo de adjudicación (art. 107.4 RGR)». Pero tampoco esta afirmación se compadece ni con el contenido del título calificado, ni con el contenido real del precepto invocado en su apoyo, pues lo que establece la norma invocada es exactamente lo contrario de lo que se afirma en el recurso.

Por el contrario, conforme a la nueva redacción dada por el reiterado Real Decreto 1071/2017 al artículo 107 del Reglamento, una vez declarada desierta la subasta lo procedente, al no ser admisible acudir a la adjudicación directa, sería aplicar la previsión del artículo 109.1 del mismo, que de conformidad con el artículo 172.2 de la Ley General Tributaria, dispone que «cuando en el procedimiento de enajenación regulado en la anterior subsección no se hubieran adjudicado alguno o algunos de los bienes embargados, el órgano de recaudación competente podrá proponer de forma motivada al órgano competente su adjudicación a la Hacienda Pública en pago de las deudas no cubiertas» —o en caso de no entender procedente esta adjudicación a la Hacienda Pública, iniciar un nuevo procedimiento de enajenación a través de una nueva subasta, conforme al artículo 112.2 del Reglamento General de Recaudación—.

El artículo 25 de la Ley de Arrendamientos Urbanos establece para el caso de «venta de la vivienda arrendada» (también en caso de venta de fincas para uso distinto del de vivienda) que el arrendatario tendrá derecho de adquisición preferente sobre la misma, en las condiciones previstas en el mismo precepto legal. En los supuestos de transmisión judicial de una finca, se dan los derechos de tanteo y retracto establecidos en la Ley y que, por consiguiente, es necesario para su inscripción que se justifique haberse hecho las notificaciones oportunas para su ejercicio o, en otro caso, la manifestación de inexistencia de arrendamientos sobre la finca adjudicada. Dada la común condición de procedimiento de realización o ejecución forzosa que presenta el procedimiento de apremio por deudas tributarias de las que trae causa la adjudicación directa objeto del presente expediente, la doctrina sentada en las resoluciones de este Centro Directivo antes referidas, ha de considerarse aplicable igualmente, por identidad razón, a estos procedimientos de apremio.

Sin embargo, como también puso de relieve la citada resolución de 24 de marzo de 2017, y reiteraron las de 14 de septiembre y 11 de octubre de 2018, respecto de los contratos de arrendamiento concertados con posterioridad a la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas deberá tenerse en cuenta para determinar la existencia del derecho de retracto, si el arrendamiento ha tenido acceso o no al Registro de la Propiedad, puesto que de este extremo dependerá la continuación o no del arrendamiento tras la adjudicación de la finca. Consecuentemente con lo anterior y en cuanto al ejercicio de retracto, habrá que distinguir si el contrato de arrendamiento tuvo o no acceso al Registro de la Propiedad y si lo hizo «con anterioridad a los derechos determinantes de la resolución del

derecho del arrendador». Esto es, con anterioridad a la hipoteca o embargo que se ejecuta.

Ha de tenerse en cuenta que la doctrina expuesta no será aplicable cuando se trate de arrendamientos de vivienda suscritos antes de entrar en vigor (6 de junio de 2013) la reforma de la Ley de Arrendamientos Urbanos introducida por la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas. No obstante, cuando se trata de contratos de arrendamiento para un uso distinto del de vivienda el caso (no es el caso del presente expediente en el que el objeto del procedimiento de enajenación forzosa es una vivienda), tanto antes como después de la mencionada reforma de la Ley de Arrendamientos Urbanos, al no estar sometidos a un plazo mínimo imperativo, el arrendamiento se extinguirá en cualquier momento en que el derecho del arrendador quede resuelto como consecuencia de la ejecución, a menos que dicho arrendamiento constase inscrito en el Registro con anterioridad a la hipoteca que se ejecuta (*vid.* art. 29 de la Ley de Arrendamientos Urbanos).

Debe advertirse, no obstante, que la doctrina antes expuesta en relación con la interpretación de los artículos 13.1 y 7.2 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, en la redacción dada por la Ley 4/2013, de 4 de junio, se verá necesariamente afectada por la nueva reforma de dichos preceptos realizada por el Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler, que sin embargo no resulta aplicable al presente supuesto dado que la entrada en vigor de esta última disposición tuvo lugar el día 6 de marzo de 2019 (conforme a su disposición final tercera), fecha por tanto posterior al acuerdo de aprobación de la adjudicación directa aquí cuestionada que es de 8 de enero de 2019, lo que hace innecesario su análisis pormenorizado en este momento.

Resolución de 5-7-2019
(BOE 29-7-2019)
Registro de la Propiedad de Majadahonda, 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 de fe pública registral de los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria (*vid.* resoluciones de 15 de enero de 2013 y 11 de julio de 2014, o entre las más recientes la de 6 de febrero de 2019).

Como hemos visto, en el presente caso el registrador cuestiona la idoneidad del procedimiento de adjudicación directa seguido para la realización del bien, al considerar que en el supuesto de hecho de este expediente no concurre ninguna de las causas legales habilitantes de la adjudicación directa, como procedimiento excepcional frente a la regla general de la enajenación mediante subasta, al haber sido suprimida entre tales causas habilitantes la relativa a haber quedado desierta la subasta del bien, en virtud de la reforma del artículo 107 del Reglamento General de Recaudación en virtud del Real Decreto 1071/2017, de 29 de diciembre, reforma que estaba en vigor el día 25 de abril de 2018 en que se celebró la subasta y el día 5 de septiembre de 2018 en que se abrió el procedimiento de adjudicación directa. Discutiéndose, por tanto, la idoneidad o admisibilidad legal del procedimiento seguido, y siendo este extremo uno de los que conforme a las disposiciones y doctrina antes expuestos están sujetos a la calificación registral, no cabe sino desestimar este primer motivo de oposición a la calificación impugnada.

Señala el Preámbulo del Real Decreto 1071/2017 que «la adjudicación directa se elimina como procedimiento posterior y subsiguiente al procedimiento de subasta. Se trata de simplificar el procedimiento de enajenación para potenciar la concurrencia en el mismo, así como su transparencia y agilidad». Esta novedad se concreta en la nueva redacción del artículo 107, apartado 1, del Reglamento General de Recaudación. El debate se centra, en consecuencia, no tanto en el alcance y significado de la reforma en este punto, sino en la delimitación de su eficacia temporal al discrepar sobre la interpretación que haya de darse al régimen transitorio incorporado a dicho Real Decreto. Se hace necesario, por tanto, analizar dicho régimen.

En cuanto al ámbito de la eficacia temporal del reiterado Real Decreto 1071/2017, de 29 de diciembre, se establece en su disposición final única que el mismo «entrará en vigor el día 1 de enero de 2018». Por su parte, la disposición transitoria tercera del Reglamento General de Recaudación, aprobado por el Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, establece en el párrafo segundo de su apartado 1 que «las actuaciones de enajenación de bienes continuarán rigiéndose por la normativa vigente antes de la entrada en vigor de este reglamento cuando el acuerdo de enajenación mediante subasta, la autorización para la enajenación por concurso o el inicio del trámite de adjudicación directa se hayan producido antes de la entrada en vigor de este reglamento». Finalmente, el citado Real Decreto 1071/2017 introduce en el mismo Reglamento General de Recaudación, a través del apartado 39 de su artículo único, una nueva disposición transitoria cuarta, conforme a la cual «las normas relativas al desarrollo del procedimiento de subasta a través del Portal de Subastas de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado se aplicarán a los procedimientos iniciados a partir del 1 de septiembre de 2018».

El hecho de que la adjudicación directa haya sido contemplada, hasta la reforma introducida por el Real Decreto 1071/2017, como un procedimiento alternativo a la subasta para el caso de que esta haya quedado desierta, no autoriza a confundirlo en modo alguno con el propio procedimiento de la subasta, por el mero hecho de compartir su condición de procedimientos de enajenación forzosa en un expediente de apremio. Como claramente resulta del preámbulo del citado Real Decreto «la adjudicación directa se elimina como procedimiento posterior y subsiguiente al procedimiento de subasta». Se trata de un procedimiento «posterior y subsiguiente» al procedimiento de subasta, es decir, claramente distinto de este. Así lo confirma también, destacando su autonomía en el plano del derecho

transitorio como modos de enajenación distintos, el contenido de la disposición transitoria tercera, apartado 1, del Reglamento General de Recaudación, en su redacción originaria. Se distinguen, por tanto, con toda claridad, como fases distintas del procedimiento que pueden estar sujetas a regímenes normativos diferentes y sucesivos en función de sus respectivas fechas de vigencia, la subasta y la enajenación directa (además del concurso). Esta disposición transitoria tercera del Reglamento General de Recaudación, al igual que sucede en el caso de las transitorias del Código civil, debe guiar como criterio interpretativo las cuestiones de derecho transitorio no contempladas específicamente por el Real Decreto 1071/2017. Criterio jurisprudencial de interpretación estricta de los supuestos de excepción a la regla general de la enajenación mediante subasta que choca frontalmente con la interpretación extensiva postulada por el recurrente de la reiterada disposición transitoria cuarta, interpretación que, por ser claramente contraria a su tenor literal y a su explícita finalidad (reflejada en el Preámbulo del Real Decreto 1071/2017), desborda claramente el ámbito de aplicación propio de la misma.

Igual suerte desestimatoria debe correr el recurso en relación con las otras dos líneas argumentales esgrimidas en el escrito de interposición. Así en cuanto al argumento de que la supresión del procedimiento de enajenación directa responde en la reforma al hecho de que las nuevas subastas electrónicas maximizan la concurrencia y así evitan las subastas desiertas, que por tanto no estarían a partir de la reforma contempladas en el Reglamento General de Recaudación, se trata de un razonamiento que partiendo de una premisa correcta (el nuevo régimen de subastas electrónicas resultará más eficaz al aumentar la concurrencia y la transparencia), se apoya simultáneamente en otra que no lo es.

Finalmente entiende el recurrente, en contra de lo que resulta de la calificación impugnada (en la que se afirma que la adjudicación directa perjudica gravemente al deudor, sin generar un beneficio a la Hacienda Pública, favoreciendo únicamente al adjudicatario que adquiriría el bien por una cantidad muy inferior a su valor), que el deudor tiene garantizados sus derechos al poder intervenir en todo el procedimiento de apremio, «y en el caso de la adjudicación directa mediante la garantía de un precio mínimo de adjudicación (art. 107.4 RGR)». Pero tampoco esta afirmación se compadece ni con el contenido del título calificado, ni con el contenido real del precepto invocado en su apoyo, pues lo que establece la norma invocada es exactamente lo contrario de lo que se afirma en el recurso.

Por el contrario, conforme a la nueva redacción dada por el reiterado Real Decreto 1071/2017 al artículo 107 del Reglamento, una vez declarada desierta la subasta lo procedente, al no ser admisible acudir a la adjudicación directa, sería aplicar la previsión del artículo 109.1 del mismo, que de conformidad con el artículo 172.2 de la Ley General Tributaria, dispone que «cuando en el procedimiento de enajenación regulado en la anterior subsección no se hubieran adjudicado alguno o algunos de los bienes embargados, el órgano de recaudación competente podrá proponer de forma motivada al órgano competente su adjudicación a la Hacienda Pública en pago de las deudas no cubiertas» —o en caso de no entender procedente esta adjudicación a la Hacienda Pública, iniciar un nuevo procedimiento de enajenación a través de una nueva subasta, conforme al artículo 112.2 del Reglamento General de Recaudación—.

Resolución de 5-7-2019
(BOE 29-7-2019)
Registro de la Propiedad de El Rosario-Área Metropolitana de Santa Cruz de Tenerife.

PROCEDIMIENTO DE APREMIO ADMINISTRATIVO POR DEUDAS A LA HACIENDA PÚBLICA: NUEVO RÉGIMEN DE ADJUDICACIÓN TRAS EL RD 1071/2017.

Cuando el ejercicio de las potestades administrativas haya de traducirse en una modificación del contenido de los asientos del Registro de la Propiedad, se ha de sujetar, además de a la propia legislación administrativa aplicable, a la legislación hipotecaria, que impone el filtro de la calificación en los términos previstos por los artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 99 de su Reglamento, habida cuenta de los efectos que la propia legislación hipotecaria atribuye a aquellos asientos, y entre los que se encuentran no solo los derivados del principio de legitimación registral (con los que solo en parte se confunden los resultantes de la presunción de validez del artículo 39.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas), sino también otros distintos y superiores, también con transcendencia «*erga omnes*», como el de inoponibilidad de lo no inscrito y el de fe pública registral de los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria (*vid.* resoluciones de 15 de enero de 2013 y 11 de julio de 2014, o entre las más recientes la de 6 de febrero de 2019).

Como hemos visto, en el presente caso el registrador cuestiona la idoneidad del procedimiento de adjudicación directa seguido para la realización del bien, al considerar que en el supuesto de hecho de este expediente no concurre ninguna de las causas legales habilitantes de la adjudicación directa, como procedimiento excepcional frente a la regla general de la enajenación mediante subasta, al haber sido suprimida entre tales causas habilitantes la relativa a haber quedado desierta la subasta del bien, en virtud de la reforma del artículo 107 del Reglamento General de Recaudación en virtud del Real Decreto 1071/2017, de 29 de diciembre, reforma que estaba en vigor el día 25 de abril de 2018 en que se celebró la subasta y el día 5 de septiembre de 2018 en que se abrió el procedimiento de adjudicación directa. Discutiéndose, por tanto, la idoneidad o admisibilidad legal del procedimiento seguido, y siendo este extremo uno de los que conforme a las disposiciones y doctrina antes expuestos están sujetos a la calificación registral, no cabe sino desestimar este primer motivo de oposición a la calificación impugnada.

Señala el Preámbulo del Real Decreto 1071/2017 que «la adjudicación directa se elimina como procedimiento posterior y subsiguiente al procedimiento de subasta. Se trata de simplificar el procedimiento de enajenación para potenciar la concurrencia en el mismo, así como su transparencia y agilidad». Esta novedad se concreta en la nueva redacción del artículo 107, apartado 1, del Reglamento General de Recaudación. El debate se centra, en consecuencia, no tanto en el alcance y significado de la reforma en este punto, sino en la delimitación de su eficacia temporal al discrepar sobre la interpretación que haya de darse al régimen transitorio incorporado a dicho Real Decreto. Se hace necesario, por tanto, analizar dicho régimen.

En cuanto al ámbito de la eficacia temporal del reiterado Real Decreto 1071/2017, de 29 de diciembre, se establece en su disposición final única que el mismo «entrará en vigor el día 1 de enero de 2018». Por su parte, la disposición

transitoria tercera del Reglamento General de Recaudación, aprobado por el Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, establece en el párrafo segundo de su apartado 1 que «las actuaciones de enajenación de bienes continuarán rigiéndose por la normativa vigente antes de la entrada en vigor de este reglamento cuando el acuerdo de enajenación mediante subasta, la autorización para la enajenación por concurso o el inicio del trámite de adjudicación directa se hayan producido antes de la entrada en vigor de este reglamento». Finalmente, el citado Real Decreto 1071/2017 introduce en el mismo Reglamento General de Recaudación, a través del apartado 39 de su artículo único, una nueva disposición transitoria cuarta, conforme a la cual «las normas relativas al desarrollo del procedimiento de subasta a través del Portal de Subastas de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado se aplicarán a los procedimientos iniciados a partir del 1 de septiembre de 2018».

El hecho de que la adjudicación directa haya sido contemplada, hasta la reforma introducida por el Real Decreto 1071/2017, como un procedimiento alternativo a la subasta para el caso de que esta haya quedado desierta, no autoriza a confundirlo en modo alguno con el propio procedimiento de la subasta, por el mero hecho de compartir su condición de procedimientos de enajenación forzosa en un expediente de apremio. Como claramente resulta del preámbulo del citado Real Decreto «la adjudicación directa se elimina como procedimiento posterior y subsiguiente al procedimiento de subasta». Se trata de un procedimiento «posterior y subsiguiente» al procedimiento de subasta, es decir, claramente distinto de este. Así lo confirma también, destacando su autonomía en el plano del derecho transitorio como modos de enajenación distintos, el contenido de la disposición transitoria tercera, apartado 1, del Reglamento General de Recaudación, en su redacción originaria. Se distinguen, por tanto, con toda claridad, como fases distintas del procedimiento que pueden estar sujetas a regímenes normativos diferentes y sucesivos en función de sus respectivas fechas de vigencia, la subasta y la enajenación directa (además del concurso). Esta disposición transitoria tercera del Reglamento General de Recaudación, al igual que sucede en el caso de las transitorias del Código civil, debe guiar como criterio interpretativo las cuestiones de derecho transitorio no contempladas específicamente por el Real Decreto 1071/2017. Criterio jurisprudencial de interpretación estricta de los supuestos de excepción a la regla general de la enajenación mediante subasta que choca frontalmente con la interpretación extensiva postulada por el recurrente de la reiterada disposición transitoria cuarta, interpretación que, por ser claramente contraria a su tenor literal y a su explícita finalidad (reflejada en el Preámbulo del Real Decreto 1071/2017), desborda claramente el ámbito de aplicación propio de la misma.

Igual suerte desestimatoria debe correr el recurso en relación con las otras dos líneas argumentales esgrimidas en el escrito de interposición. Así en cuanto al argumento de que la supresión del procedimiento de enajenación directa responde en la reforma al hecho de que las nuevas subastas electrónicas maximizan la concurrencia y así evitan las subastas desiertas, que por tanto no estarían a partir de la reforma contempladas en el Reglamento General de Recaudación, se trata de un razonamiento que partiendo de una premisa correcta (el nuevo régimen de subastas electrónicas resultará más eficaz al aumentar la concurrencia y la transparencia), se apoya simultáneamente en otra que no lo es.

Finalmente entiende el recurrente, en contra de lo que resulta de la calificación impugnada (en la que se afirma que la adjudicación directa perjudica gravemente al deudor, sin generar un beneficio a la Hacienda Pública, favoreciendo

únicamente al adjudicatario que adquiriría el bien por una cantidad muy inferior a su valor), que el deudor tiene garantizados sus derechos al poder intervenir en todo el procedimiento de apremio, «y en el caso de la adjudicación directa mediante la garantía de un precio mínimo de adjudicación (art. 107.4 RGR)». Pero tampoco esta afirmación se compadece ni con el contenido del título calificado, ni con el contenido real del precepto invocado en su apoyo, pues lo que establece la norma invocada es exactamente lo contrario de lo que se afirma en el recurso.

Por el contrario, conforme a la nueva redacción dada por el reiterado Real Decreto 1071/2017 al artículo 107 del Reglamento, una vez declarada desierta la subasta lo procedente, al no ser admisible acudir a la adjudicación directa, sería aplicar la previsión del artículo 109.1 del mismo, que de conformidad con el artículo 172.2 de la Ley General Tributaria, dispone que «cuando en el procedimiento de enajenación regulado en la anterior subsección no se hubieran adjudicado alguno o algunos de los bienes embargados, el órgano de recaudación competente podrá proponer de forma motivada al órgano competente su adjudicación a la Hacienda Pública en pago de las deudas no cubiertas» —o en caso de no entender procedente esta adjudicación a la Hacienda Pública, iniciar un nuevo procedimiento de enajenación a través de una nueva subasta, conforme al artículo 112.2 del Reglamento General de Recaudación—.

Resolución de 8-7-2019
(BOE 29-7-2019)
Registro de la Propiedad de Barcelona, número 14.

OBRA NUEVA: REQUISITOS. OBRA NUEVA: GEORREFERENCIACIÓN DE LA FINCA SOBRE LA QUE SE DECLARA LA OBRA.

En primer lugar debe recordarse la asentada doctrina de este Centro Directivo en lo que respecta al régimen de aplicación temporal de las normas reguladoras de la inscripción de edificaciones —cfr. resoluciones de 21 de enero y 1 de marzo de 2012—, declarando de esta forma que: «(…) las sucesivas redacciones legales en la materia (..), serán de aplicación a los documentos otorgados durante sus respectivos periodos de vigencia, aunque las correspondientes obras se hayan ejecutado en un momento anterior. Ahora bien, tratándose de escrituras autorizadas con anterioridad a la entrada en vigor de una determina norma de protección de legalidad urbanística pero presentadas en el Registro de la Propiedad durante su vigencia, debe exigir el registrador su aplicación, pues el objeto de su calificación se extiende a los requisitos exigidos para la inscripción».

Por otra parte, es doctrina reiterada de esta Dirección General (cfr. resoluciones de 10 de noviembre de 2016 y 19 de julio y 29 de noviembre de 2017) que respecto del aumento de superficie construida y número de plantas, lo que se exige legalmente para su constancia registral es que tal aumento conste declarado por su propietario con el cumplimiento de los requisitos urbanísticos en cada caso exigibles. Por tanto, de esta doctrina consolidada cabe deducir que para la declaración o modificación de una construcción basta que se haga constar la misma «en los títulos referentes al inmueble», tal y como prevé el artículo 202, sin que sea exigible un título o declaración específica —*vid.* resolución de 6 de abril de 2009—.

Es evidente que con independencia de que no se declare formalmente como tal, existe en el presente caso una modificación de las superficies edificadas que

resultan de la descripción registral por lo que resultan de aplicación, en principio, los requisitos de inscripción de las declaraciones de obra —artículo 202 de la Ley Hipotecaria, 28 de la Ley de Suelo y 45 y siguientes del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio—. Por lo que no puede compartirse en este punto la argumentación del recurrente. Respecto al requisito particular de expresar las coordenadas de la edificación, es cierto que este Centro Directivo ha defendido su improcedencia cuando no se alteraba la superficie ocupada por la misma, como ocurre en ampliación de obra por elevación de nuevas plantas sin alterar la superficie ocupada que consta en el asiento y que está bajo la salvaguarda judicial —cfr. resolución de 6 de febrero de 2017—, sin embargo, de los datos del presente expediente no resulta que concurra dicha circunstancia.

Respecto al defecto mantenido por la registradora en cuanto a la discordancia de la superficie construida por la presencia de patios de luces, terrazas o zonas comunes debe destacarse en este punto que la calificación del registrador queda limitada a la exigencia de los requisitos impuestos por los artículos 28 de la Ley de suelo y 45 y siguientes del Reglamento antes citado. Por lo que acreditada la superficie construida de acuerdo con el citado precepto no puede el registrador pretender cuestionar dicha realidad o acreditación, pues o bien se trata de un ámbito de competencia técnica, o simplemente resultan acreditados a efectos registrales a través de alguno de dichos medios legales de prueba de carácter alternativo. Lo que ocurre en el presente caso, que permite analizar el segundo de los defectos relacionado con el primero, es que la descripción de las nuevas superficies construidas no resulta acreditada por ninguno de los medios citados.

La cuestión de la previa georreferenciación de la finca en la que se ubica una construcción ha sido tratada en reiteradas ocasiones por esta Dirección General (cfr. «Vistos»), cuya doctrina procede reiterar ahora. Como es doctrina reiterada de este Centro Directivo, para inscribir cualquier edificación, nueva o antigua, cuya declaración documental y solicitud de inscripción se presente en el Registro de la Propiedad a partir del 1 de noviembre de 2015, fecha de la plena entrada en vigor de la Ley 13/2015, será requisito, en todo caso que la porción de suelo ocupada habrá de estar identificada mediante sus coordenadas de referenciación geográfica.

Cuando la finca no tiene previamente inscrita su georreferenciación, tal análisis geométrico espacial resultará difícil en ocasiones o imposible en otras, y puede no llegar a disipar las dudas acerca de si la concreta edificación declarada está o no efectivamente ubicada en su totalidad dentro de la finca sobre la que se declara. Con carácter general, la obligada georreferenciación de la superficie ocupada por cualquier edificación, no requiere, desde el punto de vista procedimental, que se tramite un procedimiento jurídico especial con notificación y citaciones a colindantes y posibles terceros afectados, salvo que el registrador en su calificación sí lo estimare preciso para disipar tales dudas fundadas acerca de que la edificación se encuentre efectivamente incluida en la finca sobre la que se declara.

Así, la circunstancia de ubicarse la edificación en los límites de la parcela o, aún más, ocupando la totalidad de la misma, es relevante a la hora de determinar si la misma puede extralimitarse de la finca registral desde el punto de vista espacial o geométrico, como ya se puso de manifiesto por esta Dirección General en las resoluciones de 6 y 28 de septiembre de 2016 o 4 de enero de 2019. Por todo lo expuesto, en el presente caso, está debidamente justificada la duda de extralimitación de la finca que se expresa en la calificación y que se aprecia de forma evidente en la documentación gráfica incorporada al título, al

coincidir las coordenadas de la edificación con las de la parcela según el informe técnico y el informe de validación gráfica incorporado a la escritura de 30 de noviembre de 2018.

Resolución de 8-7-2019
(BOE 29-7-2019)
Registro de la Propiedad de Arganda del Rey, número 2.

PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN REGISTRAL: EXISTENCIA DE TRANSMISIONES QUE NO HAN ACCEDIDO AL REGISTRO.

La resolución de este Centro Directivo de 21 de junio de 1999, reiterando el criterio de la de 18 de septiembre de 1989, señaló que «no cabe acceder a la inscripción al amparo de la legitimación registral del transmitente prescindiendo, frente a las exigencias del tracto sucesivo sustantivo, de las vicisitudes anteriores a la venta, pues si al Registro tan solo pueden acceder los actos válidos (art. 18 LH), esa validez no viene determinada por el pronunciamiento registral legitimador, sino por la existencia de verdadero poder dispositivo en el transmitente. Cierto que este poder se presume a todos los efectos legales (art. 38 LH), cuando así resulta del contenido tabular (y dicha presunción puede, mediante el juego del artículo 34 de la misma Ley determinar el mantenimiento de la adquisición aun cuando fuera inexacta), pero el Registrador debe calificar no solo por lo que resulte del Registro, sino también atendiendo al contenido del título presentado, sin que pueda prescindir del reconocimiento de la inexactitud de aquella presunción cuando se verifica por quien puede ser favorecido por ella. Así lo imponen (cfr. resolución de 22 de enero de 1999), la doctrina de los actos propios, que puede operar registralmente en virtud de la eficacia rectificatoria que tiene el consentimiento del propio titular registral [art. 40, d), LH], como la necesidad de cerrar el Registro a actos cuya validez queda jurídicamente comprometida por las propias manifestaciones de los otorgantes, que deben ser tenidas en cuenta en la calificación registral».

Por tanto, la que fue titular registral de la finca está ella misma cuestionando y desvirtuando su legitimación registral para disponer de esos 600 metros cuadrados, al declarar y reconocer que se han producido dos transmisiones intermedias que no se han inscrito, una por la que cedió la propiedad de esa porción al Ayuntamiento y otra por la que la habría recuperado por reversión.

Resolución de 8-7-2019
(BOE 29-7-2019)
Registro de la Propiedad de Chinchón.

OBRA NUEVA POR ANTIGÜEDAD: REQUISITOS.

El artículo 28.4 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, exige la concurrencia de dos requisitos: a) que se trate de construcciones, edificaciones e instalaciones respecto de las cuales ya no proceda adoptar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su demolición, por

haber transcurrido los plazos de prescripción correspondientes; y b) que se acompañe de certificación expedida por el Ayuntamiento o por técnico competente, acta notarial descriptiva de la finca o certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca, en las que conste la terminación de la obra en fecha determinada y su descripción coincidente con el título.

No se ha establecido por el legislador ninguna preferencia ni jerarquía entre los medios para probar la terminación de la obra en fecha determinada, sino que se ha limitado a hacer una enumeración de estos medios, que no han de entenderse como excluyentes entre sí, sino complementarios, si constan con la claridad y congruencia suficiente (*vid.* resolución de 10 de noviembre de 2011), al no prohibirse expresamente esta posibilidad por el legislador. Pues bien, en el caso objeto de este expediente, el informe pericial descriptivo de la obra emitido, con sus distintos departamentos, ha sido recogido en la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 5 de noviembre 2008, por lo que consta de una fecha fehaciente (la sentencia judicial) de un técnico competente (el perito judicial, arquitecto) en el que consta la descripción de la edificación en términos totalmente coincidentes con la nueva descripción que resulta del título. Además, se incorpora a la escritura una certificación municipal en la que expresamente figura que el inmueble en cuestión, que se describe por su calle y número, titulares y antigua referencia catastral, no tiene abierto ningún expediente sancionador en materia urbanística o expediente de restauración de la legalidad urbanística en los últimos diez años.

Los efectos del incumplimiento de la obligación de aportar la referencia catastral (o de la falta de coincidencia de la aportada con la finca registral) se regulan específicamente bajo este enunciado en el artículo 44 del texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo. La claridad con la que se pronuncia esta disposición no deja lugar a interpretación alguna sobre la posibilidad de inscribir el documento, aunque no se haya aportado documento acreditativo de la referencia catastral o el aportado no sea coincidente.

Es doctrina reiterada de esta Dirección General (*vid.*, por todas, la resolución de 16 de mayo de 2019), que para inscribir cualquier edificación, nueva o antigua, cuya declaración documental y solicitud de inscripción se presente en el Registro de la Propiedad a partir del 1 de noviembre de 2015, fecha de la plena entrada en vigor de la Ley 13/2015, será requisito, en todo caso que la porción de suelo ocupada haya de estar identificada mediante sus coordenadas de referenciación geográfica.

Resolución de 8-7-2019
(BOE 29-7-2019)
Registro de la Propiedad de Granada, número 6.

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: EL PROCEDIMIENTO SE HA DE DIRIGIR CONTRA EL TITULAR REGISTRAL.

Conviene recordar que es doctrina reiterada de este Centro Directivo que las exigencias del principio de tracto sucesivo confirman la postura del registrador toda vez que el procedimiento del que dimana el mandamiento calificado no aparece entablado contra el titular registral, sin que pudiera alegarse en contra la limitación del ámbito calificador respecto de los mandamientos judiciales,

pues, el principio constitucional de protección jurisdiccional de los derechos e intereses legítimos, impide extender las consecuencias de un proceso a quienes no han tenido parte en él ni han intervenido en manera alguna, exigencia esta que en el ámbito registral determina la imposibilidad de practicar asientos que comprometen una titularidad inscrita, o bien consta el consentimiento de su titular, o que este haya sido parte en el procedimiento de que se trata; de ahí que el artículo 100 del Reglamento Hipotecario incluya los obstáculos que surjan del Registro.

Esta exigencia impide, en el ámbito registral, practicar asientos que comprometan una titularidad inscrita (que está bajo la salvaguardia de los tribunales, conforme al art. 1 LH) si no consta el consentimiento de su titular o que este directamente o a través de sus órganos de administración y representación haya sido parte en el procedimiento de que se trata.

Resolución de 8-7-2019
(BOE 29-7-2019)
Registro de la Propiedad de Vélez-Málaga, 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 de fe pública registral de los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria (*vid.* resoluciones de 15 de enero de 2013 y 11 de julio de 2014, o entre las más recientes la de 6 de febrero de 2019).

Como hemos visto, en el presente caso el registrador cuestiona la idoneidad del procedimiento de adjudicación directa seguido para la realización del bien, al considerar que en el supuesto de hecho de este expediente no concurre ninguna de las causas legales habilitantes de la adjudicación directa, como procedimiento excepcional frente a la regla general de la enajenación mediante subasta, al haber sido suprimida entre tales causas habilitantes la relativa a haber quedado desierta la subasta del bien, en virtud de la reforma del artículo 107 del Reglamento General de Recaudación en virtud del Real Decreto 1071/2017, de 29 de diciembre, reforma que estaba en vigor el día 25 de abril de 2018 en que se celebró la subasta y el día 5 de septiembre de 2018 en que se abrió el procedimiento de adjudicación directa. Discutiéndose, por tanto, la idoneidad o admisibilidad legal del procedimiento seguido, y siendo este extremo uno de los que conforme a las disposiciones y doctrina antes expuestos están sujetos a la

calificación registral, no cabe sino desestimar este primer motivo de oposición a la calificación impugnada.

Señala el Preámbulo del Real Decreto 1071/2017 que «la adjudicación directa se elimina como procedimiento posterior y subsiguiente al procedimiento de subasta. Se trata de simplificar el procedimiento de enajenación para potenciar la concurrencia en el mismo, así como su transparencia y agilidad». Esta novedad se concreta en la nueva redacción del artículo 107, apartado 1, del Reglamento General de Recaudación. El debate se centra, en consecuencia, no tanto en el alcance y significado de la reforma en este punto, sino en la delimitación de su eficacia temporal al discrepar sobre la interpretación que haya de darse al régimen transitorio incorporado a dicho Real Decreto. Se hace necesario, por tanto, analizar dicho régimen.

En cuanto al ámbito de la eficacia temporal del reiterado Real Decreto 1071/2017, de 29 de diciembre, se establece en su disposición final única que el mismo «entrará en vigor el día 1 de enero de 2018». Por su parte, la disposición transitoria tercera del Reglamento General de Recaudación, aprobado por el Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, establece en el párrafo segundo de su apartado 1 que «las actuaciones de enajenación de bienes continuarán rigiéndose por la normativa vigente antes de la entrada en vigor de este reglamento cuando el acuerdo de enajenación mediante subasta, la autorización para la enajenación por concurso o el inicio del trámite de adjudicación directa se hayan producido antes de la entrada en vigor de este reglamento». Finalmente, el citado Real Decreto 1071/2017 introduce en el mismo Reglamento General de Recaudación, a través del apartado 39 de su artículo único, una nueva disposición transitoria cuarta, conforme a la cual «las normas relativas al desarrollo del procedimiento de subasta a través del Portal de Subastas de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado se aplicarán a los procedimientos iniciados a partir del 1 de septiembre de 2018».

El hecho de que la adjudicación directa haya sido contemplada, hasta la reforma introducida por el Real Decreto 1071/2017, como un procedimiento alternativo a la subasta para el caso de que esta haya quedado desierta, no autoriza a confundirlo en modo alguno con el propio procedimiento de la subasta, por el mero hecho de compartir su condición de procedimientos de enajenación forzosa en un expediente de apremio. Como claramente resulta del preámbulo del citado Real Decreto «la adjudicación directa se elimina como procedimiento posterior y subsiguiente al procedimiento de subasta». Se trata de un procedimiento «posterior y subsiguiente» al procedimiento de subasta, es decir, claramente distinto de este. Así lo confirma también, destacando su autonomía en el plano del derecho transitorio como modos de enajenación distintos, el contenido de la disposición transitoria tercera, apartado 1, del Reglamento General de Recaudación, en su redacción originaria. Se distinguen, por tanto, con toda claridad, como fases distintas del procedimiento que pueden estar sujetas a regímenes normativos diferentes y sucesivos en función de sus respectivas fechas de vigencia, la subasta y la enajenación directa (además del concurso). Esta disposición transitoria tercera del Reglamento General de Recaudación, al igual que sucede en el caso de las transitorias del Código civil, debe guiar como criterio interpretativo las cuestiones de derecho transitorio no contempladas específicamente por el Real Decreto 1071/2017. Criterio jurisprudencial de interpretación estricta de los supuestos de excepción a la regla general de la enajenación mediante subasta que choca frontalmente con la interpretación extensiva postulada por el recurrente de la reiterada disposición transitoria cuarta, interpretación que, por ser claramente contraria a su

tenor literal y a su explícita finalidad (reflejada en el Preámbulo del Real Decreto 1071/2017), desborda claramente el ámbito de aplicación propio de la misma.

Igual suerte desestimatoria debe correr el recurso en relación con las otras dos líneas argumentales esgrimidas en el escrito de interposición. Así en cuanto al argumento de que la supresión del procedimiento de enajenación directa responde en la reforma al hecho de que las nuevas subastas electrónicas maximizan la concurrencia y así evitan las subastas desiertas, que por tanto no estarían a partir de la reforma contempladas en el Reglamento General de Recaudación, se trata de un razonamiento que partiendo de una premisa correcta (el nuevo régimen de subastas electrónicas resultará más eficaz al aumentar la concurrencia y la transparencia), se apoya simultáneamente en otra que no lo es.

Finalmente entiende el recurrente, en contra de lo que resulta de la calificación impugnada (en la que se afirma que la adjudicación directa perjudica gravemente al deudor, sin generar un beneficio a la Hacienda Pública, favoreciendo únicamente al adjudicatario que adquiriría el bien por una cantidad muy inferior a su valor), que el deudor tiene garantizados sus derechos al poder intervenir en todo el procedimiento de apremio, «y en el caso de la adjudicación directa mediante la garantía de un precio mínimo de adjudicación (art. 107.4 RGR)». Pero tampoco esta afirmación se compadece ni con el contenido del título calificado, ni con el contenido real del precepto invocado en su apoyo, pues lo que establece la norma invocada es exactamente lo contrario de lo que se afirma en el recurso.

Por el contrario, conforme a la nueva redacción dada por el reiterado Real Decreto 1071/2017 al artículo 107 del Reglamento, una vez declarada desierta la subasta lo procedente, al no ser admisible acudir a la adjudicación directa, sería aplicar la previsión del artículo 109.1 del mismo, que de conformidad con el artículo 172.2 de la Ley General Tributaria, dispone que «cuando en el procedimiento de enajenación regulado en la anterior subsección no se hubieran adjudicado alguno o algunos de los bienes embargados, el órgano de recaudación competente podrá proponer de forma motivada al órgano competente su adjudicación a la Hacienda Pública en pago de las deudas no cubiertas» —o en caso de no entender procedente esta adjudicación a la Hacienda Pública, iniciar un nuevo procedimiento de enajenación a través de una nueva subasta, conforme al artículo 112.2 del Reglamento General de Recaudación—.

Registro Mercantil y Bienes Muebles

por Ana M.ª DEL VALLE HERNÁNDEZ

Resolución de 8-5-2019.
(BOE 1-6-2019)
Registro Mercantil de Valencia, número V.

CUENTAS ANUALES. CIERRE REGISTRAL.

De conformidad con reiteradísima doctrina del Centro Directivo 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 el nombramiento de un auditor designado voluntariamente. El recurrente discute la prevalencia del auditor designado a instancia de socio minoritario sobre el designado por la sociedad con carácter voluntario, cuestión que se encuentra en sede judicial. Pero la Dirección General no entra a pronunciarse sobre este punto puesto que el recurso debe ceñirse a la calificación efectuada por el registrador.

Resolución de 9-5-2019
(BOE 1-6-2019)
Registro Mercantil de Madrid, número X.

PARTICIPACIONES. TRANSMISIÓN FORZOSA. VALORACIÓN.

Se trata de una cláusula estatutaria por la que, en el caso de que se notifique a la sociedad el inicio de un procedimiento de embargo de las participaciones de un socio que pudiera desembocar en la ejecución forzosa de las mismas, la sociedad o en su defecto los socios pueden adquirirlas, y se establece como precio su valor razonable, entendiéndose como tal el valor contable que resulte del último balance aprobado por la junta. El Centro Directivo señala que, conforme a la resolución de 15 de noviembre de 2016, no existe ninguna norma que prohíba este pacto en las transmisiones voluntarias por actos *inter vivos*. Se reconoce que en resoluciones anteriores, tanto para acciones como para participaciones, no se consideró admisible por no ser equiparable el valor según balance al valor real o razonable. Sin embargo, en resoluciones posteriores, se ha admitido la inscripción de cláusulas de valoración aun cuando no desemboquen en una coincidencia con el valor razonable determinado por auditor de cuentas, por entender que no rebasan los límites generales de la autonomía de la voluntad y, en caso de que pudiesen implicar para el socio una vinculación excesiva o abusiva o un perjuicio para terceros, quedará a salvo el eventual control judicial de este extremo, atendiendo a las circunstancias concretas de cada caso. Añade que, si el acuerdo sobre la referida disposición estatutaria ha sido adoptado por unanimidad de todos los socios, se cumple el requisito establecido en el 175.2.b) RRM para la inscripción del «pacto unánime de los socios de los criterios y sistemas para la determinación del valor razonable de las participaciones sociales previstas para el caso de transmisiones *inter vivos* o *mortis causa*». Por su parte, el régimen legal de la transmisión forzosa de las participaciones establecido en el artículo 109 LSC no impide que, en base al principio de autonomía de la voluntad (art. 28 LSC), puedan prevenirse en los estatutos sistemas alternativos como el de que, en caso de inicio de un procedimiento de embargo, en una fase anterior a la suspensión del remate o adjudicación, se atribuya a la sociedad y a los socios el derecho de adquirir tales participaciones por su valor razonable (entendiéndose por tal el contable antes señalado); y que, en defecto de ejercicio de tal derecho de adquisición, pueda la junta general adoptar el acuerdo de excluir al socio afectado por el inicio de ese procedimiento de embargo de sus participaciones, con la consiguiente amortización de las mismas por ese valor razonable. El precio de la transmisión o la cuota de liquidación del socio excluido sustituyen a las participaciones sociales cuyo embargo se pretendía iniciar. Se

trata de evitar el ingreso de nuevos socios. Y ello no resulta incompatible con las normas procedimentales que tienen un carácter subordinado.

Resolución de 16-5-2019
(BOE 13-6-2019)
Registro Mercantil de Córdoba.

ANOTACIÓN PREVENTIVA. *NUMERUS CLAUSUS*.

Nuestro sistema de anotaciones preventivas es «*numerus clausus*». No cabe extender este asiento en los supuestos que no están previstos por las leyes, en los que la resolución judicial firme, posteriormente recaída, no puede producir el resultado de incorporar un hecho, acto o negocio susceptible de ser directamente inscribible. No cabe entonces practicar la anotación de una denuncia en el Juzgado de lo Penal como medida cautelar tendente a evitar la venta de determinados bienes de la sociedad. El Registro Mercantil, no es un registro de bienes, sino que tiene por objeto la inscripción de personas jurídicas y empresarios individuales.

Resolución de 17-5-2019
(BOE 13-6-2019)
Registro Mercantil de Almería

RECURSO. CONSULTA A LA DIRECCIÓN GENERAL.

No se practica la inscripción del nombramiento de un auditor de cuentas designado por la sociedad pues existe una anotación en la hoja social al haber elevado el registrador una consulta a la DGRN, conforme a los artículos 273 de la Ley Hipotecaria y el artículo 481 RH sobre quién debe aceptar el cargo de auditor, el nombrado por el registrador en un expediente instado por socio minoritario o el designado por la sociedad. Resuelve el Centro Directivo que el objeto del recurso debe limitarse a la calificación efectuada por el registrador y es correcto suspender la inscripción, dada la situación registral al tiempo de emitirla. No pueden ser objeto del recurso las vicisitudes del procedimiento de designación de auditor a instancia de la minoría.

Resolución de 23-5-2019.
(BOE 13-6-2019)
Registro Mercantil de Madrid, número I.

PARTICIPACIONES. TRANSMISIÓN FORZOSA. VALORACIÓN. EXCLUSIÓN DERECHO VOTO.

Repite la doctrina expresada en la resolución de 9 de abril de 2019: Se trata de una cláusula estatutaria por la que, en el caso de que se notifique a la sociedad el inicio de un procedimiento de embargo de las participaciones de un socio que pudiera desembocar en la ejecución forzosa de las mismas, la sociedad o en su defecto los socios pueden adquirirlas, y se establece como precio su valor razonable, entendiéndose como tal el valor contable que resulte del último balance aprobado por la junta. El Centro Directivo señala que, conforme a la resolución de 15 de

noviembre de 2016, no existe ninguna norma que prohíba este pacto en las transmisiones voluntarias por actos *inter vivos*. Se reconoce que en resoluciones anteriores, tanto para acciones como para participaciones, no se consideró admisible por no ser equiparable el valor según balance al valor real o razonable. Sin embargo, en resoluciones posteriores, se ha admitido la inscripción de cláusulas de valoración aun cuando no desemboquen en una coincidencia con el valor razonable determinado por auditor de cuentas, por entender que no rebasan los límites generales de la autonomía de la voluntad y, en caso de que pudiesen implicar para el socio una vinculación excesiva o abusiva o un perjuicio para terceros, quedará a salvo el eventual control judicial de este extremo, atendiendo a las circunstancias concretas de cada caso. Añade que, si el acuerdo sobre la referida disposición estatutaria ha sido adoptado por unanimidad de todos los socios, se cumple el requisito establecido en el 175.2.b) RRM para la inscripción del «pacto unánime de los socios de los criterios y sistemas para la determinación del valor razonable de las participaciones sociales previstas para el caso de transmisiones *inter vivos* o *mortis causa*». Por su parte, el régimen legal de la transmisión forzosa de las participaciones establecido en el artículo 109 LSC no impide que, en base al principio de autonomía de la voluntad (art. 28 LSC), puedan prevenirse en los estatutos sistemas alternativos como el de que, en caso de inicio de un procedimiento de embargo, en una fase anterior a la suspensión del remate o adjudicación, se atribuya a la sociedad y a los socios el derecho de adquirir tales participaciones por su valor razonable (entendiéndose por tal el contable antes señalado); y que, en defecto de ejercicio de tal derecho de adquisición, pueda la junta general adoptar el acuerdo de excluir al socio afectado por el inicio de ese procedimiento de embargo de sus participaciones, con la consiguiente amortización de las mismas por ese valor razonable. El precio de la transmisión o la cuota de liquidación del socio excluido sustituyen a las participaciones sociales cuyo embargo se pretendía iniciar. Se trata de evitar el ingreso de nuevos socios. Y ello no resulta incompatible con las normas procedimentales que tienen un carácter subordinado. Por otra parte, la resolución también considera inscribible la cláusula estatutaria por la cual se previene que, mientras las participaciones sociales afectadas por el embargo no sean transmitidas en la forma establecida en los mismos estatutos, tales participaciones no conferirán a su titular el ejercicio del voto en acuerdos que tengan por objeto decisiones que requieran de una mayoría reforzada según lo establecido en la Ley y en los estatutos, detrayéndose su participación del cómputo de votos a los efectos de *quórum* y mayorías establecidas, dado el margen de autonomía de la voluntad de los socios. La flexibilidad del régimen jurídico de la sociedades de responsabilidad limitada permite la creación de privilegios respecto del derecho de voto, así como participaciones sin voto, por lo que debe admitirse también que los socios configuren estatutariamente esta prohibición de ejercicio del voto, más allá de los supuestos de conflicto de intereses expresamente contemplados en al artículo 190 LSC.

Resolución de 5-6-2019.
(BOE 24-6-2019)
Registro Mercantil de Las Palmas de Gran Canaria, número II.

ACUERDOS SOCIALES. ANULACIÓN. AUMENTO.

Se trata de un acuerdo por el que se anula un aumento de capital inscrito. No se puede rebajar la cifra de capital inscrito en perjuicio de terceros sin

respetar los requisitos que, para su protección, establece la Ley para la reducción del capital según el procedimiento que se utilice: reducción por pérdidas (arts. 320 y sigs. LSC las derivadas de esa «reserva negativa», con verificación del balance por auditor); reducción por restitución de aportaciones (arts. 329-331, el socio responde de la diferencia como si se tratara de una devolución); o por amortización acordada con dotación de la reserva de capital amortizado (arts. 140.1.b y 141.1).

Resolución de 6-6-2019
(BOE 3-7-2019)
Registro Mercantil de Asturias I

ACUERDOS SOCIALES. NULIDAD. CANCELACIÓN DE ASIENTOS POSTERIORES

Se trata de la inscripción de una sentencia que declara la nulidad de tres acuerdos sociales adoptados en diferentes juntas y que identifica las concretas inscripciones de causaron. Pero existen inscripciones posteriores que pueden quedar afectadas. Para que el registrador mercantil pueda llevar a cabo la cancelación de los asientos posteriores que puedan resultar incompatibles con el anulado es preciso bien una declaración judicial de cuales hayan de ser estos asientos o, al menos, un pronunciamiento que permita identificarlos debidamente. Pero no debe caerse en un rigor formalista si no cabe albergar duda sobre el alcance cancelatorio de la sentencia. En caso de que existan asientos posteriores que pueden quedar afectados por la declaración de nulidad y respecto de los que la sentencia nada diga, o lo que diga por su inconcreción no permita identificarlos indubitadamente, los administradores deberán convocar una junta para regularizar la situación en que se encuentra la sociedad y adecuar su situación a lo previsto en el contenido de la sentencia recaída. En caso de que no lo hagan corresponderá a quienes tienen interés en ello, instar la oportuna acción judicial a fin de que por medio de la oportuna aclaración o complemento, o en trámites de ejecución, se determine la posible eficacia de la sentencia respecto de dichos asientos.

Resolución de 12-6-2019
(BOE 9-7-2019)
Registro Mercantil de Madrid, número XVII.

SOCIEDAD PROFESIONAL. DISOLUCIÓN POR FALTA DE ADAPTACIÓN.

Se trata de una sociedad, constituida antes de la existencia de la Ley de sociedades profesionales, en cuya denominación aparece la palabra «Ingeniería» y en cuyo objeto aparece una pluralidad de actividades y, entre ellas, «el asesoramiento y la prestación de servicios técnicos en el sector eléctrico, medio ambiental, químico e industrial en general». Un socio solicita del registrador que declare la disolución de pleno derecho de la sociedad por aplicación de la disposición transitoria primera de la Ley 2/2007 por no haber adaptado sus estatutos a la misma, y que conceda un plazo a la sociedad para que adopte el acuerdo de reactivación, modificando el objeto o adaptándose a la Ley o bien a

la liquidación. Se está ante una sociedad profesional siempre que en su objeto social se haga referencia a aquellas actividades que constituyen el objeto de una profesión titulada y de colegiación obligatoria, de manera que cuando se quiera constituir una sociedad distinta, y evitar la aplicación del régimen imperativo establecido en la Ley 2/2007, se debe declarar así expresamente. Esta exigencia está justificada en el momento de la constitución de la sociedad o de modificación del objeto social. Pero en otro caso ha de actuarse con cautela en la aplicación de esa disposición transitoria y solo puede procederse a la cancelación de la hoja registral si de los documentos presentados y de los asientos registrales puede el registrador apreciar el incumplimiento de aquella. En este caso, no existe norma que atribuya a los ingenieros en exclusiva la competencia para realizar las actividades expresadas en el objeto social. Y la inclusión en la denominación social de la palabra «ingeniería» no implica necesariamente que se trate de una sociedad profesional.

Resolución de 13-6-2019
(BOE 9-7-2019)
Registro Mercantil de Madrid, número XXI.

CUENTAS ANUALES. SOCIEDAD EN CONCURSO EN FASE DE LIQUIDACIÓN.

Una vez abierta la fase de liquidación en el concurso, sigue subsistiendo la obligación del administrador concursal de formular y someter a auditoría las cuentas, dado que la sociedad en liquidación conserva su personalidad jurídica en tanto no se haya procedido al reparto del activo sobrante entre los socios y, una vez extinguida, a la cancelación de sus asientos en el Registro Mercantil. Y subsiste también la obligación de que esas cuentas sean aprobadas por la junta general. Cuestión distinta, no planteada en el supuesto analizado, es si el juez podría exonerar a la sociedad de la obligación de la aprobación atendiendo a las circunstancias de cada caso.

Resolución de 19-6-2019.
(BOE 17-7-2019)
Registro Mercantil de Valencia, número III.

TRANSFORMACIÓN. PATRIMONIO NETO. PRÉSTAMOS PARTICIPATIVOS.

Se trata de un acuerdo de reducción de capital por pérdidas y de transformación de SA en SL. En base al principio de integridad del capital, el patrimonio neto o fondos propios deben cubrir el capital de la sociedad en que se transforma. Para la cuantificación de ese patrimonio neto contable deben computarse los préstamos participativos que figuran en el balance. Así lo establece, para los casos de reducción de capital y liquidación, el artículo 20.1.d) del Real Decreto-ley 7/1996 (en el mismo sentido las resoluciones del ICAC de 20 de diciembre de 1996 y 5 de marzo de 2019). Aunque la norma se refiere a la reducción y disolución obligatoria por pérdidas, debe aplicarse también en el caso de transformación como consecuencia de la reducción del capital por pérdidas.

Resolución de 21-6-2019.
(BOE 17-7-2019)
Registro Mercantil Central, número III.

DENOMINACIÓN. IDENTIDAD.

La identidad de las denominaciones no se limita al supuesto de coincidencia total entre ellas sino que se proyecta a otros casos no siempre fáciles de precisar por lo que el concepto debe ampliarse a lo que se llama «cuasi identidad» o «identidad sustancial», con la única finalidad de que no se induzca a error sobre la identidad de sociedades. En el supuesto contemplado no se aprecia que exista identidad sustancial entre la denominación solicitada —«Ardo Benimodo SL»— y la ya registrada —«Hardo España SL»—. Aunque existe identidad fonética entre los términos «Ardo» y «Hardo», y el término «España» se encuentra incluido en la relación de términos o expresiones genéricas carentes de suficiente valor distintivo, esa mínima diferencia gramatical unida a la añadidura del término «Benimodo» motiva que estemos ante denominaciones claramente diferenciables.

Resolución de 3-7-2019
(BOE 26-7-2019)
Registro Mercantil Central, número III

DENOMINACIÓN. IDENTIDAD

La identidad de las denominaciones no se limita al supuesto de coincidencia total entre ellas sino que se proyecta a otros casos no siempre fáciles de precisar por lo que el concepto debe ampliarse a lo que se llama «cuasi identidad» o «identidad sustancial», con la única finalidad de que no se induzca a error sobre la identidad de sociedades.

En el supuesto contemplado no se aprecia que exista identidad sustancial entre la denominación solicitada, «Grupo Juinsa SL» y las ya registradas: «Junsa SL», pues una vocal adicional es elemento suficientemente diferenciador; «Junisa SA» también es diferenciador el diferente orden de colocación de las letras; al igual que lo que ocurre con «Joinsa SA» y «Juin SA». Y todo ello aunque el término «Grupo» se encuentra incluido en la relación de términos o expresiones genéricas carentes de suficiente valor distintivo, esas mínimas diferencias gramaticales o fonéticas motiva que estemos ante denominaciones claramente diferenciables.

Resoluciones publicadas en el DOGC

por María TENZA LLORENTE

Resolución de 25-6-2019.
(DOGC 11-7-2019)
Registro de la Propiedad de Girona, número 1.

INADMISIBILIDAD DE RENUNCIA PARCIAL DE DERECHO DE UN USUFRUCTO Y CONVERSIÓN EN DERECHO DE USO Y DE CONSTITUCIÓN DE DERECHO REAL DE USO SOBRE EL USUFRUCTO.

En materia procedimental, cabe destacar la virtualidad otorgada por la Dirección General de Dret al informe, pues este no es el medio apto ni para añadir ni para revocar defectos en la nota, por lo que si la falta de mención expresa en el mismo no impide entrar en el fondo del defecto recurrido, al haberse contenido en la nota de calificación desfavorable. En este sentido, el artículo 327 párrafo seis de la Ley Hipotecaria, dispone que el registrador a la vista del recurso y de las alegaciones presentadas puede, en su caso, revocar la nota. Pero se habría de hacer de manera expresa. Así, sobre el papel que reviste el informe, la resolución de la Dirección General de Registros de 13 de septiembre de 2017, invocando las resoluciones de 29 de febrero de 2012 y de 13 de septiembre de 2014, ciñe su objeto únicamente a profundizar en los argumentos de la nota de calificación (fundamento de Derecho cuarto). Aunque no se pronuncia sobre el fondo, en materia de autocontratación, la Dirección General de Registros y Notariado considera como falta de congruencia del juicio de suficiencia el que no se haga expresa referencia a que en el juicio de suficiencia que en el poder se salvaguarda su existencia. En este sentido, se ha de tener en cuenta el artículo 621-4 letra e del Libro VI del Código civil de Cataluña. Así se considera en múltiples pronunciamientos del Centro Directivo, como la resolución de fecha 31 de mayo de 2012 (fundamento de Derecho segundo a cuarto y 28 de junio de 2013) y, para un caso de Registro Mercantil, la resolución de fecha 21 de junio de 2013 y 28 de abril de 2015, relativo a un poder que autorizaba para autocontratar). Para un caso de matrimonio en que el complaciente actuaba en nombre propio y de la entidad acreedora de un préstamo para la esposa, resolución de fecha 30 de junio de 2014, cuyo fundamento de Derecho segundo a siguientes realiza un análisis exhaustivo de dicha situación, así como la resolución de fecha 20 de octubre de 2015 (fundamentos de Derecho segundo y tercero). También, resolución de 26 de mayo de 2016, fundamento de Derecho segundo y 29 de junio de 2016 y 9 de marzo de 2017. Para un caso de herencia se pronuncia la resolución de 27 de noviembre de 2017 (fundamento de Derecho tercero) y para un supuesto de Derecho mercantil, la resolución de 11 de abril de 2016, fundamentos de Derecho cuarto y quinto. Así lo apreció también la sentencia de Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2016 para un caso de dos sociedades *(RJ* 2016, 5634, MP: Francisco Javier ORDUÑA MORENO). En lo que respecta a la renuncia de derechos, al amparo del principio de libertad civil, la resolución *JUS* 975/2015 de 22 de abril de 2015[1] la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas, apartándose de la postura de la Dirección General de los Registros (resolución de 21 de octubre de 2014) como de la de la propia Direcció General de Dret en la

resolución de 19 de julio de 2012, considera inscribible la escritura de renuncia de un derecho de aprovechamiento sin necesidad de deferir esta inscripción al momento que conste el consentimiento de los demás condueños para aceptar el acrecimiento operado a su favor. La diferencia estriba en que en estos casos la renuncia es parcial, no total y si bien la renuncia es causa de extinción de los derechos reales en el Libro V, no se contempla la eventualidad de una renuncia parcial (arts. 532-1 y 532-4 Libro V). Por último, en cuanto a la inoponibilidad de la renuncia de usufructo frente a terceros, el Centro Directivo en resolución de 10 de noviembre de 2016 entendió que *cuando un usufructo gravado con un derecho de arrendamiento, que además consta inscrito, se transmite al nudo propietario, no se produce una completa y perfecta consolidación del usufructo con la nuda propiedad, ni se produce la extinción del arrendamiento inscrito, sino que dicho arrendamiento sigue vigente y no puede ser cancelado hasta que se produzca el vencimiento del plazo inscrito de dicho arrendamiento, o, como señala el artículo 175 del Reglamento Hipotecario, se acredite la conclusión de dicho usufructo por un hecho ajeno a la voluntad del usufructuario* (fundamentos de Derecho cuarto y quinto), sobre la base de la aplicación analógica del artículo 107 de la Ley Hipotecaria. Este supuesto se diferencia de la extinción por fallecimiento del usufructuario, caso en el cual si se extinguirían (resolución de 21 de febrero de 2012, fundamento de Derecho quinto y sexto, citando la resolución de 22 de agosto de 2011). En resumen, no cabe renunciar parcialemente a un derecho real de ususfructo para convertirlo en derecho real de uso, así como tampoco constituirlo sobre el derecho real de usufructo. [1] Ver Boletín SERC núm. 177, mayo-junio de 2017, págs. 24 a 30.

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

El derecho del adoptado a conocer su identidad biológica. La importancia de los datos contenidos en la inscripción registral *

The right of the adopted to know their biological identity. The importance of the data contained in registration

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

Profesora Titular de Derecho Civil. UCM

RESUMEN: La protección de la intimidad de la madre biológica debe ceder frente al derecho del hijo a conocer su identidad y su origen biológico.

ABSTRACT: The protection of the privacy of the biological mother must yield to the son's right to know his or her identity and biological origin.

PALABRAS CLAVE: Orígenes biológicos. Identidad personal.

KEY WORDS: Biological origins. Personal identity.

---

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto Nacional I+D «El Tribunal de Justicia de la Unión europea: su incidencia en la configuración normativa del proceso civil español y en la protección de los derechos fundamentales» (Ref. DER 2016-75567-R), de la Red Temática «Justicia Civil: Análisis y Prospectiva» (DER 2016-81752-REDT), ambos financiados por el Ministerio de Economía y Competitividad y en el marco del Grupo Consolidado de Investigación «Derecho de daños. Derecho de la contratación» de la Universidad Complutense de Madrid, de cuyos equipos de investigación formo parte.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. DERECHO A CONOCER EL ORIGEN BIOLÓGICO FRENTE A LA NECESIDAD DE PROTECCIÓN DE LA INTIMIDAD DE LA MADRE BIOLÓGICA.—III. SITUACIÓN ACTUAL: DERECHO A CONOCER LOS ORÍGENES BIOLÓGICOS.—IV. INTERÉS DEL MENOR Y EL DERECHO A CONOCER LA PROPIA FILIACIÓN BIOLÓGICA.—V. CARACTERES DEL DERECHO DEL ADOPTADO A CONOCER SUS ORÍGENES BIOLÓGICOS.—VI. LA IMPORTANCIA DE LA INSCRIPCIÓN REGISTRAL PARA CONOCER LOS ORÍGENES BIOLÓGICOS DEL ADOPTADO.—VII. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL.—VIII. CONCLUSIÓN.—IX. BIBLIOGRAFÍA.—X. ÍNDICE DE SENTENCIAS (DEL TS Y AP) y RESOLUCIONES DE LA DGRN CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO.—XI. LEGISLACIÓN CITADA.

I. INTRODUCCIÓN

El tema objeto de breve análisis no es un tema nuevo, pues ya la STS de fecha de 21 de septiembre de 1999, aunque referida a la resolución de una acción de reclamación de filiación, analiza el alcance del derecho a conocer la identidad de la madre biológica, que consiguientemente supone la necesidad de aplicar los principios en ella contenidos.

Posteriormente la STS de 22 de mayo de 2000, nos recuerda el contenido del artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España por Instrumento de 30 de noviembre, que concreta el principio general del interés del menor y lo relaciona con el derecho del niño a conocer a sus padres desde que nace.

Pero no siempre ha sido así en nuestra regulación. Recordemos que la normativa anterior a la Constitución, de carácter registral civil, *posibilitaba la ocultación de la identidad de la madre biológica, por su propia decisión.*

Panorama que se vio modificado tras la publicación de la Constitución donde consta con claridad el principio de igualdad (art. 14), el relativo a la dignidad de madre e hijo, a sus derechos inviolables inherentes a ella, y al libre desarrollo de su personalidad (art. 10) y en conexión con ellos el artículo 39-2 referido al principio de libre investigación de la paternidad. De modo que hubo una pequeña etapa, ya corregida, en la que el sistema establecido en los artículos 167, 182 y concordantes del Reglamento del Registro Civil, y sus disposiciones de desarrollo, pugnaban con el modelo constitucional.

Tras más de cuarenta años de la publicación de la Constitución, vuelve a plantearse este problema y ha sido la SAP de Cantabria de 1 de abril de 2019 la que ha vuelto a señalar y remarcar *el derecho del hijo a conocer su identidad y su origen biológico* frente a la necesidad de *protección de la intimidad de la madre biológica, imponiendo además al Gobierno de Cantabria la obligación de facilitar a aquella todos los datos que disponga acerca de sus orígenes biológicos*[1].

II. DERECHO A CONOCER EL ORIGEN BIOLÓGICO FRENTE A LA NECESIDAD DE PROTECCIÓN DE LA INTIMIDAD DE LA MADRE BIOLÓGICA

La doctrina jurisprudencial actual, sustentada por esta sentencia de 1 de abril de 2019, mantiene sin duda alguna que la *injerencia* en los *datos personales de la madre biológica* está *justificada legalmente*, sirve a un *fin legítimo* y *resulta proporcionada* por la necesaria atención al interés privado que persigue.

El problema objeto de estudio surge porque la Administración *suele alegar*[2] la ocultación de la identidad de la madre biológica al tiempo del nacimiento posibilitada por la antigua normativa del Reglamento de la Ley del Registro Civil (art. 167), anterior a la Constitución, que indicaba que «*En el parte de nacimiento, además del nombre, apellidos, carácter y número de colegiación de quien lo inscribe, constará con la precisión que la inscripción requiere la fecha, hora y lugar del alumbramiento, sexo del nacido y menciones de identidad de la madre, indicando si es conocida de ciencia, propia o acreditada, y en este supuesto, documentos oficiales examinados o menciones de identidad de persona que afirme los datos, la cual, con la madre, firmará el parte, salvo si esta no puede o se opone, circunstancia que también se hará contar.*

El parte o declaración de los profesionales y personal de establecimientos sanitarios que tengan obligación de guardar secreto no se referirá a la madre contra su voluntad».

La redacción del artículo 120 del Código civil no hace referencia alguna a esta situación cuando desarrolla la filiación no matrimonial.

No obstante, y siguiendo el criterio mantenido por la STS de 21 de septiembre de 1999 «desde el inicio de la vigencia de dicha normativa registral, la doctrina expresó sus reservas a esta formulación del desconocimiento de la filiación, pues se entendía, frente al criterio de la Comisión de Reforma (el secreto profesional podría salvar la vida de niños recién nacidos, evitando así el aborto e infanticidio por parte de madres deseosas de evitar la divulgación de su maternidad extramatrimonial) que las graves razones de interés público en la determinación del vínculo de la filiación, cualquiera que fuere su clase, se oponían a esa ocultación; no posible, por otra parte, en cuanto a las entonces denominada "familia legítima", en la que tal conducta podría rozar el ámbito punitivo».

Sentencia que fue la primera en dictaminar que tras la publicación de la CE la negativa a constatar la identidad de la madre quedaba automáticamente derogada por su oposición a lo establecido en su articulado, pues concretamente el sistema establecido por el Reglamento del Registro Civil estaba en contra de los propios principios reconocidos constitucionalmente tales como el de libre investigación de la paternidad (art. 39-2), con el de igualdad (art. 14), y con el derecho al libre desarrollo de la personalidad del hijo (art. 10).

Resolución que señaló como el artículo 47 I de la Ley de Registro Civil de 8 de junio de 1957 *quedaba derogado por inconstitucionalidad sobrevenida*, pues no era posible permitir interpretaciones reglamentarias que hagan depender de la voluntad de la madre la circunstancia registral de la maternidad, siendo «inaplicables, por derogación de la cobertura legal, en el mismo sentido, los artículos 167 y 187 del Reglamento».

Desde la perspectiva a la que estamos refiriéndonos, la antigua reglamentación del Registro Civil imponía la pérdida por completo del nexo o vínculo filial con la madre biológica a consecuencia de la voluntad de la madre por no asumir su maternidad y con ello sus responsabilidades inherentes.

Máxime teniendo en cuenta la importancia que se otorga al derecho de las personas a conocer su herencia genética.

La Instrucción de 15 de febrero de 1999, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre constancia registral de la adopción y que estuvo vigente hasta el 15 de enero de 2006 hacía referencia a la constancia registral de la adopción, que posibilitaba la cancelación de la inscripción principal de nacimiento, abriéndose una nueva, con un régimen de publicidad limitada de la inicial[3].

III. SITUACIÓN ACTUAL: DERECHO A CONOCER LOS ORÍGENES BIOLÓGICOS

Con la publicación de la Constitución el derecho a conocer la propia filiación biológica se erige como un derecho de la personalidad que no puede ser negado a la persona sin quebrantar el derecho a su identidad personal y cuyo fundamento hay que buscar en la dignidad de la persona y en el desarrollo de la personalidad.

Derecho que fue reconocido en la ley de adopción internacional de 2007, en el artículo 180,5.º que posibilitaba el que «las personas adoptadas, alcanzada la mayoría de edad o durante su minoría de edad representadas por sus padres, tendrán derecho a conocer los datos sobre sus orígenes biológicos». Derecho sin más restricciones que las derivadas de su ejercicio conforme a la buena fe, pero sin establecerse limitación temporal alguna.

Así pues, el derecho reconocido en esta Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional[4] que en su artículo 12 se refería expresamente al *derecho a conocer los orígenes biológicos* ha sido modificado por la ley de 18 de agosto de 2015 para incluir expresamente a la figura de la Administración pues es la que tiene los datos:

«Las personas adoptadas, alcanzada la mayoría de edad o durante su minoría de edad a través de sus representantes legales, tendrán derecho a conocer los datos que sobre sus orígenes *obren en poder de las Entidades Públicas, sin perjuicio de las limitaciones que pudieran derivarse de la legislación de los países de procedencia de los menores. Este derecho se hará efectivo con el asesoramiento, la ayuda y mediación de los servicios especializados de la Entidad Pública, los organismos acreditados o entidades autorizadas para tal fin.*

Las Entidades Públicas competentes asegurarán la conservación de la información de que dispongan relativa a los orígenes del niño, en particular la información respecto a la identidad de sus progenitores, así como la historia médica del niño y de su familia.

Los organismos acreditados que hubieran intermediado en la adopción deberán informar a las Entidades Públicas de los datos de los que dispongan sobre los orígenes del menor[5].

Por su parte, el artículo 180,5.º del Código civil[6] remarca la obligación de las Entidades Públicas que «asegurarán la *conservación de la información* de que dispongan relativa a los orígenes del menor, en particular la información respecto a la identidad de sus progenitores, así como la historia médica del menor y de su familia, y se conservarán *durante al menos cincuenta años con posterioridad al momento en que la adopción se haya hecho definitiva*. La conservación se llevará a cabo a los solos efectos de que la persona adoptada pueda ejercitar el derecho al que se refiere el apartado siguiente».

Y en su apartado 6.º, que «…Las Entidades Públicas, previa notificación a las personas afectadas, *prestarán a través de sus servicios especializados el asesoramiento y la ayuda que precisen* para hacer efectivo este derecho.

A estos efectos, cualquier entidad privada o pública tendrá obligación de facilitar a las Entidades Públicas y al Ministerio Fiscal, cuando les sean requeridos, los informes y antecedentes necesarios sobre el menor y su familia de origen».

Pese a este cambio de legislación y el reconocimiento expreso del derecho… se plantea en Navarra la discusión de nuevo ya que se deniega la entrega de los

datos a un sujeto a quien se le concedió la autorización judicial para obtener del Gobierno de Navarra la información que en sus archivos existiese relativos a sus datos de filiación biológica con ocasión de su nacimiento en fecha 4 de abril de 1967 en la Maternidad Pública, al haber sido abandonado por sus progenitores[7].

El juez *a quo* consideró ante el conflicto planteado entre el derecho del demandante a conocer su filiación y el derecho de la madre biológica a la ocultación de su identidad, qué debía prevalecer el de aquel, no estimando que la *costumbre en el derecho foral navarro reconociese derecho a la ocultación de la identidad materna*, ni tampoco que existiese un derecho a la ocultación de su identidad.

La Comunidad Foral de Navarra consideró que teniendo competencia exclusiva en materia de derecho civil foral la Comunidad resulta aplicable la Compilación y no el Código civil, y siendo aplicable aquella, era costumbre (que debía, a su juicio, ser aplicada para denegar la pretensión) la ocultación de la identidad materna, pues la preservación de la identidad de las madres cuando estas decidían dar a su hijo en adopción no solo respondía a una norma vigente en la época sino que suponía la realización de *uso repetido, conforme y generalizado, una costumbre que debe primar en la resolución del conflicto.*

La Entidad pública mantenía que el objeto del procedimiento se centraba en la *acción de conocer la identidad de los progenitores*, concurriendo un conflicto entre el derecho constitucional de la madre a mantener oculta su identidad por estar protegido por el derecho al honor y derecho a la intimidad, de rango constitucional, frente al derecho a conocer la identidad de los progenitores, que es un derecho que no goza de rango constitucional. Y, concluía en su alegación que el conflicto debía resolverse a favor de la madre pues existe normativa que ampara su anonimato que era *una costumbre cuanto tuvo lugar el nacimiento.* Insistía, además, que de permitirse el acceso a la identidad de la madre biológica se violaría los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima.

La Audiencia con buen criterio *no reconoció el derecho al anonimato pues no queda acreditado que sea costumbre en Navarra* que frente al derecho que toda persona tiene a conocer su identidad biológica como un derecho de la persona (art. 10 CE), concurra un derecho derivado de la «costumbre», el cual dejaría sin contenido el derecho a conocer la identidad de la madre biológica.

Además, apuntó minuciosamente la diferencia entre mantenerse oculta la identidad de la madre cuando entrega el hijo en adopción, de que «surgiese amparado por el instituto de la "costumbre" un derecho de la madre a mantener frente a la pretensión del hijo de conocer la identidad de su madre biológica, oculta su identidad». Indicando el Tribunal de que no existe notoriedad de esa costumbre amparadora de un derecho oponible, ni se ha probado ante los tribunales.

Concluyó la Audiencia que si bien es cierto que en el momento del nacimiento y declaración de filiación, la madre biológica optó por no declaración la filiación biológica del niño en el ejercicio de un derecho, y conforme al mismo y al derecho a la intimidad de la misma, procedente es la protección del mismo, pero con un límite, que no es otro que el derecho preferente a conocer sus orígenes biológicos, el hijo, como un derecho fundamental de la persona, ínsito en la personalidad y que además aparece expresamente reconocido como derecho civil del adoptado en el artículo 180.5 del Código civil.

Concreta que aunque en el momento de producirse el nacimiento del demandante se posibilitase que pudiera permanecer oculta la identidad de la madre por su propia decisión, no determina que se ampare frente al hijo (con base en el

principio de seguridad jurídica) deba mantenérsele ocultos los datos que figuran sobre su origen biológico, pues prima su derecho a la personalidad (que integra ese conocimiento) como derecho constitucional.

IV. INTERÉS DEL MENOR Y EL DERECHO A CONOCER LA PROPIA FILIACIÓN BIOLÓGICA

Como ya hemos indicado, el Tribunal Supremo, en sentencia de 22 de mayo de 2000, recordaba como el artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España por Instrumento de 30 de noviembre de 1990, proclama que el niño desde que nace tiene *derecho a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos*, siendo misión de los Estados Parte respetar y velar para que sea efectiva la integración del menor en las relaciones familiares[8].

Pero es que además hay una serie de normas internacionales que recogen y desarrollan este derecho:, como el *Convenio de La Haya* relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional de 29 de mayo de 1993, que prevé, en su artículo 30, que las Autoridades competentes de un Estado contratante asegurarán la conservación de la información de la que dispongan relativa a los orígenes del niño, en particular la información respecto a la identidad de sus padres, así como la historia médica del niño y su familia.

O, la *Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa*, en su Recomendación 1443 (2000) de 26 de enero de 2000, reconoce los derechos de los niños en la adopción internacional, e invita a los Estados a garantizar el derecho del adoptado a conocer sus orígenes a más tardar a su mayoría de edad y a eliminar de sus legislaciones nacionales toda disposición en contrario.

Por su parte, el *Convenio europeo en materia de adopción de menores* establece en su artículo 22, que el menor adoptado tendrá acceso a la información relacionada con sus orígenes en poder de las autoridades competentes.

Así pues, y volviendo a nuestro Derecho interno, el derecho del hijo a conocer su origen biológico adquiere tal relevancia que, incluso, la propia Constitución Española exhorta al legislador a que se posibilite la investigación de la paternidad (art. 39), además de asegurar la protección integral de los hijos con independencia de su filiación, los cuales tienen derecho a ser asistidos por sus padres hayan nacido dentro o fuera del matrimonio.

Así el derecho a conocer la propia filiación biológica es un derecho de la personalidad que no puede ser negado a la persona sin quebrantar el derecho a la identidad personal y cuyo fundamento hay que buscar en la dignidad de la persona y en el desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE).

V. CARACTERES DEL DERECHO DEL ADOPTADO A CONOCER SUS ORÍGENES BIOLÓGICOS

Estamos ante un derecho *restringido al adoptado* pues no es posible en nuestro sistema conocer el origen biológico de aquellos que han nacido fruto de técnicas reproductivas pues la ley reguladora (Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida) veda la publicidad registral de los datos que pudieran reflejar el carácter médico asistido de la generación (art. 7.2) y garantiza la confidencialidad de los datos de identidad de los donantes tanto por los bancos

de gametos como por los Registros de actividad de los centros de reproducción asistida (art. 22) y de donantes, donde se haya todo lo relativo a la identidad de donantes, los hijos nacidos de cada uno de los ellos, la identidad de las parejas o mujeres receptoras (art. 21), pues recordemos que la donación es anónima y gratuita (art. 5.5).

No obstante y con carácter excepcional, en aras del interés general, de los padres y del hijo *se levanta el secreto de la identidad de forma restringida* y *sin publicidad* si dicha revelación es indispensable para *evitar el peligro* (peligro cierto para la vida o la salud del hijo) o para *conseguir el fin legal propuesto* (cuando proceda con arreglo a las leyes procesales penales), (5.5. 3.º). Así se consigue un equilibrio entre el derecho a la intimidad familiar de los padres legales, el derecho a la intimidad del donante y el derecho del hijo a conocer sus orígenes biológicos.

Por otro lado hay que tener en cuenta que aunque existe el derecho a conocer, debe respetarse también *el derecho del niño adoptado a no conocer su realidad biológica,* a pesar de tener la posibilidad de investigarla.

Es un derecho de *interpretación restrictiva*, de manera que no se puede ejercer en su nombre o representación, sino que solo es posible la asistencia de los padres adoptivos al adoptado menor que quiera hacerlo efectivo.

Es un derecho unidireccional pues no existe el derecho de los padres biológicos a conocer el paradero o situación de su hijo por naturaleza. Recordemos el artículo 16.1.º, de la Convención de los Derechos del Niño, que establece que ningún niño debe ser objeto de injerencias ilegales o arbitrarias en su vida privada y en su familia. De manera que los padres biológicos no tienen en contrapartida el derecho a conocer el paradero o situación de su hijo por naturaleza.

El *acceso a la información* correspondiente no es automático una vez planteada la solicitud, sino que es precisa la supervisión y control de las entidades públicas o privadas que hayan intervenido en el proceso de adopción.

Como hemos indicado antes, las administraciones autonómicas competentes en materia de adopción deberán conservar la información respecto de los orígenes del adoptado (art. 21.2.º de la Ley 54/2007), destacándose aspectos como la identidad de los padres biológicos o su historial médico. Y las entidades colaboradoras en la adopción internacional solo tienen el compromiso de poner en conocimiento o transmitir aquellos datos que versen sobre la situación preadoptiva del menor.

VI. LA IMPORTANCIA DE LA INSCRIPCIÓN REGISTRAL PARA CONOCER LOS ORÍGENES BIOLÓGICOS DEL ADOPTADO

En la SAP de Pontevedra de 9 de marzo de 2017 se recoge un supuesto donde el padre ejercita la acción de reclamación de filiación extramatrimonial en relación con el hijo del que no sabía su existencia, y del que la madre entregó en adopción (tras informarle la madre de que el niño había muerto).

Se declara su filiación paterna, conforme a la prueba biológica practicada, y consecuentemente procede la *rectificación de la inscripción de nacimiento original*, de modo que en la misma conste la filiación real del nacido, aunque hubiera sido adoptado al momento de recaer sentencia y con independencia de que esa filiación careciera ya de relevancia jurídica. Se procede a rectificar el asiento de inscripción de nacimiento del menor.

La *nueva filiación adoptiva* figurará como inscripción marginal en la antigua de nacimiento al estar dotada legalmente de plenitud de efectos jurídicos, mientras no se extinga la adopción.

Pero es sabido que el artículo 39.2 CE proclama que los poderes públicos asegurarán la *protección integral de los hijos posibilitándose la investigación de la paternidad*.

Derecho que se relaciona con el apartado 6.º del artículo 180 del Código civil con relación a las personas adoptadas, que alcanzada la mayoría de edad o durante su minoría de edad a través de sus representantes legales, *tendrán derecho a conocer los datos sobre sus orígenes biológicos,* para lo cual las *Entidades Públicas*, previa notificación a las personas afectadas, prestarán a través de sus servicios especializados el asesoramiento y la ayuda que precisen para hacer efectivo este derecho.

Deber de conservar la información de los orígenes del menor, por parte de las entidades públicas, en particular la información respecto a la identidad de sus progenitores, así como la historia médica del menor y de su familia.

Deber que tiene un *plazo mínimo de vida* al señalar el precepto «durante al menos cincuenta años», señalando incluso el momento de inicio del plazo a contar «con posterioridad al momento en que la adopción se haya hecho definitiva».

Se establece también la *obligación de cualquier entidad privada o pública de facilitar a las Entidades Públicas y al Ministerio Fiscal,* cuando les sean requeridos, los *informes* y *antecedentes necesarios* sobre el menor y su familia de origen (art. 180.6 *in fine* CC).

Información que debe ser *veraz* y, así deberá constar en el Registro Civil. Recuérdese que, según el artículo 44.2 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, la inscripción hace fe del hecho, fecha, hora y lugar del nacimiento, identidad, sexo y, en su caso, filiación del inscrito.

Nuestro sistema legal se basa en que la filiación establece un *vínculo entre el menor y los progenitores e identifica al menor.* Derecho que está íntimamente vinculado a su identidad como persona integrada en una sociedad. *Derecho bidireccional* pues afecta no solo al hijo, sino también a los progenitores, de ahí que el progenitor biológico tenga derecho a interesar la determinación de la filiación paterna o materna de que se trate, aunque el hijo hubiere sido adoptado por terceras personas.

Declaración de filiación no matrimonial por sentencia firme que debe tener su lógico reflejo en la inscripción de nacimiento efectuada en el Registro Civil.

VII. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

De todo lo visto hasta este momento el legislador ha buscado el equilibrio entre diferentes intereses: el del menor en conocer sus orígenes, la verdad jurídica que refleja la filiación y la verdad biológica que contribuye a la construcción de su identidad. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos relaciona este derecho a conocer los orígenes biológicos de una persona, su identidad personal, con su derecho a la vida privada (art. 8 CEDH) y el legislador español lo funda en el derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE).

La SAP de Cantabria de 1 de abril de 2019 concretó que «aun siendo cierto que en el momento del nacimiento y declaración de filiación, la madre biológica optó por ocultar su identidad, ejercitando así la protección de su intimidad, resulta que ese derecho a la intimidad no es absoluto, sino que tiene —hoy indiscutiblemente— como límite el derecho del hijo a conocer sus orígenes bio-

lógicos, derecho fundamental de la persona, ínsito en la personalidad, que además aparece expresamente reconocido como derecho civil del adoptado en el artículo 180.5 del Código civil y por eso tiene carácter prevalente sobre el que pudiera ostentar la madre biológica. De manera que la protección de la intimidad de la madre debe ceder frente al derecho del hijo a conocer su identidad y su origen biológico, no concurriendo ningún motivo para poder negar a la actora el acceso a esos datos.

La STEDH de 13 de febrero de 2003 (Caso Odièvre) destacó la prevalencia en el Derecho francés del *derecho de la madre al anonimato frente al derecho a conocer del hijo*. No obstante existen órganos administrativos de conciliación y mediación (Conseil National pour l access aux origines personnelles) para acercar posiciones[9].

Lo importante de esa sentencia es que nos recuerda la existencia del artículo 8 de la *Convención Europea de Derechos Humanos* que garantiza a toda persona el derecho al respeto a la vida privada y familiar, que comprende al hijo, pero también a la madre. El adoptado no puede aducir un derecho a la vida familiar biológica porque ya tiene una familia, la adoptiva. No obstante, puede aducir el derecho a la vida privada, centrada en conocer sus orígenes biológicos, matizado por razones justificadas, como lo son la voluntad de la madre, la protección de los intereses de los padres adoptivos y el interés general consistente en evitar abortos clandestinos o abandonos. Razones que entrarían dentro del margen de apreciación del que disponen los Estados al regular los derechos en conflicto ya que el derecho al anonimato de la madre no supone para el hijo adoptado una discriminación por razón de nacimiento *porque el derecho a conocer no es independiente*.

No obstante, según lo que ya hemos expuesto, el acceso a los orígenes debe analizarse a la luz del derecho a la vida privada (art. 8 CEDH) que protege particularmente el libre desarrollo de la personalidad en el que se incluyen, según la jurisprudencia europea, el derecho de *establecer los detalles de la propia identidad* y el *interés vital en obtener las informaciones precisas para averiguar la identidad de sus progenitores* y las *circunstancias que rodearon su nacimiento*.

En la misma línea y con posterioridad, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos volvió a examinar esta cuestión en el asunto Godelli c/ Italia, de 25 de septiembre de 2012[10]. En ella se reitera la argumentación del caso Odièvre, indicando la violación del artículo 8 CEDH.

En resumen para el TEDH el derecho a conocer los orígenes biológicos solo puede limitarse en presencia de otros intereses en conflicto y, en ningún caso, de forma absoluta.

VIII. CONCLUSIÓN

I. La protección de la intimidad de la madre biológica debe ceder frente al derecho del hijo a conocer su identidad y su origen biológico.

II. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos relaciona este derecho a conocer los orígenes biológicos de una persona, su identidad personal, con su derecho a la vida privada (art. 8 CEDH) y el legislador español lo funda en el derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE).

III. Lo configura también como un aspecto integrante de la vida privada que ha de conciliarse, a su vez, con el derecho a la vida privada de la madre y con los intereses generales protegidos por la norma en cuestión.

IV. Derecho a la intimidad de la madre que no es absoluto, sino que tiene como límite el derecho del hijo a conocer sus orígenes biológicos, derecho fundamental de la persona, ínsito en la personalidad, expresamente reconocido como derecho civil del adoptado en el artículo 180.5 del Código civil.

IX. BIBLIOGRAFÍA

VELA SÁNCHEZ, A.J.: El derecho del adoptado a conocer sus orígenes biológicos, en *Diario La Ley*, núm. 7526, Sección Doctrina, 13 de diciembre de 2010, Año XXXI, Ref. D-376, Editorial La Ley (La Ley 13777/2010).

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: Notas sobre el derecho a conocer los orígenes biológicos, en *La Ley Derecho de familia*, Núm. 9, Primer trimestre de 2016, Editorial Wolters Kluwer (La Ley 44/2016).

X. ÍNDICE DE SENTENCIAS (DEL TS Y AP) Y RESOLUCIONES DE LA DGRN CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO

- STEDH de 13 de febrero de 2003 (Caso Odièvre)
- TEDH examinó el asunto Godelli c/ Italia, de 25 de septiembre de 2012 (*La Ley* 140923/2012)
- Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 516/2000 de 22 de mayo de 2000, Rec. 2206/1995. Ponente: Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ (*La Ley* 7808/2000)
- Audiencia Provincial de Navarra, Sección 1.ª, sentencia 195/2011 de 13 de septiembre de 2011, Rec. 121/2011. Ponente: José Julián HUARTE LÁZARO. (*La Ley* 288950/2011). ECLI: ES:APNA:2011:302
- Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1.ª, sentencia 113/2017 de 9 de marzo de 2017, Rec. 18/2017. Ponente: Manuel ALMENAR BELENGUER (*La Ley* 36015/2017). ECLI: ES:APPO:2017:609
- Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 2.ª, sentencia 192/2019 de 1 de abril de 2019, Rec. 863/2018. Ponente: Bruno ARIAS BERRIOATEGORTUA. Núm. de sentencia: 192/2019. Núm. de Recurso: 863/2018. ECLI: ES:APS:2019:128

XI. LEGISLACIÓN CITADA

- Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España por Instrumento de 30 de noviembre de 1990 (art. 7)
- Constitución española (arts. 10, 14 y 39-2)
- Código civil (arts. 120, 180,5.º)
- Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional (art. 12)
- Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (art. 44.2)
- Reglamento del Registro Civil (arts. 167, 182)
- Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 15 de febrero de 1999.

NOTAS

[1] Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 2.ª, sentencia 192/2019 de 1 de abril de 2019, Rec. 863/2018. Ponente: Bruno ARIAS BERRIOATEGORTUA. Núm. de sentencia: 192/2019. Núm. de Recurso: 863/2018. ECLI: ES:APS:2019:128.

[2] Como así ha ocurrido en el origen del supuesto de hecho que dio origen a SAP de Cantabria de 1 de abril de 2019, ya citada.

[3] BOE núm. 52 de 2 de marzo de 1999.

[4] Publicado en BOE núm. 312 de 29 de diciembre de 2007.

[5] Artículo 12 redactado por el apartado trece del artículo tercero de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (*BOE* de 29 de julio).Vigencia: 18 de agosto de 2015.

[6] Novedad introducida por el apartado veinticuatro del artículo segundo de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (*BOE* de 29 de julio).

[7] SAP de Navarra, Sección 1.ª, sentencia 195/2011 de 13 de septiembre de 2011, Rec. 121/2011. Ponente: José Julián HUARTE LÁZARO. (*La Ley* 288950/2011). ECLI: ES:APNA:2011:302.

[8] Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 516/2000 de 22 de mayo de 2000, Rec. 2206/1995. Ponente: Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ. (*La Ley* 7808/2000).

[9] STEDH Odièvre c/ Francia, de 13 de febrero de 2003, la demandante (abandonada por su madre al nacer y adoptada a la edad de cuatro años), dada la imposibilidad de levantar el secreto de su nacimiento ante los tribunales franceses, acude al TEDH y denuncia la violación de su derecho a la vida privada por el sistema jurídico francés que, de forma absoluta, impide la investigación de la maternidad, cuando la madre biológica solicita el anonimato en el momento del parto o en el momento del abandono, lo que determina la imposibilidad de obtener los datos identificativos de aquella a través de los servicios sociales de ayuda a la infancia, o a través de otro órgano que pudiere facilitar, en su caso, el acceso a tales datos.

[10] TEDH examinó el asunto Godelli c/ Italia, de 25 de septiembre de 2012 (*La Ley* 140923/2012). Las autoridades nacionales no han dado la posibilidad a la recurrente, adoptada al nacer, de solicitar el acceso a datos no identificativos sobre sus orígenes o la reversibilidad del secreto sobre la identidad de la madre con el consentimiento de esta. El sistema italiano antepone el interés de la madre biológica a guardar el anonimato sin prever ningún mecanismo destinado a poner en balance el derecho de la recurrente a conocer sus orígenes, dando una preferencia ciega al derecho de la primera. Italia no ha intentado establecer un equilibrio y una proporcionalidad entre los intereses de las partes concernidas, lo que en el caso, además, ha supuesto sufrimientos morales y psíquicos para la recurrente. Vulneración del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos declara vulnerado el derecho al respeto a la vida privada y familiar garantizado en el artículo 8 del Convenio.

1.2. Familia

La protección jurídica del menor ante el uso de las nuevas tecnologías

The legal protection of minors against the use of new technologies

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT
Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil. UCM

RESUMEN: El presente estudio se va a centrar en el análisis de las diferentes medidas e instrumentos jurídicos dirigidos a la protección de menores en el uso de las nuevas tecnologías previstas en la normativa europea y española de protección de datos y en otras normas nacionales que resultan de aplicación.

ABSTRACT: *The present study is going to center on the analysis of different measures of minors in the use of the new technologies provided in the European and Spanish regulations on data protection and in other national rules that result from application.*

PALABRAS CLAVE: Menores de edad. Patria potestad. Consentimiento. Protección de datos. Intimidad. Internet. Redes sociales. Responsabilidad civil.

KEY WORDS: Minors. Parental authority. Consent. Data protection. Privacy. Internet. Social networks. Civil liability.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. CONSENTIMIENTO DE MENORES DE EDAD EN EL REGLAMENTO GENERAL DE PROTECCIÓN DE DATOS Y LEY ORGÁNICA 3/2018 DE PROTECCIÓN DE DATOS Y GARANTÍA DE LOS DERECHOS DIGITALES.—III. CONSENTIMIENTO POR REPRESENTACIÓN.—IV. INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y REDES SOCIALES.—V. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS PADRES, TUTORES Y CENTROS DOCENTES.—VI. BIBLIOGRAFÍA.—VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

La protección de las personas físicas en relación con el tratamiento de datos personales es un derecho fundamental. El artículo 8 apartado 1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el artículo 16 apartado 1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea establecen que toda persona

tiene derecho a la protección de datos de carácter personal que le conciernan. Asimismo, nuestro artículo 18.4 de la Constitución Española reconoce este derecho fundamental a la protección de datos personales al disponer que «la ley limitará el uso de la información para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos». Al respecto, la sentencia del Tribunal Constitucional 94/1998, de 4 de mayo señala que, nos encontramos ante un derecho fundamental a la protección de datos por el que se garantiza a la persona el control sobre sus datos personales y sobre su uso y destino para evitar el tráfico ilícito de los mismos o lesivos para la dignidad y los derechos de los afectados; por lo que, el derecho a la protección de datos se confiere como una facultad del ciudadano para oponerse a que determinados datos personales sean usados para fines distintos a aquel que justificó su obtención[1]. Por su parte, en la sentencia de este mismo Tribunal 292/2000, de 30 de noviembre[2] se considera como un derecho autónomo e independiente que consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que, faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporciona a un tercero, sea el Estado o un particular o cuales puede este tercero recabar y que también permite al individuo saber quien posee estos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso.

Ciertamente, la rápida evolución tecnológica y la globalización han planteado nuevos retos para la protección de los datos personales. Las personas físicas difunden un volumen cada vez mayor de información general a escala mundial. Las personas físicas deben tener el control de sus propios datos personales y, reforzar su privacidad y seguridad jurídica. Si bien, el derecho a la protección de datos personales no es un derecho absoluto sino que debe considerarse en relación con su función en la sociedad y mantener el equilibrio con otros derechos fundamentales con arreglo al principio de proporcionalidad.

En este contexto, para garantizar un nivel uniforme y elevado de protección de las personas físicas, eliminar los obstáculos a la circulación de datos personales dentro de la Unión Europea y que la aplicación de las normas de protección de los derechos y libertades fundamentales de las personas físicas en relación con el tratamiento de datos de carácter personal sea coherente y homogénea, se ha aprobado el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento General de Protección de Datos) de aplicación directa en toda la Unión Europea, aplicable desde el 25 de mayo de 2018.

Si bien, este Reglamento General de Protección de Datos reconoce también un margen de maniobra para que los Estados miembro especifiquen sus normas, incluso con relación al tratamiento de categorías especiales de datos personales —datos sensibles— y respecto a determinadas circunstancias relativas a situaciones específicas de tratamiento, entre otras, las relativas a las condiciones de licitud del tratamiento de datos. A tal fin, en España se ha aprobado la Ley Orgánica 3/2018 de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, cuya entrada en vigor ha tenido lugar el día 7 de diciembre de 2016.

En esta norma española como el Reglamento comunitario se refuerza la protección de los menores en el entorno digital. Precisamente, el considerando número 38 del citado Reglamento señala que, «los niños merecen una protección específica de sus datos personales, ya que pueden ser menos conscientes de los riesgos, consecuencias, garantías y derechos concernientes al tratamiento de datos

personales. Dicha protección específica debe aplicarse en particular, a la utilización de datos personales de niños con fines de mercadotecnia o elaboración de perfiles de personalidad o de usuario y a la obtención de datos personales relativos a los niños cuando se utilicen servicios ofrecidos directamente a un niño».

Se ha de proteger su derecho a la privacidad que abarca los derechos fundamentales al honor, intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18. 1 de la Constitución Española) y el derecho a la protección de datos personales (art. 18.4 de la citada norma fundamental). Además, se ha de primar en cualquier actuación en que intervengan menores su interés superior.

En todo caso, antes que cualquier persona física consienta el tratamiento de sus datos personales, atendiendo al principio de transparencia y el derecho a la información, se ha de informar previamente del tratamiento de los datos de forma concisa, transparente, inteligible y de fácil acceso, con un lenguaje claro y sencillo, en particular cuando se trata de información dirigida específicamente a un menor y esta información se facilitará por escrito o por otros medios incluso los electrónicos (art. 12.1 del Reglamento).

Sobre tales bases, el presente estudio se va a centrar en el análisis de los diferentes instrumentos y medidas dirigidas a la protección de los menores en el entorno digital —los llamados *millenials* o nativos digitales o tecnológicos, o Generación Y— previstas en ambas normativas europea y nacional, pues aunque son ávidos usuarios de las nuevas tecnologías, son también poco conscientes de los riesgos que se derivan de su uso.

II. CONSENTIMIENTO DE MENORES DE EDAD EN EL REGLAMENTO GENERAL DE PROTECCIÓN DE DATOS Y LEY ORGÁNICA 3/2018 DE PROTECCIÓN DE DATOS Y GARANTÍA DE LOS DERECHOS DIGITALES

El consentimiento de las personas físicas titulares de los datos personales representa una de las seis bases jurídicas para el tratamiento de datos personales que se enumeran en el artículo 6.1 del Reglamento y que determina la licitud del tratamiento[3]. Asimismo, es una herramienta que posibilita a los interesados el control sobre sus datos personales y, en consecuencia, una capacidad de decisión y elección con respecto a si quiere que se traten o no sus datos. Como establece el Dictamen 15/2011 sobre la definición del consentimiento adoptado el 13 de julio de 2011 por el Grupo de Trabajo del Artículo 29 —actualmente sustituido por el Comité Europeo de Protección de Datos que en sesión de 25 de mayo de 2018 ha asumido las Directrices sobre el Reglamento General de Protección de Datos aprobadas por el citado Grupo de Trabajo— la invitación para que una persona acepte una operación de tratamiento de datos debe estar sujeta a requisitos estrictos, ya que afecta a los derechos fundamentales del interesado y el responsable del tratamiento desea realizar una operación de tratamiento que, sería ilícita sin el consentimiento del interesado. El papel fundamental del consentimiento está indicado en los artículos 7 y 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Supone una herramienta que, permite a los interesados el control sobre sus datos personales vayan a ser o no tratados y, asimismo, su obtención no niega o disminuye en modo alguno la obligación del responsable del tratamiento de respetar los principios del tratamiento establecido en el Reglamento —en particular, los principios de lealtad, necesidad y proporcionalidad, así como la calidad de los datos (art. 5)—. Se define en el artículo 4.11 como «toda manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca

por la que el interesado acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen». Igual definición se contiene en el artículo 6.1 de la Ley Orgánica 3/2018 de Protección de Datos al disponer que «1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 4.11 del Reglamento (UE) 2016/679, se entiende por consentimiento del afectado toda manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca por la que este acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen». Este concepto básico que, se contienen en ambas normas, es similar al establecido en la derogada Directiva 95/46/CEE que en su artículo 7 letra a) conceptuaba el consentimiento como «toda manifestación de voluntad libre, específica e informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernan, que debe ser otorgado «de forma inequívoca» con el fin que el tratamiento de los datos sea legítimo».

Asimismo, se indica en el citado artículo 4 apartado 11 del Reglamento que, este deberá ser «libre, específico, informado e inequívoco y el responsable del tratamiento de datos deberá probar que el «titular consistió el tratamiento de sus datos». Por tanto, los elementos de un consentimiento válido son que la manifestación de voluntad que el interesado sea: libre, específica, informada e inequívoca, por la que el interesado acepta ya mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen. El término manifestación de voluntad libre supone elección y control real por parte del interesado de sus datos y que no haya un vicio que lo invalide. Si el interesado no puede elegir libremente, o se siente obligado a dar el consentimiento, o, en fin, sufre consecuencia negativas, si no lo da, el consentimiento no será válido[4].

El considerando número 43 del Reglamento indica que, «para garantizar que el consentimiento se ha dado libremente, este no debe constituir fundamento jurídico válido para el tratamiento de datos de carácter personal en un caso concreto en el que exista un desequilibrio claro entre el interesado y el responsable, en particular cuando dicho responsable sea una autoridad pública y sea por lo tanto improbable que el consentimiento se haya prestado libremente en todas las circunstancias de dicha situación particular». De forma que, en este caso puede haber otras bases jurídicas que, sean más adecuadas para fundamentar el tratamiento de datos por las autoridades públicas como las previstas en el artículo 6.1 letra c) del citado Reglamento «para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento» o letra e) «para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento».

Por otra parte, el consentimiento a un tratamiento de datos personales que, no es necesario, no puede considerarse como requisito obligatorio para la ejecución del contrato o la prestación de un servicio. El artículo 7 en su apartado 4 del Reglamento dispone al respecto que: «Al evaluar si el consentimiento se ha dado libremente, se tendrá en cuenta en la mayor medida posible el hecho de si, entre otras cosas, la ejecución de un contrato, incluida la prestación de un servicio, se supedita al consentimiento al tratamiento de datos personales que no son necesarios para la ejecución de dicho contrato». Efectivamente, la solicitud del consentimiento puede estar vinculada a la ejecución del contrato por parte del responsable del tratamiento, de forma que, si el interesado se niega a poner a disposición del responsable sus datos para su tratamiento, puede correr el riesgo que se le deniegue el servicio que ha solicitado. En consecuencia, si los datos solicitados no son necesarios para la ejecución del contrato y, por

ende, la prestación de un servicio y la ejecución del contrato se condiciona a la prestación del consentimiento, se aplicaría el artículo 7.4; por el contrario, si el tratamiento es necesario para la ejecución del contrato, incluida la prestación del servicio, tal precepto no será de aplicación. Ciertamente, se emplea la expresión «se tendrá en cuenta en la mayor medida posible», lo que sugiere que el responsable del tratamiento debe proceder con especial cuidado en aquellos casos en que un contrato y, la prestación de un servicio puede estar vinculado a la solicitud del consentimiento para el tratamiento de datos personales, cuando no son necesarios. El mencionado considerando número 43 del Reglamento señala al respecto que «se presume que el consentimiento no se ha dado libremente (…) cuando el cumplimiento de un contrato, incluida la prestación de un servicio, sea dependiente del consentimiento, aun cuando este no sea necesario para dicho cumplimiento», por lo que tal presunción, determina que, los supuestos en que el consentimiento se ha dado libremente, tendrán carácter excepcional.

De todas formas, la carga de la prueba respecto al artículo 7.4 recae sobre el responsable del tratamiento, pues, en el apartado 1 de dicho artículo se estipula que, el responsable debe demostrar que el interesado ha dado libremente su consentimiento.

En esta línea, el artículo 6.3 de la Ley Orgánica 3/2018 de Protección de Datos dispone que: «no podrá supeditarse la ejecución del contrato a que el afectado consienta el tratamiento de los datos personales para finalidades que no guarden relación con el mantenimiento, desarrollo o control de la relación contractual».

Ahora bien, de nuevo el considerando número 43 del Reglamento aclara que se presume que el consentimiento no se ha dado libremente «cuando no permita autorizar por separado las distintas operaciones de tratamiento de datos personales pese a ser adecuado en el caso concreto». Además señala el considerando número 32 que «el consentimiento debe darse para todas las actividades de tratamiento realizadas con el mismo o los mismos fines. Cuando el tratamiento tenga varios fines, debe darse el consentimiento para todos ellos». Por lo que, si el responsable del tratamiento opera sobre varios fines para el tratamiento, y no ha intentado obtener el consentimiento para cada fin por separado, no puede considerarse que se haya prestado el consentimiento libre para todos los fines.

En fin, el consentimiento no es libre, si se causa perjuicio al interesado por el responsable del tratamiento. Perjuicio que, puede derivar, bien del engaño, intimidación, coerción o consecuencias negativas si un interesado no da su consentimiento, bien del coste que puede tener para el interesado, si se niega o retira el consentimiento. Por tanto, el responsable ha de demostrar que, el interesado prestó el consentimiento sin ningún tipo de vicio, y que puede negarse a prestarlo o retirarlo sin coste añadido, ni perjuicio alguno. El considerando número 42 del Reglamento señala, precisamente, que «el consentimiento no debe considerarse libremente prestado cuando el interesado no goza de verdadera o libre elección o no puede denegar o retirar su consentimiento sin sufrir perjuicio alguno».

Por otra parte, el artículo 6 apartado 1 letra a) del Reglamento dispone que, el consentimiento del interesado para el tratamiento de sus datos debe darse «para uno o varios fines específicos» y que un interesado puede elegir con respecto a cada uno de dichos fines. De ahí que, el consentimiento debe ser específico y tenga por objeto garantizar un nivel de control y transparencia para el interesado.

En esta línea, el artículo 6.2 de la Ley Orgánica 3/2018 de Protección de Datos establece que: «cuando se pretenda fundar el tratamiento de los datos en el consentimiento del afectado para una pluralidad de finalidades será preciso

que conste de manera específica e inequívoca que dicho consentimiento se otorga para todas ellas».

Otro de los requisitos del consentimiento es que, este debe ser informado. El principio de transparencia relacionado con el de lealtad y licitud exige que, se facilite información a los interesados antes de obtener su consentimiento y resulta esencial para que el interesado pueda tomar decisiones informadas, comprenda lo que está autorizando. Si el responsable no proporciona información accesible, el consentimiento no constituirá una base válida para el tratamiento de los datos.

Esta información se debe facilitar en un lenguaje claro y sencillo, esto es, debe ser comprensible para el ciudadano medio y sobre todo para los menores atendiendo a su grado de madurez y desarrollo. De conformidad, con el considerando número 32 del Reglamento, si el consentimiento se solicita por medios electrónicos, la información se podrá también facilitar de esta forma.

En fin, el consentimiento debe ser inequívoco esto es, aquel que se ha prestado mediante una manifestación del interesado mediante una clara acción afirmativa[5]. Una clara «acción afirmativa» significa que el interesado debe haber actuado de forma deliberada para dar el consentimiento a ese tratamiento en particular[6]. No se admiten formas de consentimiento tácito o por omisión[7], ya que se basa en la inacción ni el consentimiento implícito o presunto —esto es, deducirse de la conducta del interesado sin necesidad de una declaración de voluntad expresa—. En consecuencia, el uso de casillas de aceptación ya marcadas no resulta válido con arreglo al Reglamento General de Protección de Datos. El silencio o la inactividad del interesado o simplemente continuar con un servicio no pueden considerarse como una indicación activa de haber realizado una elección. Asimismo, la aceptación global a los términos y condiciones generales no puede considerarse una clara acción afirmativa destinada a dar el consentimiento al uso de datos personales[8].

A tal fin, los responsables del tratamiento deben diseñar unos mecanismos claros para la prestación de consentimiento y garantizar que la acción mediante la que se presta el consentimiento se diferencia de otras acciones. Así, el artículo 7 apartado 2 del Reglamento dispone que: «*Si el consentimiento del interesado se da en el contexto de una declaración escrita que también se refiera a otros asuntos, la solicitud de consentimiento se presentará de tal forma que se distinga claramente de los demás asuntos, de forma inteligible y de fácil acceso y utilizando un lenguaje claro y sencillo. No será vinculante ninguna parte de la declaración que constituya infracción del presente Reglamento*». Como complemento de lo anterior, el considerando número 32 del Reglamento clarifica los supuestos que, pueden considerarse consentimiento, así manifiesta al respecto que «el consentimiento debe darse mediante un acto afirmativo claro que refleje una manifestación de voluntad libre, específica, informada, e inequívoca del interesado de aceptar el tratamiento de datos de carácter personal que le conciernen, como una declaración por escrito, inclusive por medios electrónicos, o una declaración verbal. Esto podría incluir marcar una casilla de un sitio web en Internet, escoger parámetros técnicos para la utilización de servicios de la sociedad de la información, o cualquier otra declaración o conducta que indique claramente en este contexto que el interesado acepta la propuesta de tratamiento de sus datos personales. Por tanto, el silencio, las casillas ya marcadas o la inacción no deben constituir consentimiento»; y añade este considerando respecto al consentimiento en el caso de tratamiento de datos con múltiples finalidades que «El consentimiento debe darse para todas las actividades de tratamiento realizadas con el mismo o los mismos fines. Cuando el tratamiento tenga varios fines, debe darse el consentimiento para todos ellos. Si

el consentimiento del interesado se ha de dar a raíz de una solicitud por medios electrónicos, la solicitud ha de ser clara, concisa y no perturbar innecesariamente el uso del servicio para el que se presta»[9]. Asimismo, el considerando número 42 del citado Reglamento precisa que, cuando el tratamiento se lleva a cabo con el consentimiento del interesado «el responsable del tratamiento debe ser capaz de demostrar que aquel ha dado su consentimiento a la operación de tratamiento. En particular en el contexto de una declaración por escrito efectuada sobre otro asunto, debe haber garantías que el interesado es consciente del hecho que da su consentimiento y de la medida en que lo hace».

En cualquier caso, el consentimiento siempre debe obtenerse antes que el responsable del tratamiento empiece a tratar los datos personales para los que se requiere el consentimiento.

Ahora bien, el consentimiento, además de inequívoco, debe ser explícito cuando se traten datos especialmente sensibles [art. 9.2 a)]; en caso de adopción de decisiones automatizadas, incluida la elaboración de perfiles (art. 22), y en la transferencia internacional de datos [art. 49.1 a) del Reglamento]; y representan un supuesto de licitud o legitimidad del tratamiento de los datos personales [art. 6.1 a) del Reglamento]. De forma que, el consentimiento explícito se requiere en determinadas situaciones en las que existe un grave riesgo en la protección de los datos y se considera adecuado que, exista un mayor nivel de control sobre los datos personales. Además se refiere a la manera en que el interesado expresa el consentimiento. Se requiere que el interesado realice una declaración expresa del consentimiento, lo que puede tener lugar mediante una declaración escrita o por vía electrónica —correo electrónico—, o mediante declaraciones verbales, si bien en todos los supuestos se requiere que el responsable pueda demostrar que se cumplieron todas las condiciones para el consentimiento explícito válido[10].

Sobre tales bases, al igual que, cualquier interesado puede otorgar el consentimiento en los términos legalmente establecidos, también puede revocarlo o retirarlo en cualquier momento. Si bien, antes de dar su consentimiento, el interesado debe ser informado de tal posibilidad. De todas formas, la retirada del consentimiento no afectará a la licitud del tratamiento basada, precisamente, en el consentimiento previo a su retirada; y, asimismo, corresponde al responsable del tratamiento facilitar tanto la prestación del consentimiento como su retirada (art. 7.3), esto es, poner a disposición del interesado todas las medidas técnicas necesarias que, posibiliten ambos actos. El citado artículo 7 apartado 3 del Reglamento establece, por tanto que, el responsable del tratamiento debe garantizar que el interesado puede retirar su consentimiento en cualquier momento y debe ser, igual de fácil, darlo que retirarlo. Asimismo, el interesado debe poder retirar el consentimiento sin sufrir perjuicio alguno y el responsable debe posibilitar la retirada del consentimiento de forma gratuita y sin que disminuya el nivel en la prestación del servicio. En todo caso, el responsable debe informar al interesado del derecho a retirar el consentimiento antes que preste dicho consentimiento y, además, en el marco de la obligación de transparencia, el responsable debe informar a los interesados de cómo ejercer sus derechos. Así, estos pueden solicitar la supresión de los datos que se le conciernan sobre la base del consentimiento una vez que este ha sido retirado [art. 17 apartado 1 letra b) del Reglamento]. Si el interesado retira el consentimiento y el responsable continúa con el tratamiento de los datos operando sobre otra base jurídica, no podrá usar el consentimiento para esa otra base jurídica sin comunicarlo. De todas formas, cualquier cambio en la base jurídica para realizar un tratamiento de datos debe notificarse al interesado de conformidad con los requisitos de

información contenidos en los artículos 13 y 14 del Reglamento y en virtud del principio general de transparencia[11].

Centrándonos en el consentimiento de menores de edad, el artículo 8 del Reglamento dispone que: «*1. Cuando se aplique el artículo 6, apartado 1, letra a), en relación con la oferta directa a niños de servicios de la sociedad de la información, el tratamiento de los datos personales de un niño se considerará lícito cuando tenga como mínimo 16 años. Si el niño es menor de 16 años, tal tratamiento únicamente se considerará lícito si el consentimiento lo dio o autorizó el titular de la patria potestad o tutela sobre el niño, y solo en la medida en que se dio o autorizó. Los Estados miembro podrán establecer por ley una edad inferior a tales fines, siempre que esta no sea inferior a 13 años. 2. El responsable del tratamiento hará esfuerzos razonables para verificar en tales casos que el consentimiento fue dado o autorizado por el titular de la patria potestad o tutela sobre el niño, teniendo en cuenta la tecnología disponible. 3. El apartado 1 no afectará a las disposiciones generales del Derecho contractual de los Estados miembro, como las normas relativas a la validez, formación o efectos de los contratos en relación con un niño*»[12]. Por su parte, en esta línea, el citado considerando número 38 del Reglamento pone de manifiesto que «los niños merecen una protección específica de sus datos personales, ya que pueden ser menos conscientes de los riesgos, consecuencias, garantías y derechos concernientes al tratamiento de datos personales. Dicha protección específica debe aplicarse en particular, a la utilización de datos personales de niños con fines de mercadotecnia o elaboración de perfiles de personalidad o de usuario, y a la obtención de datos personales relativos a niños cuando se utilicen servicios ofrecidos directamente a un niño. El consentimiento del titular de la patria potestad o tutela no debe ser necesario en el contexto de los servicios preventivos o de asesoramiento ofrecidos directamente a los niños»[13]. En todo caso, se posibilita a los Estados miembro establecer por ley una edad por debajo de los dieciséis, si bien nunca inferior a trece años. En la antigua regulación de protección de datos, el artículo 13 del RPD establecía la edad de 14 años, por lo que se cumpliría con el parámetro legal fijado. La misma edad se establece en el artículo 7.1 de la Ley Orgánica 3/2018 de Protección de Datos al disponer que: «El tratamiento de los datos personales de un menor de edad únicamente podrá fundarse en su consentimiento cuando sea mayor de catorce años» y añade el citado precepto que «Se exceptúan los supuestos en que la ley exija la asistencia de los titulares de la patria potestad o tutela para la celebración del acto o negocio jurídico en cuyo contexto se recaba el consentimiento para el tratamiento». La información que se facilita al menor ha de ser comprensible y proporcionarse en un lenguaje claro y sencillo con el fin de obtener el consentimiento informado[14]. El artículo 8 se aplica cuando el tratamiento esté relacionado con los servicios de la sociedad de la información —aunque no se excluye su aplicación a otros supuestos—[15] y, son ofrecidos directamente a los niños y, además que el tratamiento se base en su consentimiento[16]. Se opta en la Ley Orgánica 3/2018 de Protección de Datos, al igual que, el Reglamento General de Protección de Datos, por el criterio de la edad —presumiendo que el menor tiene capacidad natural para ello— y no por el de suficiente madurez contenido en el artículo 162.1 del Código civil y en el artículo 3.1 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo de protección civil del derecho al honor, intimidad personal y familiar y a la propia imagen, para determinar la capacidad de los menores para consentir sobre el tratamiento de sus datos. No obstante, no faltan quienes consideran que, atendiendo a una interpretación conjunta de los artículos 8.1 del Reglamento y 7 de la Ley Orgánica y el artículo 162.1 del Código

civil, también los menores de 14 años que, dispongan de suficiente madurez al respecto, podrán consentir[17]. Ciertamente, hay actos que los hijos menores de edad pueden realizar por si solos, bien porque la ley directamente les atribuye la posibilidad de ejercitarlos (derechos de la personalidad —art. 162 CC—), o bien se fija una determinada edad para llevarlos a cabo, o, en fin, se lo permiten sus condiciones de madurez (actos de la vida corriente —art. 1263 CC—). También hay actos de los hijos menores que, solo pueden realizar los padres como sus representantes legales, o pueden ser realizados por aquellos con el complemento o asistencia de sus padres[18]. En todo caso, el artículo 3.1 de la Ley Orgánica 1/1982 permite que, los menores puedan consentir la intromisión en sus derechos al honor, intimidad personal y la propia imagen, si sus condiciones de madurez lo permiten conforme a la legislación y el artículo 4.1 de la citada norma al regular las intromisiones ilegítimas en tales derechos mediante la difusión de información o utilización de la imagen de menores en medios de comunicación, se puede considerar como tales las que supongan un menoscabo en su honor o reputación o sean contrarias a sus intereses «incluso si consta el consentimiento del menor o sus representantes legales» (art. 4.3). Por lo que, sin perjuicio de las acciones de las que sean titulares los representantes legales, corresponde al Ministerio Fiscal su ejercicio que puede actuar de oficio o a instancia del propio menor o de cualquier persona interesada, física o jurídica o entidad pública[19]. En cualquier caso, el menor tiene derecho a ser oído y escuchado tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez. La madurez habrá de valorarse por personal especializado, atendiendo tanto a su desarrollo evolutivo como a su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso. Se considera, no obstante que, tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos. El menor puede expresar su opinión verbalmente o a través de formas no verbales de comunicación (art. 9.1 y 2 de la Ley Orgánica 1/1996)[20]. Por lo que, sobre tal base legal el menor podrá ser oído a partir de los doce años por las autoridades competentes, incluidas las autoridades de protección de datos, si tiene suficiente madurez. En todo caso, recordemos que, hay una excepción al consentimiento del menor mayor de catorce años para el tratamiento de sus datos, cuando la ley exija la asistencia de los titulares de la patria potestad o la tutela para la celebración de un acto o negocio jurídico, debiendo estos consentir tal tratamiento (art. 7.1 apartado segundo de la Ley Orgánica 3/2018).

Ahora bien, cuando se prestan servicios de la sociedad de la información a niños sobre la base del consentimiento, el responsable debe adoptar todas las medidas precisas para verificar que, el usuario tiene la edad exigida para prestar su consentimiento digital y estas medidas deben ser proporcionales a la naturaleza y riesgos de la actividad de tratamiento. Al respecto el artículo 8.2 del Reglamento establece que «el responsable del tratamiento hará los esfuerzos razonables para verificar en tales casos que el consentimiento fue dado o autorizado por el titular de la patria potestad o tutela sobre el niño, teniendo en cuenta la tecnología disponible». En todo caso, la verificación de edad no debe conducir a un tratamiento excesivo de datos y debe conllevar una evaluación del riesgo del tratamiento propuesto[21]. La inteligencia artificial puede servir para verificar la identidad y la edad de una persona[22]. Por lo que, si los riesgos son bajos bastará con que indique el año de nacimiento o rellene un formulario en el que declara que son o no menores. Si hay un mayor riesgo se deberán implementar otras

medidas que, quizá, exijan un mayor grado de intervención y de procedimientos para comprobar la edad; en todo caso, los mecanismos de verificación de la edad serán variados atendiendo al caso concreto y a la exigencia o no de comprobaciones adicionales. No se explica que se entiende por esfuerzos razonables, en todo caso, se puede comprobar la edad de los menores, solicitándoles una copia del DNI o certificación de nacimiento[23].

III. CONSENTIMIENTO POR REPRESENTACIÓN

La patria potestad en su configuración jurídico-positiva actual se define como una función que debe ser ejercitada en beneficio de los hijos, en la que se integra un conjunto de derechos, que la ley concede a los padres sobre las personas y bienes de los descendientes con el fin de asegurar el cumplimiento de los deberes que a los primeros incumbe respecto al sostenimiento, educación, formación y desarrollo, en todos los órdenes de los segundos, ya se trate de menores de edad, ya de mayores incapacitados. Solo los padres pueden ser titulares de la misma, y, como tal institución, las facultades que la integran tienen el carácter de intransferibles, irrenunciables, imprescriptibles e indisponibles y de carácter social[24]. Se impide al titular el abandono de las finalidades que su cumplimiento persigue y no se otorga virtualidad extintiva a la dejación del ejercicio. En definitiva, lo que prima en esta institución es la idea de beneficio o interés de los hijos, conforme establece dentro del Título VII «De las relaciones paterno-filiales», del Libro I del Código civil, que regula los derechos y deberes de los padres, que derivan de la titularidad de la potestad (arts. 154 a 171)[25].

Por su parte, la Constitución española otorga rango constitucional a la responsabilidad primaria de los padres en la atención y educación de sus hijos, aunque no lo mencione expresamente. Así, el artículo 39 dispone que «*1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.*

2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales estos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.

3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en los que legalmente proceda.

4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos».

La actuación de los poderes públicos en relación con el menor se sustancia en tres ámbitos concretos: 1) Se indica que los poderes deben asegurar la protección integral de los menores de edad; 2) La función de atender a los hijos corresponde a los padres; 3) A los menores de edad se les reconocen los derechos que recogen los acuerdos internacionales sobre la infancia, que España ha ratificado[26].

No obstante, pese a que se reconoce rango constitucional a la potestad de los padres sobre sus hijos menores de edad, no se le otorga, sin embargo, el valor de derecho fundamental, sino como un principio rector más de la política social y económica, al formar parte el citado artículo 39 del Capítulo III del Título I y no del Capítulo II del Título I relativo a los derechos fundamentales.

Ahora bien, la patria potestad se configura como una institución en beneficio o interés superior del hijo y el respeto a su personalidad y autonomía; de ejercicio conjunto por regla general; sometida al control y vigilancia judicial y, en su caso, de la Administración Pública —ante situaciones de riesgo y desamparo—;

y, con la posibilidad de darse audiencia a los hijos menores de edad, si tuvieren suficiente madurez antes de adoptar decisiones que les afecten (art. 154 CC)[27].

En este contexto, si estamos ante el tratamiento de los datos de los menores de catorce años, solo será lícito el consentimiento, si consta el del titular de la patria potestad o tutela, con el alcance que determinen los titulares de la patria potestad o de la tutela (art. 7.2 de la Ley Orgánica 3/2018 de Protección de Datos) sobre la base de la obligación de velar por los hijos y de representarlos que tienen quienes ejercen la potestad parental (arts. 154.1 y 2 CC) y, en el cumplimiento de las funciones tutelares en beneficio del tutelado que corresponde a los tutores (art. 216 CC)[28]. Todo ello sin perjuicio que, cualquier conflicto de intereses que tenga lugar en este ámbito de actuación entre los padres y su hijo menor, pueda determinar el nombramiento de un defensor judicial, salvo que, el interés opuesto solo exista con respecto a uno de los progenitores, correspondiendo al otro representar al menor o completar su capacidad (art. 163 CC)[29], o bien la intervención judicial ante cualquier decisión parental que resulte perjudicial para el menor (art. 158 CC). Ahora bien, ni el Reglamento General de Protección de Datos, ni esta Ley Orgánica establecen cómo se obtiene el consentimiento de los padres o quien tiene derecho a realizar dicha acción. En las Directrices sobre consentimiento el GT29 recomienda la adopción de un enfoque proporcionado, en consonancia con el artículo 8 apartado 2 y el artículo 5 apartado 1 letra c) del Reglamento (minimización de datos). Un enfoque proporcionado puede centrarse en obtener una cantidad limitada de información, por ejemplo, los datos de contacto de un padre o tutor[30]. De todas formas, como norma general, los responsables del tratamiento deben evitar soluciones de verificación que conlleven una excesiva recogida de datos personales[31] y articular los procedimientos que garanticen la comprobación de la edad del menor y, como señalaba, el artículo 13.4 del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999 la autenticidad del consentimiento prestado por los padres o tutores. Por su parte, BRITO IZQUIERDO propone tener en cuenta los criterios de verificación del consentimiento paterno, previstos en la normativa norteamericana de protección en línea del derecho a la privacidad de los niños, más conocida como COPPA (*Children's Online Privacy Protection Act* de 1998)[32].

En este contexto, como regla general, la patria potestad se ejerce conjuntamente, por lo que, el consentimiento para el tratamiento de los datos de los hijos menores de 14 años han de prestarlo ambos progenitores o uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Así pues la regla general es el ejercicio conjunto de la patria potestad, ya sea mediante la concurrencia de ambos progenitores en el acto que se trate, procurando el interés del hijo, o mediante la actuación de uno de ellos con el consentimiento expreso o tácito del otro[33]. Además se prevé que, también serán válidos los actos llevados a cabo por uno de los progenitores conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad —que no admiten demora—[34]. En caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrán acudir al juez, quien después de oír a ambos y al hijo, si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuir la facultad de decidir al padre o a la madre —esto es, la facultad de consentir o no el tratamiento de los datos de sus hijos menores de 14 años— (desacuerdos simples u ocasionales). La intervención judicial en estos casos consiste en atribuir la facultad de decidir a uno u otro de los progenitores, bajo el criterio del interés del menor y el hijo habrá de ser oído, si tiene suficiente madurez y, en todo caso, fuera mayor de doce años. Si los desacuerdos fueran reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente

el ejercicio de la patria potestad, se podrá atribuir la facultad de decidir total o parcialmente a uno de los padres, o distribuir entre ellos las funciones, entre las que se puede encontrar el consentir el tratamiento de los datos de sus hijos menores de catorce años (art. 156 párrafo segundo CC). Por lo que, en este caso la decisión judicial implicará o bien la atribución total del ejercicio a uno de los padres, o la atribución parcial, esto es, el ejercicio de una o varias funciones que expresamente se atribuyen; o en fin, distribuir las funciones entre los padres, de manera que cada uno de los progenitores ejerzan individualmente las que se le hubiera asignado. Si bien, respecto de las actuaciones señaladas y con el objeto de proteger a los terceros que actúan de buena fe y han confiado en la apariencia, el artículo 156 apartado 3 del Código civil establece una presunción *iuris et de iure* que cada uno de los progenitores actúa en el ejercicio ordinario de la patria potestad con el consentimiento del otro[35]. Ahora bien, si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva; si bien, se permite al juez a solicitud fundada del otro progenitor y, en interés del hijo atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes al ejercicio (art. 156 párrafo 5 CC). En este caso, se atribuye al progenitor que conviva con el hijo el ejercicio de la patria potestad, dejando a salvo las medidas que pueda solicitar el otro progenitor. Por otra parte, si los padres viven separados (separación de hecho) y no decidieran de común acuerdo, el juez decidirá siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de que progenitor quedan los hijos menores de edad. No obstante, el juez oirá antes de tomar esta medida, a los hijos que tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años (art. 159 CC)[36]. Si, en fin, estamos ante un supuesto de separación, nulidad o divorcio, —aunque respecto al ejercicio habrá que estar a lo establecido en convenio regulador o en la sentencia judicial de separación, nulidad o divorcio en caso de procedimiento contencioso—, en relación a la toma de decisiones relativas al tratamiento de datos de sus hijos menores de 14 años, habrá de consentir ambos conjuntamente, al ser cotitulares de la patria potestad. No obstante, en caso de privación de la patria potestad por ministerio de la ley, el progenitor privado de la misma no podrá en este supuesto consentir (art. 170 CC). Y, asimismo, aun siendo la regla general el ejercicio conjunto de la patria potestad, el Código civil contempla también determinados supuestos en los que el ejercicio de la patria potestad es individual: así en el caso de ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los padres, la patria potestad se ejercerá de forma exclusiva por el otro, único legitimado, en consecuencia, para consentir (art. 156 apartado 4 CC)[37]. En todo caso, atendiendo a que, el derecho a la propia imagen en su dimensión constitucional se configura como un derecho de la personalidad que atribuye a su titular la facultad de disponer de la representación en su aspecto físico que permita su identificación (art. 18.1 de la CE), y que la representación fotográfica de un menor constituye un dato de carácter personal, hay una tendencia actual socialmente aceptada por algunos padres de publicar constantemente imágenes de sus hijos menores en diferentes situaciones en redes sociales (Facebook, Instagram), lo que se conoce como «sharenting» o «oversharing» que, no es más que una continua exposición de los menores en actividades cotidianas, en encuentros familiares o en momentos especiales conformando lo que será su futura «identidad o huella digital», y aunque, en principio, las personas que acceden a tales imágenes, en la mayoría de las ocasiones, son familiares o amigos[38], ello no impide que, toda la información que se publique, esté completamente controlada y en con-

secuencia, se esté proporcionando una innecesaria información a terceros que puede ser aprovechada, precisamente, para la práctica de conductas delictivas, poniendo en peligro con ello la propia integridad física o psíquica del menor o, que, en sí mismos tales comportamientos parentales pueden llegar a constituir una vulneración de la intimidad y propia imagen del hijo o de su privacidad[39]. La cuestión se complica más cuando los padres están separados o divorciados, pues, se requiere el consentimiento de ambos —en cuanto cotitulares de la patria potestad— para que, cualquiera de ellos pueda subir una fotografía de sus hijos menores a Internet[40]. De todas formas, esta información que permanece en Internet a lo largo del tiempo, el artículo 94.3 de la Ley Orgánica 3/2018 de Protección de Datos —de cuyo análisis nos ocuparemos en otro apartado de este estudio— posibilita el ejercicio del derecho al olvido en servicios de redes sociales y servicios equivalentes por el afectado respecto de los datos que hubieran sido facilitados al servicio por él o por terceros —por ejemplo, sus progenitores—, precisamente, durante su minoría de edad, debiendo el prestador proceder sin dilación a su supresión por su simple solicitud, sin necesidad de que concurran las circunstancias mencionadas en el apartado 2 del citado precepto.

A todo ello, procede, asimismo señalar que, esa continua sobreexposición de los menores en redes sociales es fruto también de su propia actuación en Internet, ellos mismos son los que proporcionan información, difunden sus imágenes, videos con el peligro que entraña esta sobreexposición y el compartir contenidos con los constantes reenvíos que realizan unos a otros que, pueden derivar en situaciones de acoso o en otras formas delictivas, a lo que, precisamente contribuye el fácil acceso a dispositivos como smartphones, tablets, ordenadores y ahora los smartwatch sobre todo por el uso de estos últimos dispositivos a edades tempranas[41]. De ahí, la importancia del control parental y los dispositivos existentes para ello en la correspondiente proporcionalidad[42].

En todo caso, cualquier actuación y decisión habrá de tener en cuenta fundamentalmente el interés superior del menor que, ha de primar sobre cualquier otro interés que puede concurrir, las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán restrictivamente y se ha de preservar su identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, así como la no discriminación del mismo por estas o cualesquiera otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad (art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor, de modificación del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Y, asimismo, como establece el artículo 84.1 de la Ley Orgánica 3/2018 de Protección de Datos: «Los padres, madres, tutores, curadores o representantes legales procurarán que los menores de edad hagan un uso equilibrado y responsable de los dispositivos digitales y de los servicios de la sociedad de la información a fin de garantizar el adecuado desarrollo de su personalidad y preservar su dignidad y sus derechos fundamentales» y añade en su apartado segundo que «La utilización y difusión de imágenes o información personal de menores en las redes sociales y servicios de la sociedad de la información equivalentes que puedan implicar una intromisión ilegítima en sus derechos fundamentales determinará la intervención del Ministerio Fiscal, que instará las medidas cautelares y de protección previstas en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor»; y, el artículo 92 párrafo primero de esta misma Ley Orgánica 3/2018 amplía tal responsabilidad a los centros docentes al disponer que: «Los centros educativos y cualesquiera personas físicas o jurídicas que desarrollen actividades en las que participen menores de edad garantizarán la protección

del interés superior del menor y sus derechos fundamentales, especialmente el derecho a la protección de datos personales, en la publicación o difusión de sus datos personales a través de servicios de la sociedad de la información»; y, además, del deber de las Administraciones educativas de contribuir a un uso responsable de las tecnologías mediante el diseño de un bloque de asignaturas de libre configuración que incluyan la competencia digital, así como elementos relacionados con situaciones de riesgo derivadas de la inadecuada utilización de las TIC, con especial atención a las situaciones de violencia en la red (art. 83.1 apartado segundo de la Ley Orgánica 3/2018). Ciertamente, la educación y la responsabilidad son instrumentos esenciales para la protección de datos de los menores y han de orientar la actuación de los padres y las políticas educativas que se acometan y se impartan en los centros docentes.

En todo caso, el citado artículo 84.2 otorga una papel activo al Ministerio Fiscal en la protección de los menores en Internet, y remite a la Ley Orgánica 1/1996 en cuanto a la adopción de medidas cautelares y de protección atendiendo siempre al interés superior del menor. De igual forma, el artículo 4.2 de la mencionada Ley Orgánica 1/1996 prevé la intervención del Ministerio Fiscal frente a la difusión de información o utilización de imágenes o nombre de los menores en los medios de comunicación que, puedan implicar intromisión ilegítima en su intimidad, honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses. Asimismo, dicha intervención supone instar las medidas cautelares y de protección prevista en esta Ley, además de solicitar la correspondiente indemnización por los perjuicios causados. Por su parte, el artículo 4.3 de la Ley Orgánica 1/1996 considera intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor, cualquier utilización de su imagen o nombre en los medios de comunicación que puede implicar menoscabo en su honra o reputación o que sea contraria a sus intereses, incluso si consta el consentimiento del menor o sus representantes legales[43]. Ciertamente, la operatividad de este precepto se centra en la protección de la imagen o nombre de los menores en los medios de comunicación —radio, prensa escrita y digital y televisión— y, determina que, aun existiendo consentimiento del menor o de sus representantes legales pueda entenderse intromisión ilegítima cualquier utilización de la imagen o nombre del menor, si va en contra de su interés y determina la necesaria actuación del Ministerio Fiscal que, puede ser de oficio o a instancia del propio menor o cualquier persona interesada, física o jurídica o entidad pública, mientras que, el artículo 84.2 tiene su campo de actuación en las redes sociales y servicios de la sociedad de la información equivalentes, por lo que no será parece posible una traslación del contenido del citado artículo 4 vía la citada remisión y, en consecuencia, considerar que, esta remisión a la Ley Orgánica 1/1996 alcanza, esencialmente, a lo que representan las medidas cautelares y de protección necesarias para asegurar un adecuado amparo o protección del menor, valga la redundancia, atendiendo siempre a su interés superior. En todo caso, la intervención del Ministerio Fiscal ante la utilización o difusión de imágenes o información personal de menores en las redes sociales y servicios de la sociedad de la información equivalentes puede ser de oficio o a instancia de los propios menores —ante una eventual actuación «intensa» de sus padres en tales servicios de la sociedad de la información, en los términos apuntados, vulnerando su interés superior—[44], o de cualquier persona interesada, física o jurídica o entidad pública; y, a diferencia, de la previsión de actuación del Ministerio Fiscal que, contiene el artículo 4.3 respecto a los medios de comunicación, que tiene lugar aunque conste el consentimiento del menor o sus representantes legales, atendiendo siempre al

interés superior del menor, no parece que, pueda ser trasladable dicho campo de operatividad del precepto a la intervención también del Ministerio Fiscal en la utilización o difusión de imágenes o información personal de los menores en redes sociales y servicios de la sociedad de la información, al orientarse más la remisión a la adopción de medidas cautelares y de protección cuando resulten necesarias, como así lo establece el artículo 84.2 de la Ley Orgánica 3/2018 de Protección de Datos.

En este contexto, efectivamente resulta esencial que los datos referidos a menores de edad serán objeto de especial consideración y tratamiento, empleando para ello las medidas de seguridad que mejor se adapten y cubran las exigencias de protección y particular cuidado que, exigen este segmento de la población, especialmente vulnerable y, por ende, de realizar la correspondiente evaluación de impacto de las operaciones de tratamiento de los datos de tales menores frente a los riesgos que pueda entrañar para sus derechos y libertades (art. 35.1 del Reglamento). Igualmente, se ha de ser especialmente cuidadoso en el tratamiento de datos biométricos y de datos de geolocalización, respecto de los que, además de aplicarse el principio de proporcionalidad y minimización en la utilización de estos datos, se debe informar a los menores de edad mayores de catorce años o a los padres o tutores en el caso de menores de catorce años y contar con el consentimiento expreso de los menores o de los padres o tutores, cuando estos no puedan prestarlo[45]. Asimismo, se debe ser especialmente enérgico y eficaz en la protección de los menores cuando actúan en redes sociales.

IV. INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y REDES SOCIALES

La Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio ha reformado el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996 que con relación al interés del menor, después de indicar que, estamos ante un concepto jurídico indeterminado que, ha sido objeto de diversas interpretaciones a lo largo de estos años, lo define en su Preámbulo desde un contenido triple: como derecho sustantivo, como principio general y como norma de procedimiento. Respecto de esta triple dimensión, se indica además, en el citado Preámbulo que, el interés del menor tiene una misma finalidad: asegurar el respeto completo y efectivo de tales derechos del menor, así como su desarrollo integral y añade que, a la luz de estas consideraciones, es claro que la determinación del interés superior del menor en cada caso, debe basarse en una serie de criterios aceptados y valores universalmente reconocidos por el legislador que, deberán ser tenidos en cuenta y ponderados en función de diversos elementos y circunstancias del caso. Precisamente, los criterios a tener en cuenta en la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor se ponderarán teniendo en cuenta: a) La edad y madurez del menor; b) La necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación por su especial vulnerabilidad; c) El irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo; d) La necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad, así como minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material y emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro; e) La preparación del tránsito a la edad adulta e independiente, de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales; f) Aquellos otros elementos de ponderación que, en el supuesto concreto, sean considerados pertinentes y respeten los derechos de los menores. De concurrir el interés superior del menor con otro interés legítimo, deberán

priorizarse aquellas medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes. En el caso de no poderse respetar todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir[46].

FERNÁNDEZ ACEVEDO define las redes sociales on line como «estructuras sociales compuestas por un grupo de personas que comparten un interés común, relación o actividad a través de Internet o de un canal de comunicación digital y en donde tienen lugar ciertas conexiones virtuales entre las personas que conforman dicho grupo, las cuales pueden ser recopiladas mediante una serie de informaciones que muestren las preferencias de consumo de información ya sea a través de una comunicación en tiempo real o ya sea a través de una comunicación diferida en el tiempo»[47]. Según el Dictamen 5/2009 sobre las redes sociales en línea, elaborados, adoptado el 12 de junio de 2009 (WP 163) por el Grupo de Trabajo del Artículo 29 los servicios de redes sociales (SRS) pueden conceptuarse como «plataformas de comunicación en línea que permiten a los individuos crear redes de usuarios que comparten intereses comunes». Asimismo, en este Dictamen el GT29 califica los servicios de redes sociales como servicios de la sociedad de la información que comparten determinadas características: «1. Los usuarios deben proporcionar datos personales para generar su descripción o "perfil"; 2. Los SRS proporcionan también herramientas que permiten a los usuarios poner su propio contenido en línea (contenido generado por el usuario como fotografías, crónicas o comentarios, música, vídeo o enlaces hacia otros sitios); 3. La redes sociales funcionan gracias a la utilización de herramientas que proporcionar una lista de contactos para cada usuarios, con las que los usuarios pueden interactuar»[48]. Los proveedores de redes sociales como responsables del tratamiento de datos, en cuanto proporcionan los medios que permiten tratar los datos de los usuarios, deben informar de forma clara y accesible a los usuarios —información por capas—[49], especialmente en el caso que se aporten datos sensibles o se refiera al tratamiento de datos de menores de edad, además de contar con el consentimiento del menor o sus representantes legales —consentimiento granular— (art. 92.2 de la Ley Orgánica 3/2018 de Protección de Datos). Asimismo, han de facilitar el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación —artículo 85 de la Ley Orgánica 3/2018—; supresión o derecho al olvido —artículo 94 de la Ley Orgánica 3/2018—; portabilidad —artículo 95 de la Ley Orgánica 3/2018—; limitación del tratamiento —artículo 16 de la Ley Orgánica 3/2018—; y oposición a los usuarios de redes sociales. Todo ello sin perjuicio de las nuevas obligaciones de las redes sociales en cuanto prestadores de servicios de la sociedad de la información con respecto a los datos de personas fallecidas y, el acceso a sus datos o en su caso, a su rectificación o supresión que, en caso de fallecimiento de menores de edad, corresponde a los representantes legales, o el Ministerio Fiscal en el marco de sus competencias, bien de oficio o a instancia de cualquier persona física o jurídica interesada que, podrán dirigirse al responsable o encargado del tratamiento para solicitar tal acceso, o en su caso, la rectificación o supresión de los datos de sus hijos menores [arts. 3.3 y 96.1 c) de la Ley Orgánica 3/2018].

Por su parte, las aplicaciones móviles (APPS) sirven entre otros fines, para la navegación en Internet, para el entretenimiento —juegos, películas, música—, para las redes sociales y, en fin, para servicios basados en la localización entre otros. El Dictamen 2/2013 sobre las aplicaciones de los dispositivos inteligentes adoptado el 27 de febrero de 2013 (WP 202) define las aplicaciones como «programas informáticos generalmente concebidos para un cometido concreto y dirigido a un determinado conjunto de dispositivos inteligentes como teléfonos inteligentes,

tabletas o televisiones conectados a Internet». Las aplicaciones organizan la información de acuerdo con las características específicas del dispositivo y suelen interactuar con el soporte físico y las características del sistema operativo del mismo, además de posibilitar que, los dispositivos inteligentes puedan conectarse mediante interfaces de red wi-fi, bluetooth[50]. En dicho Dictamen, después de señalar que, los niños son ávidos usuarios de aplicaciones, ya sea en dispositivos propios o en dispositivos compartidos, existiendo al respecto un gran mercado de aplicaciones diversas destinadas a ellos y que, aquellos apenas conocen o comprenden el alcance y la sensibilidad de los datos a que dichas aplicaciones pueden acceder o el alcance de los datos compartidos con terceros para fines publicitarios, recomienda una serie de actuaciones a las partes que participan en el desarrollo, comercialización y explotación de las aplicaciones para alcanzar el máximo nivel de protección de la intimidad y protección de datos: así respecto a los desarrolladores de aplicaciones que crean aplicaciones y/o las ponen a disposición de los usuarios finales, deben por lo que se refiere a las aplicaciones destinadas a niños: prestar atención al límite de edad que define a los niños o los menores de edad en las legislaciones nacionales; escoger el enfoque más restrictivo del tratamiento de datos respetando íntegramente los principios de minimización de datos y limitación de la finalidad; abstenerse de tratar datos de niños para fines de publicidad compartamental, bien directa o indirectamente; y de recoger a través de los niños datos de sus familiares y amigos; en cuanto a las tiendas de aplicaciones donde se compran y descargan las aplicaciones y se registran los datos de inicio de sesión y el historial de aplicaciones compradas previamente deben: prestar especial atención a las aplicaciones dirigidas a los niños para protegerles contra el tratamiento ilícito de sus datos y, en particular, hacer cumplir la información pertinente de manera sencilla y con un lenguaje propio de las edades en cuestión; con relación a los fabricantes de sistemas operativos y dispositivos que también como responsables del tratamiento de datos deben por un lado, garantizar la disponibilidad de mecanismos apropiados y los datos a que pueden acceder y, por otro, garantizar que todo acceso a una categoría de datos se refleja en la información del usuario antes de instalar la aplicación: por lo que, las categorías presentadas deben ser claras y comprensibles; y, en fin también a las terceras partes, pues, muchas aplicaciones gratuitas se costean mediante publicidad —como cookies u otros identificadores del dispositivo o banner dentro de la aplicación o anuncios fuera de la misma— además de conocer y cumplir sus obligaciones como responsables del tratamiento de datos cuando procesen datos personales sobre usuarios, debe abstenerse de tratar datos de niños para fines de publicidad compartamental directa o indirectamente y aplicar medidas de seguridad adecuadas. Esto incluye la transmisión segura y el almacenamiento cifrado de los identificadores únicos de dispositivo y de usuario y otros datos personales[51].

Pues bien, atendiendo a los derechos que cualquier persona física cuyos datos personales sean objeto del tratamiento puede ejercer (derecho de acceso del interesado, derecho de rectificación y supresión (derecho al olvido), derecho a la limitación del tratamiento, derecho a la portabilidad de los datos, derecho de oposición y de decisiones individuales automatizadas, incluida la elaboración de perfiles), el artículo 94 de la Ley Orgánica 3/2018 de Protección de Datos como garantía de los derechos digitales se refiere al ejercicio del derecho al olvido en servicios de redes sociales y servicios equivalentes y destaca al respecto que, toda persona tiene derecho a que sean suprimidos, a su simple solicitud, los datos personales que, se hubieran facilitado para su publicación por servicios de redes sociales y servicios de la sociedad de la información equivalentes. Y como su-

puesto específico señala que, si los datos se hubieran facilitado al servicio por el afectado o por terceros durante su minoría de edad, y el afectado ejercitase este derecho al olvido, el prestador de redes sociales o servicios equivalentes deberá proceder sin dilación a su supresión por su simple solicitud, sin necesidad que concurran las circunstancias contenidas en el apartado 2 del citado artículo —que los datos sean inadecuados, inexactos, no pertinentes, no actualizados o excesivos o hubieran devenido como tales por el transcurso del tiempo, teniendo en cuenta los fines para los que se recogieron o trataron, el tiempo transcurrido y la naturaleza e interés público de la información—.

En todo caso, en aras del respeto a la autonomía del individuo, al libre desarrollo de su personalidad, una vez que, el interesado menor alcance la edad de consentimiento digital puede confirmar, modificar o retirar el consentimiento dado por el titular de la patria potestad o tutor o autorizado por dicho titular.

Por otra parte, el Reglamento establece en su artículo 8.3 que las normas sobre requisitos de autorización parental con respecto a los menores no afectarán a las disposiciones generales del Derecho contractual de los Estados miembro, como normas relativas a la validez, formación o efectos de los contratos en relación con un niño». Por lo que, los requisitos de consentimiento válido para el uso de datos relativos a niños forman parte de un marco jurídico que debe considerarse independiente del Derecho contractual nacional. El Reglamento no incluye una armonización de las disposiciones nacionales del Derecho contractual. De todas formas, la regulación nacional y la europea pueden operar de forma simultánea.

Asimismo, el considerando número 38 del citado Reglamento establece que «(…). El consentimiento del titular de la patria potestad o tutela no debe ser necesario en el contexto de los servicios preventivos o de asesoramiento ofrecidos directamente a los niños».

En fin, atendiendo a la actividad constante en redes sociales y en otros servicios de Internet por parte las personas físicas, incluidos menores de edad —identidad digital, huella digital—, y la existencia de un patrimonio digital que, se conforma a lo largo de nuestra existencia, la Ley Orgánica 3/2018 permite el mal llamado «derecho al testamento digital» (arts. 3 y 91) que, no representa un testamento especial, sino que para su otorgamiento se han de observar las formalidades testamentarias contenidas en nuestro Código civil que, sobre la base de lo previsto en los artículos 662 y 663 del citado cuerpo legal pueden testar (testamento notarial) los menores mayores de catorce años —misma edad que para consentir el tratamiento de datos—, frente a la exigencia de mayoría de edad en el testamento ológrafo.

V. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS PADRES, TUTORES Y CENTROS DOCENTES

El artículo 1903.2 del Código civil establece que «los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda». El fundamento de la responsabilidad de los padres por los hechos dañosos de los hijos que estén bajo su guarda se encuentra en la culpa *in vigilando* o *in educando* de los propios padres, pues, como contenido de la patria potestad está en tenerlos en su compañía, educarlos y proporcionarles una educación integral (art. 154 del citado cuerpo legal)[52]. Estamos ante una responsabilidad subjetiva o por culpa, directa, por culpa propia y por hecho ajeno[53]. Si bien, esta responsabilidad cesa cuando los padres prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre

de familia para prevenir el daño; no obstante, en la mayoría de los casos no se admite tal exoneración de responsabilidad al no admitirse la prueba exoneratoria contemplada en el párrafo final del citado artículo 1903 del Código civil, lo que ha llevado a la doctrina a considerar que, estamos ante un supuesto de responsabilidad cuasiobjetiva y, a la vez son muchas las resoluciones que destacan, precisamente, el matiz objetivo o cuasiobjetivo o calificándola de responsabilidad por semiriesgo[54]. Los sujetos responsables son ambos progenitores, que tienen al menor bajo su guarda —responsabilidad solidaria—[55]. Doble criterio de atribución, si bien, a diferencia de la responsabilidad de los tutores no se exige la convivencia del menor con sus padres[56]. Por lo que, atendiendo a tales criterios en caso de separación o divorcio la responsabilidad corresponde a quien tenga atribuida la guarda y custodia, sin perjuicio de exigir la responsabilidad al progenitor que está ejerciendo su derecho de visitas, precisamente, cuando el daño se produce durante ese periodo temporal, sin perjuicio de probar la responsabilidad también del otro progenitor por culpa *in educando*[57]. Igualmente, que en el caso de custodia compartida en la que se atribuye de forma alterna por periodos temporales determinados la guarda y custodia, atribuyéndose la responsabilidad al que tenga la guarda en el momento de producción del daño, salvo que, asimismo, se pruebe la responsabilidad de ambos por culpa *in educando* en cuanto que, la titularidad en ambos casos sigue siendo conjunta. Por otra parte, la responsabilidad de los padres puede concurrir con la de otras personas que, con su conducta contribuyeron a la causación del daño (guardador de hecho permanente no ocasional), moderándose su responsabilidad —reduciendo la cuantía—[58]. Señala YZQUIERDO TOLSADA como requisitos de esta responsabilidad parental: 1. Que el acto dañoso del hijo sea objetiva y comúnmente negligente; 2. Que los hijos se encuentren bajo su guarda; y 3. La culpa de los padres[59]. En cuanto el patrimonio que asume la deuda que se deriva de la responsabilidad, será en caso del régimen matrimonial de gananciales los bienes comunes (art. 1367 CC), salvo que, uno de los progenitores se exonere de responsabilidad probando su diligencia, siendo, en consecuencia, la deuda privativa (art. 1373 CC)[60]. Si estamos ante un régimen de separación de bienes, de las obligaciones contraídas por las deudas comunes responden ambos cónyuges, sin perjuicio del reparto interno entre cada uno en proporción a sus recursos económicos (art. 1438 CC); si bien, de darse el caso que uno de los cónyuges resulta exonerado, el obligado a responder, lo hace con su patrimonio privativo (art. 1440.1 CC); y, en fin, el régimen de participación por la remisión del artículo 1413 del Código civil se aplica las mismas reglas del régimen de separación de bienes; no obstante, si uno de los cónyuges abona la cantidad que corresponde asumir a ambos, aquel ostentará un crédito contra su consorte que, se computará en el patrimonio final del cónyuge acreedor y se deducirá del patrimonio del cónyuge deudor (art. 1426 CC); e, igualmente, si solo responde uno de los cónyuges, se atiende a la misma regla que, en el régimen de separación[61].

En este contexto, los padres, tutores, curadores o representantes legales procurarán que los menores de edad hagan un uso equilibrado y responsable de los dispositivos digitales y de los servicios de la sociedad de la información a fin de garantizar el adecuado desarrollo de su personalidad y preservar su dignidad y sus derechos fundamentales (art. 84.1 de la Ley Orgánica 3/2018). Lo que forma parte del ejercicio de la patria potestad (art. 154 CC) y de la tutela (art. 269 CC)[62]; y, por otro, los centros educativos y cualesquiera personas físicas o jurídicas que desarrollen actividades en las que participen menores de edad garantizarán la protección del interés superior del menor y sus derechos fundamentales, especial-

mente el derecho a la protección de datos personales, en la publicación o difusión de sus datos personales a través de servicios de la sociedad de la información (art. 92 de la citada Ley Orgánica 3/2018).

Por lo que, cuando dicha publicación o difusión fuera a tener lugar a través de servicios de redes sociales o servicios equivalentes —páginas web del centro educativo o las personas físicas o jurídicas organizadoras de actividad o cualquier otro soporte publicitario digital— deberán contar con el consentimiento del menor o sus representantes legales, conforme a lo prescrito en el artículo 7 de esta Ley Orgánica 3/2018.

Ahora bien, con respecto a la responsabilidad penal de los menores de edad, el artículo 19 del Código Penal fija la edad penal en los dieciocho años, por lo que, los menores de dicha edad no serán responsables penalmente conforme tal Código, ni, en coherencia, los padres serán responsables civilmente por los actos delictivos cometidos por sus hijos menores de edad conforme, asimismo, lo previsto en el citado cuerpo legal. La Ley Orgánica 5/2000 de 2 de enero es la que regula la responsabilidad penal de los menores de dieciocho años. Así, por un lado, el artículo 3 de esta LORPM dispone que «cuando el autor de los hechos mencionados en los artículos anteriores sea menor de catorce años, no se le exigirá responsabilidad con arreglo a la presente Ley, sino que se le aplicará lo dispuesto en las normas sobre protección de menores prevista en el Código civil y demás disposiciones vigentes». Por lo que, los menores de catorce años serán inimputables penalmente y la eventual responsabilidad civil en que incurran los padres se regirá por lo dispuesto en el Código civil. Por otro lado, el artículo 61.3 de dicho cuerpo legal establece que «cuando el responsable de los hechos cometidos sea un menor de dieciocho años, responderán solidariamente con él de los daños y perjuicio causados sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho por este orden. Cuando estos no hubieran favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave, su responsabilidad podrá ser moderada por el juez según los casos»[63]. De forma que, serán imputables penalmente por los delitos o faltas cometidos por los menores mayores de catorce años conforme esta LORPM y, asimismo, se concreta quienes serán responsables civilmente. Como señala YZQUIERDO TOLSADA estamos ante una responsabilidad objetiva de los sujetos enumerados en el mencionado precepto y, añade que, hay varias cuestiones problemáticas «la primera hace referencia al propio diseño del consorcio de los responsables solidarios, pues, la expresión "por este orden" provoca serias dudas. La segunda se refiere al alcance de la facultad de moderación del juez en los casos en los que no haya contribución dolosa o gravemente culposa de quienes aparecen en la norma respondiendo junto al menor». Ante lo que se pregunta «¿Es una moderación del *quantum* resarcitorio o solo una moderación *ad intra*, exclusivamente referida a la determinación de las cuotas?»[64].

En todo caso, este precepto establece la responsabilidad solidaria del menor mayor de catorce años y de sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho por este orden, sin exigir que concurra otra circunstancia y sin perjuicio de la facultad moderadora que corresponde al juez, cuando aquellos no hubieran favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia. Aunque se dispone en el artículo 61.3 que se responde por este orden, la interpretación mayoritaria de la doctrina se inclina por entender que, no estamos ante un orden excluyente de personas, sino que responde en cada caso quien tenga la guarda del menor[65].

En el ámbito de la tutela, el artículo 1903.3 del Código civil establece que los tutores son responsables «de los perjuicios causados por los menores e incapacitados que están bajo su autoridad y habitan en su compañía». En este caso,

la convivencia es el criterio que determina la responsabilidad civil de los tutores, máxime si hay un tutor de la persona y otro del patrimonio (art. 236.1 CC). Si son varios los tutores que conviven con el menor responden solidariamente[66]. Si el tutor es una persona jurídica privada el régimen de responsabilidad viene también determinado por lo previsto en el artículo 1903.4 del Código civil —responsabilidad del empresario por los daños y perjuicio causados por su dependiente—; si se trata de persona jurídica pública les resulta aplicable lo previsto en el artículo 36.2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre de Régimen Jurídico del sector público que, prevé la repetición contra el personal al servicio de la Administración, si hubiera existido dolo o negligencia grave en su actuación.

Por otra parte, al igual que, sucede con la responsabilidad de los padres, el artículo 61.3 de la LORPM prevé también la responsabilidad civil de los tutores, si bien el juez puede moderar su responsabilidad, si no hubieran favorecido la conducta delictiva del menor con dolo o negligencia grave.

Por lo que, los padres y tutores responden civilmente por los daños ocasionados por sus hijos y tutelado sean o no imputables penalmente, tanto si la conducta dañosa ha tenido lugar en un entorno presencial o digital[67].

Respecto a los centros docentes de enseñanza no superior, el artículo 1903.5 del Código civil señala que «las personas o entidades que sean titulares de un Centro docente de enseñanza no superior responderán por los daños y perjuicios que causen sus alumnos menores de edad durante los períodos de tiempo en que los mismos se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del Centro, desarrollando actividades escolares, extraescolares y complementarias». La responsabilidad se fundamenta en la culpa *in vigilando* o deber de vigilancia que incumbe al Centro sobre sus alumnos menores de edad y en la culpa *in eligiendo* por la elección del personal docente o administrativo[68]. Esta responsabilidad subjetiva o por culpa, directa que, no opera si logra probar que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño[69]. Responden por los daños causados por sus alumnos menores de edad, bajo el control del centro desarrollando actividades escolares, extraescolares y complementarias y contribuyendo con su culpa a la causación del daño por el alumno[70]. Ciertamente, los deberes de vigilancia de los padres de los menores se transfieren a los profesores del centro desde el mismo momento de la entrada en el mismo hasta la salida de él, una vez finalizada la jornada escolar[71]. Por su parte, el artículo 1904 párrafo 2 del Código civil se refiere al derecho de repetición frente al personal docente «si estos hubieren incurrido en dolo o culpa grave en el ejercicio de sus funciones que fueran causa del daño». Esta responsabilidad civil prevista en el Código civil se aplica a los centros docentes privados y concertados; pues, si estamos ante centros docentes públicos procede la aplicación del régimen de responsabilidad de la Administración por el funcionamiento normal o anormal del servicio educativo. El artículo 9.4 de la LOPJ establece en estos casos como jurisdicción competente la contenciosa-administrativa en relación con las pretensiones que se deduzcan frente a la Administración del Estado o autonómica o municipal por el personal a su servicio, incluso si se ejercita frente a sujetos privados (compañía aseguradora).

Respecto a los ilícitos penales cometidos por los alumnos menores mayores de catorce años, no obstante, la falta de mención a los Centros Docentes en el artículo 61.3, no impide que se le incluyan en la categoría de guardadores de hecho y, en consecuencia, responsables civiles ante la conducta delictiva de sus alumnos menores de edad[72].

En todo caso, como derechos de la era digital reconocidos en la Ley Orgánica 3/2018, el artículo 83 de la misma hace referencia, precisamente, al derecho a

la educación digital. Así corresponde al sistema educativo garantizar la plena inserción del alumnado en la sociedad digital y el aprendizaje en el uso de los medios digitales que, sea seguro y respetuoso con la dignidad humana, los valores constitucionales, los derechos fundamentales y, particularmente, con el respeto y la garantía de la intimidad personal y familiar y la protección de datos personales. Para ello, la Administración educativa deberá incluir en el diseño del bloque de asignaturas de libre configuración la competencia digital, así como los elementos relacionados con las situaciones de riesgo derivadas de la inadecuada utilización de las TIC, con especial atención a las situaciones de violencia en la red. Asimismo, se prevé que, para conseguir la completa implementación de este derecho, el profesorado habrá de recibir las competencias digitales y la formación necesaria para la enseñanza y transmisión de los valores y derechos fundamentales y particularmente con el respeto y la garantía de la intimidad personal y familiar y la protección de datos. En cuanto a la enseñanza universitaria, se dispone, asimismo, que los planes de estudio de los títulos universitarios, en especial, aquellos que habiliten para el desempeño profesional en la formación del alumnado habrán de garantizar la formación en el uso y seguridad de los medios digitales y en la garantía de los derechos fundamentales en Internet. Por otra parte, las Administraciones Públicas incorporarán a los temarios de las pruebas de acceso a los cuerpos superiores y a aquellos en que habitualmente se desempeñen funciones que impliquen el acceso a datos personales, materias relacionadas con la garantía de los derechos digitales y, en particular, en la protección de datos.

En todo caso, recordemos que, la utilización o difusión de imágenes o información personal de los menores en redes sociales y servicios de la sociedad de la información equivalentes que puedan implicar una intromisión ilegítima en sus derechos fundamentales, podrá determinar la intervención del Ministerio Fiscal que, instará al respecto las medidas cautelares y de protección previstas en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor (art. 84.2 de la Ley Orgánica 3/2018 y art. 4 de la LOPJM). Al respecto, los centros docentes pueden limitar o incluso prohibir el uso de dispositivos electrónicos durante la jornada escolar, se trate de actividades escolares, extraescolares o complementarias; o, incluso controlar el uso que se haga de los mismos, previa información a los alumnos menores y sus padres. De no restringir el uso, el centro escolar asume los daños que se puedan derivar del uso indebido de los mismos, y, el acceso a través de los mismos a redes sociales donde se publiquen fotografías o se graben imágenes de otros alumnos o profesores durante la jornada escolar. Asimismo, puede aplicar las medidas tecnológicas precisas para evitar que los medios tecnológicos que los centros docentes aporten a los alumnos para el desarrollo de su actividad escolar, sean utilizados indebidamente mediante los controles adecuados.

Precisamente, en el cumplimiento del deber de proteger a los menores (alumnos) frente a cualquier situación de dañosa que sufra por la actuación de otro alumno y, máxime se trate de una situación de acoso o violencia que sufran aquellos en las instalaciones del centro docente durante la jornada escolar desarrollando actividades escolares, extraescolares y complementarias, la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 5.ª, de 25 de enero de 2019[73] ante la acción de responsabilidad frente al centro escolar ejercitada por los padres de una alumna, la cual fue grabada desnuda mientras se duchaba en los vestuarios por una compañera con el teléfono móvil, difundiéndose las imágenes de la menor por Internet, considera la Audiencia que, el centro escolar demandado sí incurrió en responsabilidad por tan lamentable suceso. La sentencia declara probado con la

pericial practicada que, la captura y difusión de imágenes se produjo en el seno de una situación de acoso escolar que la hija menor ya venía padeciendo en el Centro escolar, con lo que el suceso que tuvo lugar el 15 de mayo de 2015 en las duchas de los vestuarios no puede calificarse de mera incidencia puntual o aislada. Por el contrario, es la culminación de un proceso de acoso escolar en sentido estricto, prologando en el tiempo aunque no haya presentado rasgos de fuerte o extrema violencia verbal o física, sí que se ha caracterizado por el desarrollo de una serie de conductas llevadas a cabo por algunas compañeras de la menor L. de forma explícita en unos casos y en otros a través de mecanismos más sutiles de fustigación y de desprecio que han ido ocasionando en la afectada confusos y reiterados sentimientos de humillación, discriminación y exclusión precisamente en el patio y lugares de visitas programadas, sin que los responsables del centro hubiese advertido lo que estaba ocurriendo. Las imágenes difundidas a través de redes sociales son nítidas y permiten identificar perfectamente a la alumna, lo que evidencia que su captación no fue una mera casualidad, sino fruto de ese contexto de acoso que sufría la menor. El suceso implica una total y absoluta negligencia en la actuación del centro escolar en cuanto al control del uso de los móviles, pues revela un fracaso total de los supuestos controles que se venían realizando para impedir un uso indebido de los teléfonos móviles, particularmente en un área especialmente delicada, y sensible como son las duchas y los vestuarios. La adopción de medidas que puedan considerarse adecuadas con posterioridad a producirse el suceso revela que las mismas podrían haberse aplicado con anterioridad y haber evitado que se captaran las imágenes de la hija de los demandantes. Concluye la Audiencia que una vez probada la responsabilidad del centro escolar a la luz del artículo 1903 del Código civil, debe estimarse la acción contra el mismo ejercitada por cuanto ha quedado acreditado el daño causado a la menor L. y a su entorno, también como consecuencia de la actuación negligente del centro educativo y se le condena al centro a abonar a la parte actora la cantidad reclamada en la demanda de 6.320 euros.

Por otra parte, en relación con la actuación de control y vigilancia del centro docente del comportamiento de los alumnos menores de edad pertenecientes al mismo y los límites que se han de respetar en su implementación, se ha pronunciado la Agencia Española de Protección de Datos en Resolución R/00177/2019[74] por la que archiva el procedimiento abierto contra el Instituto Público de Educación Secundaria y Bachillerato de la Comunidad de Madrid, a raíz de la instalación de cámaras de videovigilancia en el centro docente, en concreto en la zona de los aseos ante la constatación de actos vandálicos en dicha zona y por tener fundadas «sospechas» el director del centro del tráfico de sustancias ilegales en el interior de los mismos. Al respecto no consta que, se procediera a colocar cartel informativo, indicando que se trataba de una zona videovogilada, ni que se informara de derecho alguno a los alumnos del centro. Tampoco consta que, se tratara de un asunto expuesto en las sesiones de los órganos del centro escolar, ni tampoco se informó de esta decisión a los distintos sectores de la comunidad educativa, ni, en fin, se había informado previamente a la Dirección de Área Territorial a la que se encuentra adscrito el IES. Si bien, la cámara no disponía de la capacidad para la obtención de sonido alguno y solo se procedió a instalar una única cámara operativa, enfocando hacia la puerta de acceso a la zona de lavabos, de manera que se controlaba la entrada/salida del espacio en cuestión, obteniendo imágenes de los alumnos que entraban en dicha zona. Este dispositivo fue intervenido por la Guardia Civil en fecha de 6 de junio de 2018, siendo trasladado al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción (Colmenar

Viejo) donde se desarrollaron las oportunas Diligencias Previas. Estas Diligencias finalizaron con el auto de fecha de 4 de febrero de 2019 procediendo a decretar el sobreseimiento de las actuaciones y el archivo de la causa. No obstante, este archivo judicial de la causa, ante la trascendencia del caso, la Agencia Española de Protección de Datos procedió al inicio de un procedimiento de infracción que culminó en la resolución citada. Al respecto argumenta la Agencia que, la instalación de aparatos de videovigilancia con fines de seguridad está *a priori* permitido en el seno de nuestro ordenamiento jurídico, siempre y cuando se ajuste a los requisitos y límites impuestos por el legislador. Si bien, existen zonas reservadas a la intimidad de las personas, como es el caso de los vestuarios, gimnasio, lavabos, etc., en dónde la instalación de este tipo de dispositivos puede suponer una afectación de un área que está libre de la intromisión de extraños. Por otra parte, se indica que, la colocación de cámaras de videovigilancia en los centros educativos es una medida que ha proliferado en los últimos años, para evitar actuaciones «incorrectas» en los mismos, si bien, las cámaras pueden estar instaladas en el exterior o en el interior (v.gr., zona de pasillos), existen áreas reservadas a la intimidad de los estudiantes, debiendo ser especialmente cautelosos a la hora de ponderar los derechos que en cada caso entran en colisión. Es necesario, en todo caso, informar y avisar a los afectados que, se encuentran en un área videovigilada a través de los correspondientes carteles.

Pues bien, continúa la Agencia manifestando que, con la decisión adoptada por el centro se produce entonces un conflicto entre la seguridad pretendida y el derecho a la intimidad en una zona reservada, procediendo por ello a comprobar si la misma supera el juicio de proporcionalidad. Ciertamente, la medida se adoptó de manera unilateral por el director del centro, sin informar a la APA, a la Autoridad educativa competente o a la Autoridad judicial más próxima y sin colocar, como se ha puesto de manifiesto, un cartel informativo. Por lo que, la actuación del Director se considera desproporcionada, porque con independencia de la valoración penal de los hechos, desde un punto de vista de Derecho administrativo, no admite demasiada discusión, pues, se procedió a colocar un dispositivo de obtención de imágenes (dato personal) en una zona reservada de manera subrepticia, sin informar al respecto a nadie de la finalidad del tratamiento. Por tanto, queda acreditada la conducta infractora (tipo objetivo) descrita en el entonces vigente artículo 4 de la derogada Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre de Protección de Datos.

Ahora bien, en relación al derecho a la intimidad, la resolución cita la doctrina del Tribunal Constitucional acerca de tal derecho a la intimidad, como derivación de la dignidad de la persona que, reconoce el artículo 10 de la Constitución Española. Igualmente, se indica que, es doctrina reiterada del Tribunal Constitucional que el derecho a la intimidad no es un derecho absoluto, como no lo es ninguno de los derechos fundamentales, si bien, la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de estos derechos viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad. Pues bien, sobre tales bases, se señala que, el hecho que la zona de lavabos pudiera ser un lugar de intercambio de sustancias prohibidas, no justifica la instalación, sin más del dispositivo en cuestión, es decir, sin haber hecho el más mínimo análisis previo de la ponderación de la medida y la existencia de alternativas menos invasivas de la privacidad e, igualmente, eficaces. Además de la desproporción de la medida, esta se adopta sin informar a los alumnos del Centro, afectando con ello al contenido del derecho a la protección de datos. De acuerdo con lo expuesto concluye la Agencia que, se produjo una infracción del artículo 4 de la LOPD, al instalar el director del centro un dispositivo

de videovigilancia en el interior de una «zona reservada» como es el área de los lavabos, sin que se adoptara medida alguna para informar ni a los afectados ni a la Administración educativa, ni a los progenitores de los mismos, o dar traslado a la Autoridad judicial competente. No obstante, no se impone sanción o medida alguna, pues, la cámara se retiró del lugar por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad actuantes, y, en consecuencia, se archiva el procedimiento. Al ser una resolución que pone fin a la vía administrativa, cabe recurso ante la Audiencia Nacional.

El artículo 22 de la Ley Orgánica 372018 se refiere al tratamiento de datos con fines de videovigilancia y a tal fin establece que, las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, pueden llevar a cabo el tratamiento de imágenes a través de sistemas de cámaras o videocámaras con la finalidad de preservar la seguridad de las personas o bienes, así como de sus instalaciones. Asimismo, se exige al responsable del tratamiento de los datos que cumpla con el deber de información previsto en el artículo 12 del Reglamento General de Protección de Datos y se entenderá cumplido este deber mediante la colocación de un dispositivo informativo en lugar suficientemente visible identificando, al menos, la existencia del tratamiento, la identidad del responsable, y la posibilidad que tiene el interesado o afectado de ejercitar los derechos previstos en los artículos 15 a 22 del citado Reglamento. También podrá incluirse en el dispositivo informativo un código de conexión o dirección de Internet a esta información. En todo caso, partiendo de la no aplicación de este Reglamento al tratamiento de datos efectuado por una persona física en el ejercicio de actividades personales o domésticas [art. 2.2 c)], se considera, en consecuencia excluido del ámbito de aplicación de esta normativa relativa al tratamiento de datos con videovigilancia, el tratamiento que una persona física haga de imágenes que se capten en el interior de su domicilio. Si bien, esta exclusión no abarca al tratamiento de datos realizado por una entidad de seguridad privada que hubiera sido contratada para la vigilancia del domicilio y tuviera acceso, precisamente, a las imágenes. En fin, los datos personales que sean objeto de tratamiento mediante estos dispositivos de videovigilancia serán suprimidos en el plazo máximo de un mes desde su captación, salvo cuando hubieran de ser conservados para acreditar la comisión de actos que atenten contra la integridad de las personas, bienes o instalaciones. En tal caso, las imágenes deberán ser puestas a disposición de la autoridad competente en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que tuviera conocimiento de la existencia de la grabación. De todas formas, a este tratamiento de datos no será de aplicación la obligación de bloqueo contenida en el artículo 32 de esta Ley Orgánica 3/2018.

Aplicado al caso, resulta necesario informar a los afectados de la instalación de cámaras de videovigilancia mediante la colocación de un dispositivo informativo en lugar suficientemente visible identificando, al menos, la existencia del tratamiento, la identidad del responsable, y la posibilidad que tiene el interesado o afectado de ejercitar los derechos previstos en los artículos 15 a 22 del citado Reglamento y con la instalación de las mismas en el exterior o en el interior del centro docente (zona de pasillos) excluyendo aquellas que pueden vulnerar el derecho de intimidad de los alumnos.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ABRIL CAMPOY, J.M. (2003). La responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* número 675, enero-febrero, 11-54.

ATIENZA NAVARRO, M.ª L. (2000). *La responsabilidad civil por los hechos dañosos de los alumnos menores de edad*, Granada: Comares.

BRITO IZQUIERDO, N. (2018). Tratamiento de los datos personales de menores de edad en la nueva normativa europea protectora de datos personales, *Actualidad Civil,* número 5, mayo.

— (2017). Tratamiento de los datos personales de menores de edad: supuestos, límites, retos y desafíos, *LA LEY Derecho de Familia, Menores y Redes Sociales,* número 14, abril-junio.

CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, J. (2015). La patria potestad. En: V. M. Garrido de Palma (coord.) *Instituciones de Derecho Privado,* T. IV Familia, vol. 2, 2.ª ed., Navarra: Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor.

DE ÁNGEL YAGÜEZ, R. (1993). *Tratado de responsabilidad civil*, Madrid: Civitas.

DÍAZ ALABART, S. (1987). La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potestad y tutela, *Anuario de Derecho Civil, vol. XL,* núm. 3, 795-894.

DÍEZ GARCÍA, H. (2013). Comentario al artículo 154 del Código civil. En: Rodrigo Bercovtiz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentario al Código civil, T. II*, Valencia: Tirant lo Blanch.

FERNÁNDEZ ACEVEDO, J. (2019). Redes sociales y aplicaciones móviles. En: J. López Calvo (coord.), *La adaptación al nuevo marco de protección de datos tras el RGPD y la LOPDGDD*, Barcelona: Bosch.

GARCÍA HERRERA, V. (2018). El válido consentimiento para el tratamiento de los datos personales de los menores de edad en Internet. Especial referencia al supuesto en que los representantes legales estén divorciados o separados (1), *LA LEY Derecho de Familia,* número 20, octubre-diciembre 2018, 1-14.

GÓMEZ CALLE, E. (1992). *La responsabilidad civil de los padres*, Madrid: Montecorvo.

— (2016). Comentario al artículo 1903 del Código civil. En: A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández (dirs.), *Código civil comentado, vol. IV*, 2.ª ed., Navarra: Civitas Thomson Reuters.

— (2016). Responsabilidad de los padres y centros docentes. En: L. Fernando Reglero Campos y José Manuel Bustos Lago (coords.), *Tratado de Responsabilidad Civil, T. II*, 5.ª ed., Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.

GÓRRIZ ROYO, E. M. (2016). *On-line child grooming*, desde las perspectivas comparada y criminológica, como premisas de estudio del artículo 183 ter) 1.º CP. En: M.ª L. Cuerda Arnau (dir.), *Menores y Redes sociales,* Valencia: Tirant lo Blanch.

GRIMALT SERVERA, P. (2017). *La responsabilidad civil por los daños causados a la dignidad humana por los menores en el uso de las redes sociales*, Granada: Comares.

GUARDIOLA, M. (2017). Menores y nuevas tecnologías: los nuevos retos en el sector legal en España, *LA LEY Derecho de Familia. Monográfico Menores y Redes Sociales,* número 14, abril-junio, 1-14.

MARTOS DÍAZ, N. (2019). Principios (arts. 6-11 del RGPD. Artículos 4-10 de la LOPDGDD). En: J. López Calvo (coord.), *La adaptación al nuevo marco de protección de datos tras el RGPD y la LOPDGDD*, Barcelona: Bosch.

MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, J.A. (2017). La protección del honor de los menores en las redes sociales, *LA LEY Derecho de Familia. Monográfico Menores y Redes Sociales,* número 14, abril-junio.

PARRA LUCÁN, M.ª Á. (2016). Responsabilidad por hecho ajeno. En: C. Martínez de Aguirre Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil, T. II, vol. II Contratos y responsabilidad civil,* Madrid: Edisofer.

PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á. (2016). La protección de los menores e incapacitados, en general. La patria potestad. En: C. Martínez de Aguirre Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil. vol. IV Derecho de Familia*, 5.ª ed., Madrid: Edisofer.

PEÑA LÓPEZ, F. (2013). Comentario al artículo 1903 del Código civil. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código civil, T. IX*, Valencia: Tirant lo Blanch.

POLVOROSA ROMERO, S. (2017). El acoso escolar llevado a Internet: los smartphone y los smartwatch, *LA LEY Derecho de Familia. Monográfico Menores y Redes Sociales,* número 14, abril-junio, 1-10.

REYES MÉNDEZ, D. (2019). El acceso del menor a las redes sociales y el problema de su autentificación: la necesidad de una respuesta tecnológica, *Diario La Ley,* número 9335, sección Tribunal, 11 de enero.

RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, C. (2006). *La privación de la patria potestad*. Barcelona: Atelier.

TINTORÉ GARRIGA, M.ª P. (2017). *Sharenting* y la responsabilidad parental, *LA LEY Derecho de Familia. Monográfico Menores y Redes Sociales,* número 14, abril-junio, 1-8.

VALDECANTOS, M. (2018). El consentimiento como base legitimadora del tratamiento en el Reglamento Europeo de Protección de Datos, *Actualidad Civil,* número 5, mayo, 1-10.

YZQUIERDO TOLSADA, M. (2016). Comentario al artículo 154 del Código civil. En: A. Cañizares Laso, P. de P. Contreras, J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández (dirs.), *Código civil comentado, vol. I*, Navarra: Civitas Thomson Reuters, 2.ª ed., Cizur Menor.

— (2015). *Responsabilidad civil extracontractual. Parte General. Delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias*, 3.ª ed., Madrid: Dykinson.

VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STEDH, secc. 3.ª, 20 de junio de 2017.
- STS, Sala de lo Civil, 23 de julio de 1987.
- STS, Sala de lo Civil, 11 de octubre de 1991.
- STS, Sala de lo Civil, 25 de junio de 1994.
- STS, Sala de lo Civil, 15 de diciembre de 1994.
- STS, Sala de lo Civil, 31 de diciembre de 1996.
- STS, Sala de lo Civil, 29 de junio de 2000.
- STS, Sala de lo Civil, 9 de julio de 2002.
- STS, Sala de lo Civil, 7 de noviembre de 2002.
- STS, Sala de lo Civil, 9 de julio de 2004.
- STS, Sala de lo Civil, 25 de febrero de 2009.
- STS, Sala de lo Civil, 5 de junio de 2012.
- STS, Sala de lo Civil, 30 de junio de 2015.
- STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, secc. 5.ª, 2 de noviembre de 2016.
- SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, secc. 1.ª, 29 de noviembre de 2018.
- SAP Sevilla, secc. 5.ª, 2 de octubre de 1998.
- SAP Vizcaya, secc. 1.ª, 8 de febrero de 1999.
- SAP Las Palmas, secc. 5.ª, 22 de junio de 1999.
- SAP Murcia, secc. 1.ª, 18 de enero de 2000.

- SAP Islas Baleares, secc. 3.ª, 5 de marzo de 2001.
- SAP Zaragoza, secc. 1.ª, 23 de junio de 2005.
- SAP Barcelona, secc. 3.ª, 13 de julio de 2006.
- SAP Cádiz, secc. 5.ª, 1 de septiembre de 2008.
- SAP Córdoba, secc. 2.ª, 14 de julio de 2010.
- SAP Málaga, secc. 6.ª, 26 de enero de 2012.
- SAP Murcia, secc. 4.ª, 14 de marzo de 2013.
- SAP Madrid, secc. 19.ª, 21 de febrero de 2013.
- SAP Granada, secc. 1.ª, 5 de junio de 2014.
- SAP Huelva, secc. 3.ª, 8 de junio de 2014.
- SAP Asturias, secc. 5ª, 24 de febrero de 2015.
- SAP Pontevedra, secc. 12ª, 4 de junio de 2015.
- SAP Palencia, secc. 1ª, 18 de marzo de 2016.
- SAP Madrid, secc. 12.ª, 6 de julio de 2017.
- SAP Lugo, secc. 1.ª, 15 de febrero de 2017.
- SAP Valladolid, secc. 3.ª, 31 de mayo de 2018.
- SAP Madrid, secc. 22.ª, 16 de noviembre de 2018.
- SAP Illes Balears, secc. 4.ª, 3 de diciembre de 2018.
- SAP Vizcaya, secc. 5.ª, 25 de enero de 2019.

NOTAS

[1] RTC 94/1998.

[2] RTC 292/2000.

[3] La citada sentencia del Tribunal Constitucional de 30 noviembre 2000 (RTC 2000/292) dispone en su *Fundamento Jurídico séptimo* que «el contenido del derecho fundamental a la protección de datos consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporciona a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso. Estos poderes de disposición y control sobre los datos personales, que constituyen parte del contenido del derecho fundamental a la protección de datos se concretan jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el Estado o un particular. Y ese derecho a consentir el conocimiento y el tratamiento informático o no, de los datos personales requieren como complementos indispensables, por un lado, la facultad de saber en todo momento quién dispone de esos datos personales y a qué uso los está sometiendo y, por otro lado, el poder oponerse a esa posesión y usos».

[4] *Vid.,* el Dictamen 15/2011 sobre la definición del consentimiento del Grupo de Trabajo del artículo 29 adoptado el 13 de julio de 2011 (WP 187), 12.

Asimismo, *Vid.,* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, secc. 5.ª, 2 de noviembre de 2016 *(RJ* 2016, 5718); y la sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso Administrativo, secc. 1.ª, 29 de noviembre de 2018 *(JUR* 2019, 27374).

[5] En el Dictamen 15/2011 sobre la definición del consentimiento, 9-10 y 27, señala al respecto que, el concepto de consentimiento está vinculado a la idea de que el interesado debe controlar el uso que se hace de sus datos. Asimismo, el consentimiento está relacionado con el concepto de autodeterminación y la transparencia es una condición para la posesión del control y de validez del consentimiento. Para ser válido el consentimiento debe estar informado y, la obtención del consentimiento antes del comienzo del tratamiento de los datos constituye una condición fundamental para legitimar el tratamiento de datos. Es fundamental utilizar el consentimiento «en el contexto adecuado». Para ser válido, el

consentimiento debe ser específico. Y un consentimiento informado por parte del interesado supone un consentimiento basado en la apreciación y comprensión de los hechos y consecuencias de una acción.

En cuanto a los parámetros de privacidad por defecto de una red social a los que los usuarios no acceden necesariamente al utilizarla, que permitan a la totalidad de la categoría «amigos de amigos» hacer que, toda la información personal de cada usuario puede ser vista por todos los «amigos de amigos», señala el Dictamen que, los usuarios que no desean que su información sea vista por los «amigos de amigos» tienen que pulsar un botón. El responsable del tratamiento considera que, si se abstiene de actuar o no pulsan el botón han consentido en que se puedan ver sus datos. Sin embargo, es muy cuestionable que no pulsar el botón signifique que por lo general las personas *consienten* en que su información pueda ser vista por todos los amigos de amigos. Debido a la incertidumbre en cuanto a si la inacción significa consentimiento, el hecho de no pulsar no puede considerarse consentimiento inequívoco. Este ejemplo como aclara el citado Dictamen ilustra el caso de la persona que permanece pasiva (por ejemplo, inacción o «silencio»). Por lo que, el consentimiento inequívoco no encaja bien con los procedimientos para obtener el consentimiento a partir de la inacción o el silencio de las personas: el silencio o la inacción de una parte es intrínsecamente equívoco (la intención del interesado podría ser de asentimiento o simplemente no realizar la acción).

[6] *Vid.,* Directrices sobre el consentimiento en el sentido del Reglamento (UE) 2016/679 del Grupo de Trabajo del artículo 29 adoptadas el 28 de noviembre de 2017 y revisadas por última vez y adoptadas el 10 de abril de 2018 (WP 259 y rev. 01), 17-18.

[7] La Agencia Española de Protección de Datos en su Informe Jurídico 93/2008 sobre Formas de obtener el consentimiento mediante web: consentimientos tácitos, 1 señala que, conforme al artículo 7 de la LOPD el consentimiento se podrá obtener de forma expresa o tácita, es decir, tanto como consecuencia de una afirmación específica del afectado en ese sentido, como mediante la falta de una manifestación contraria al tratamiento, para la que se hayan concedido mecanismos de fácil adopción por el afectado y un tiempo prudencial para dar la mencionada respuesta negativa». Y añade que, «En el supuesto de que la recogida de datos se realice a través de una página web, las obligaciones a las que acabamos de referirnos, suelen cumplirse mediante formularios y cláusulas a los que se acceden a través de enlaces como puede ser «aviso legal» o «política de protección». También es importante incluir algún tipo de «link» de este tipo en relación con los derechos de los interesados de rectificación, cancelación, acceso y oposición».

[8] *Vid.,* Directrices sobre el consentimiento, 18.

[9] De todas formas, es posible que, si el consentimiento se recabe para varias finalidades, se puedan agrupar en función de su similitud. En cambio, habrán de separarse cuando el tratamiento implique conductas diferentes —por ejemplo, el responsable que recaba los datos y al que se ceden estos—.

[10] En esta línea, VALDECANTOS, M. (2018). El consentimiento como base legitimadora del tratamiento en el Reglamento Europeo de Protección de Datos, *Actualidad Civil,* número 5, mayo, 8.

[11] *Vid.,* las Directrices sobre el consentimiento, 26.

[12] Se aplica a todos los menores que, se encuentren en la Unión Europea —el artículo 3 apartado 2 del Reglamento antes de la corrección de errores se refería a los interesados que residían en la Unión, ahora que tras la misma, la redacción definitiva basta que se encuentren en la Unión Europea—. Los menores son interesados (personas físicas) cuyo tratamiento de datos realizado por los responsables o encargados del tratamiento va a ser objeto de protección.

[13] El consentimiento para el tratamiento de datos personales de menores no se regulaba en la Ley Orgánica 15/1999, aunque sí en el artículo 13 del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999 (Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre).

El Dictamen 2/2009 sobre la protección de los datos personales de los niños (Directrices generales y especial referencia a las escuelas) del Grupo de Trabajo del artículo 29, emitido el 11 de febrero de 2009 (WP 160), 2-6 y 11-12, debe considerarse en el contexto de la iniciativa general de la Comisión Europea que se describe en la Comunicación «Hacia una estrategia de la Unión Europea sobre los Derechos de la Infancia», pretende reforzar

el derecho fundamental de los niños a la protección de datos personales. El objeto de este Dictamen es analizar los principios generales que se aplican a la protección de los datos de los niños, así como explicar su pertinencia en un sector crítico específico como el de los datos escolares. Se indica que, un niño es una persona menor de 18 años, salvo si ha adquirido la mayoría de edad legal antes de esa edad. Desde un punto de vista estático, el niño es una persona que todavía no ha alcanzado la madurez física y psicológica. Desde el punto de vista dinámico, se encuentra en un proceso de desarrollo físico y mental que le convertirá en adulto. Los derechos del niño y su ejercicio —incluso el derecho de protección de datos— deben expresarse teniendo presente ambas perspectivas. Por otra parte, el principio de interés superior del menor presenta dos aspectos: en primer lugar, el principio que exige que la intimidad de los niños se proteja de la mejor manera posible mediante la aplicación, en la medida de lo posible, de los derechos de protección del niño y su derecho a la intimidad entren en conflicto. En estos casos, los derechos de protección de datos podrán dejar paso al principio del interés superior. Al ser el niño una persona todavía en desarrollo, el ejercicio de sus derechos, incluidos los relativos a la protección de datos, debe adaptarse al nivel de su desarrollo físico y psicológico. Los niños no solo están en proceso de desarrollo, sino que tienen derecho a este desarrollo. La regulación jurídica de este proceso varía según los Estados, pero todas las sociedades deben tratar a los niños según el grado de madurez. Cuando el tratamiento de los datos de un niño haya requerido el consentimiento de su representante legal, al alcanzar la mayoría de edad el niño podrá retirar su consentimiento. Pero si desea que continúe el tratamiento de sus datos, parece que el interesado deberá dar su consentimiento expreso siempre que se le requiera. Finalmente, el derecho de acceso lo ejerce el representante legal del niño, pero siempre en el interés de este. En función del grado de madurez del niño, este derecho se ejercerá en su nombre y conjuntamente con el niño. En ciertos casos, el niño puede ejercer sus derechos por sí mismo.

[14] El considerando número 58 del Reglamento establece al respecto que «dado que los niños merecen una protección específica, cualquier información y comunicación cuyo tratamiento les afecte debe facilitarse en un lenguaje claro y sencillo que sea fácil de entender».

[15] El artículo 4 apartado 25 del Reglamento define el servicio de la sociedad de la información como «todo servicio conforme a la definición del artículo 1 apartado 1 letra b) de la Directiva (UE) 2015/1535 del Parlamento y del Consejo».

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 2 de diciembre, asunto C-108/09 (KER/Optoka), apartados 22 y 28 ha señalado que servicios de la sociedad de la información incluye los contratos y otros servicios que se celebran o transmiten en línea. Cuando un servicio tenga dos componentes independientes desde el punto de vista económico, siendo uno el componente en línea, como la oferta y la aceptación de una oferta en el contexto de la celebración de un contrato o la información relacionada con productos o servicios, incluidas las actividades de mercadotecnia, este componente se definirá como servicio de la sociedad de la información. El otro componente, que sería la prestación física o la distribución de bienes, no estará incluido en la noción de servicios de la sociedad de la información. La prestación de un servicio en línea formaría parte del ámbito de aplicación del término servicio de la sociedad de la información que se contiene en el artículo 8 del Reglamento.

[16] El artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989 «(…) se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable haya alcanzado antes la mayoría de edad».

[17] GARCÍA HERRERA, V. (2018). El válido consentimiento para el tratamiento de los datos personales de los menores de edad en Internet. Especial referencia al supuesto en que los representantes legales estén divorciados o separados (1), *LA LEY Derecho de Familia,* número 20, octubre-diciembre de 2018, 6-7; en esta línea, REYES MÉNDEZ, D. (2019). «El acceso del menor a las redes sociales y el problema de su autentificación: la necesidad de una respuesta tecnológica», *Diario La Ley,* número 9335, sección Tribunal, 11 de enero, 3.

En el Dictamen 2/2009 sobre la protección de los datos personales de los niños del Grupo de Trabajo del Artículo 29 (WP 160), 6, se indica al respecto que «gradualmente, los niños pueden llegar a ser capaces de participar en la toma de decisiones que les conciernen. A medida que crecen deben participar con más regularidad en el ejercicio de sus derechos, incluidos los relativos a la protección de datos.

[18] CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, J. (2015). La patria potestad. En: V.M. Garrido de Palma (coord.) *Instituciones de Derecho Privado,* T. IV Familia, vol. 2, 2.ª ed., Navarra: Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 143.

[19] *Vid.,* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 25 de febrero de 2009 *(RJ* 2009, 2788).

[20] *Vid.,* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 15 de enero de 2018 *(RJ* 2018, 28).

[21] *Vid.,* las Directrices sobre consentimiento, 29. Por su parte, el Dictamen 5/2009 sobre las redes sociales en línea, adoptada el 12 de junio de 2009 (WP 163), 12 señala al respecto que: «Las autoridades encargadas de la protección de datos han emprendido iniciativas interesantes en todo el mundo, centradas principalmente en la sensibilización en materia de servicio de red social (SRS) y los posibles riesgos. El Grupo de Trabajo fomenta investigaciones complementarias sobre la manera de solucionar las dificultades que rodean la comprobación de la edad requerida y la prueba del consentimiento informado, con el fin de afrontar lo mejor posible estos retos».

Al respecto, el artículo 13.2 del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999 establecía que «en ningún caso podrán recabarse del menor datos que permitan obtener información sobre los demás miembros del grupo familiar, o sobre las características del mismo, como los datos relativos a la actividad profesional de los progenitores, información económica, datos sociológicos o cualesquiera otros, sin el consentimiento de los titulares de tales datos. No obstante, podrán recabarse los datos de identidad y dirección del padre, madre o tutor con la única finalidad de recabar la autorización prevista en el apartado anterior».

[22] MARTOS DÍAZ, N. (2019). Principios (arts. 6-11 del RGPD. Artículos 4-10 de la LOPDGDD). En: J. López Calvo (coord.), *La adaptación al nuevo marco de protección de datos tras el RGPD y la LOPDGDD*, Barcelona: Bosch, 340, precisa al respecto que «a día de hoy, hay escasos mecanismos tecnológicos que pueden verificar la identidad jurídica de una persona y los que hay no están accesibles para cualquier ciudadano que utilice los servicios de la sociedad de la información».

[23] Por su parte, GARCÍA HERRERA, V. (2018). El válido consentimiento para el tratamiento de los datos personales de los menores de edad en Internet. Especial referencia al supuesto en que los representantes legales estén divorciados o separados (1), *op. cit.,* 11, plantea la posibilidad que el menor que no puede prestar el consentimiento por sí solo, engañe al responsable del tratamiento, falsificando su DNI o falsificando la firma de sus representantes legales y presentando su DNI sin su consentimiento e incluso, sin su conocimiento. Para evitar esto, propone que «a los mecanismos previos de verificación del consentimiento, se podrían añadir otros aptos para llevar a cabo dicha comprobación *a posteriori*», así señala que «una vez facilitado el consentimiento por parte de los representantes legales, el responsable del tratamiento podría enviar un correo electrónico o un fax a la Dirección de e-mail o número de teléfono-fax facilitado por aquellos en el formulario de consentimiento, para que respondan ratificando su declaración de voluntad, e incluso podrían hacer una llamada al número de teléfono proporcionado, con el mismo propósito».

[24] PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á. (2016). La protección de los menores e incapacitados, en general. La patria potestad. En: C. Martínez de Aguirre Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil. vol. IV Derecho de Familia*, 5.ª ed., Madrid: Edisofer, 382, quien, asimismo, precisa que la patria potestad pertenece a la categoría de las llamadas «potestades familiares». Por su parte, DÍEZ GARCÍA, H. (2013). Comentario al artículo 154 del Código civil. En: Rodrigo Bercovtiz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentario al Código civil, T. II*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1558, dispone que «la patria potestad se configura más como una situación de poder, autoridad o imperio como un haz de derechos, deberes y de pocas facultades, sin perjuicio que los padres titulares de la potestad pueden guiar el proceso de maduración del menor hasta su autonomía con respecto de los principios y derechos constitucionales». Igualmente, para YZQUIERDO TOLSADA, M. (2016). Comentario al artículo 154 del Código civil. En: A. Cañizares Laso, P. de P. Contreras, J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández (dirs.), *Código civil comentado, vol. I*, Navarra: Civitas Thomson Reuters, 2.ª ed., Cizur Menor, 786, la patria potestad ha perdido su naturaleza de derecho subjetivo para ser entendido a modo de institución de auténtico orden público como una función «cuyo contenido está

formada más por deberes que por derechos». *Vid.,* asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 11 de octubre de 1991 *(RJ* 1991, 7447) señala que «la patria potestad es un derecho-deber de carácter obligatorio, irrenunciable, imprescriptible, que debe ejercitarse siempre en beneficio del menor, pero puede privarse total o parcialmente de él a los titulares»; 25 de junio de 1994 (LA LEY 13968/1994) se configura la patria potestad como un conjunto de derecho de los padres sobre la persona y bienes de los hijos, y conjunto de deberes inherentes a ella; y, 31 de diciembre de 1996 *(RJ* 1996, 9223); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Guadalajara, 7 de marzo de 1996 *(AC* 1996, 472); de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 5.ª, 20 de julio de 1998 *(AC* 1998, 6865); y, de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 1.ª, 8 de febrero de 1999 *(AC* 1999, 3913); de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 1.ª, 22 de junio de 1999 *(AC* 1999, 8394) «la patria potestad en su configuración jurídico-positiva actual, abandonada y superada ya la vieja concepción de poder omnímodo sobre los hijos queda definida como una función en la que se integra un conjunto de derechos que la Ley concede a los padres sobre la personas y bienes de los descendientes, con el fin de asegurar el cumplimiento de los deberes, que a los primeros incumbe respecto al sostenimiento, educación, formación y desarrollo, en todos los órdenes, de los segundos, ya se trate de menores de edad, ya de mayores incapacitados. En definitiva, lo que prima en tal institución es la idea del beneficio o interés de los hijos»; de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 3.ª, 5 de marzo de 2001 *(JUR* 2001, 139719); de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 6.ª, 6 de junio de 2002 *(JUR* 2002, 251176); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, 14 de marzo de 2008 (LA LEY 27513/2008); de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5.ª, 1 de septiembre de 2008 (LA LEY 196431/2008); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4.ª, 14 de marzo de 2013 *(JUR* 2013, 162904) principio basado en beneficio de los hijos. Derecho de carácter social, imprescriptible e indisponible; y de la Audiencia Provincial Illes Balears, secc. 4.ª, 3 de diciembre de 2018 (LA LEY 203891/2018) pese a la complicada situación de los hijos menores que resulta acreditada por su mal comportamiento con amenazas de muerte a su padre, consumo de estupefacientes, absentismo escolar o abandono por la madre, la Audiencia declara improcedente la solicitud de renuncia a la patria potestad que hace el padre, por no ser la patria potestad un derecho renunciable, sino un conglomerado de derechos y deberes que la ley establece para los progenitores respecto de sus hijos.

[25] *Vid.,* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 11 de octubre de 1991 *(RJ* 1991, 7447); 20 de enero de 1993 *(RJ* 1993, 478); y 31 de diciembre de 1996 *(RJ* 1996, 9223); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 1.ª, 27 de febrero de 1996 *(AC* 1996, 358).

[26] RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, C. (2006). *La privación de la patria potestad*. Barcelona: Atelier, 19.

[27] *Vid.,* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 23 de julio de 1987 *(RJ* 1987, 5809); 31 de diciembre de 1996 *(RJ* 1996, 9223); y, 9 de julio de 2002 *(RJ* 2002, 5905); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 1.ª, 27 de febrero de 1996 *(AC* 1996, 358); de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 6.ª, 22 de julio de 1996 *(AC* 1996, 1313); de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 5.ª, 2 de octubre de 1998 *(AC* 1998, 2037) ejercicio conjunto y función establecida en beneficio de los hijos; de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 1.ª, 8 de febrero de 1999 *(AC* 1999, 3913) función al servicio del hijo; de la Audiencia Provincial de Ávila, 18 de junio de 1999 *(AC* 1999, 2279); de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 1.ª, 22 de junio de 1999 *(AC* 1999, 8394); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 1.ª, 18 de enero de 2000 *(AC* 2000, 157); y, de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.ª, 26 de enero de 2012 *(JUR* 2012, 329118).

[28] Precisamente, en este deber de velar por los hijos y sobre la base de un control parental, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, 10 de diciembre de 2015 *(RJ* 2015, 6401) se ha considerado lícito el acceso a la cuenta abierta por su hija menor en una red social por parte de su madre sin contar con su anuencia ante la sospecha que pudiera ser víctima de un delito de ciberacoso o *Child Grooming* argumentando la Sala que «estamos hablando de un madre que, es titular de la patria potestad concebida no como poder sino como función tuitiva respecto de la menor. Es ella quien accede a esa cuenta ante signos claros que se estaba desarrollando una actividad presuntamente criminal en

la que no cabría excluir la victimización de su hija. No puede el ordenamiento hacer descansar en los padres unas obligaciones de velar por sus hijos menores y al mismo tiempo desposeerles de toda capacidad de controlar en caso como el presente en que las evidencias apuntaban inequívocamente en esa dirección. La inhibición de la madre ante hechos de esta naturaleza, contrariarían los deberes que se asigna por la legislación civil». Además señala la citada resolución que «se trata de una actividad delictiva no agotada sino viva: es objetivo prioritario hacerla cesar» y «la menor titular de la cuenta no solo no ha protestado por esta intromisión en su intimidad (lo que permite presumir un consentimiento o anuencia *ex post*), sino que además ha refrendado con sus declaraciones el contenido de esas comunicaciones ya producidas en lo que constituye una prueba independiente de la anterior y no enlazada por vínculos de antijuridicidad».

[29] *Vid.,* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 7 de noviembre de 2002 *(RJ* 2002, 9484); 5 noviembre 2003 (R 2003/8026); 9 de julio de 2004 *(RJ* 2004, 5246); y, 5 de junio de 2012 *(RJ* 2012, 6700).

[30] *Vid.,* las Directrices sobre consentimiento, 29.

[31] *Vid.,* las Directrices sobre consentimiento, 30.

[32] BRITO IZQUIERDO, N. (2018). Tratamiento de los datos personales de menores de edad en la nueva normativa europea protectora de datos personales, *Actualidad Civil,* número 5, mayo, 9-11; de la misma autora (2017). «Tratamiento de los datos personales de menores de edad: supuestos, límites, retos y desafíos», *LA LEY Derecho de Familia, Menores y Redes Sociales,* número 14, abril-junio, 7-8. También hace referencia a la normativa COPPA, REYES MÉNDEZ, D., El acceso del menor a las redes sociales y el problema de su autentificación: la necesidad de una respuesta tecnológica, *op. cit.,* 8.

[33] Como señala CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, J. (2015). La patria potestad, *op. cit.,* 75-76 deducida de la conducta del otro progenitor. *Vid.,* asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 6.ª, 14 de mayo de 2014 *(JUR* 2014, 219141); y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 24.ª, 4 de junio de 2014 *(JUR* 2014, 240175) cotitularidad conjunta. Debe considerarse como la medida más normal de ejercicio de la patria potestad.

[34] DÍEZ GARCÍA, H. (2013). Comentario al artículo 154 del Código civil, *op. cit.,* 1593, quien añade que «esto no debe impedir que el padre actuante, en un ejercicio correcto y leal comunique inmediatamente su decisión al otro».

[35] DÍEZ GARCÍA, H. (2013). Comentario al artículo 154 del Código civil, *op. cit.,* 1599, que, además entiende que «habrá también que valorarse también la naturaleza del acto que se trata, pues no sería lo mismo la que resulta exigida para un acto ordinario o cotidiano que para un acto extraordinario (realizar un acto de disposición)»; PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á. (2016). La protección de los menores e incapacitados, en general. La patria potestad, *op. cit.,* 388; CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, J. (2015). La patria potestad, *op. cit.,* 94, señala que, con esta norma se facilita el tráfico jurídico y se evita que se impugnen los actos llevados a cabo por uno de los progenitores.

[36] *Vid.,* la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, 11 de junio de 1993 *(AC* 1993, 1898).

[37] *Vid.,* las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, 18 de septiembre de 2000 *(AC* 2001, 37); de la Audiencia Provincial de Burgos, secc. 2.ª, 5 de noviembre de 2015 *(JUR* 2015, 297307); y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, 16 de noviembre de 2018 (LA LEY 193131/2018) al encontrarse el padre ilocalizable, en paradero desconocido y en rebeldía procesal, con dejación de sus deberes parentales, desatendiendo a su hijo, la Audiencia atribuye el ejercicio de la patria potestad en exclusiva a la madre por ser lo más beneficioso para el menor, sin perjuicio que la titularidad de la patria potestad la siga conservando el padre y de la posible recuperación de su ejercicio que, pueden acordar los tribunales en interés del hijo, cuando hubiese cesado la causa que la motivó.

[38] TINTORÉ GARRIGA, M.ª P. (2017). Sharenting y la responsabilidad parental, *LA LEY Derecho de Familia. Monográfico Menores y Redes Sociales, número 14, abril-junio*, 2 se refiere, precisamente, a los «Padres Shareng» y señala que «actualmente, varios estudios concluyen que un porcentaje muy elevado de padres sube imágenes de sus hijos a redes sociales diariamente, siendo muy reducido el de aquellos que nunca han colgado ninguna fotografía de sus hijos». Los estudios, añade la autora también advierten que «el 80% de los

bebés tiene presencia en Internet al cumplir los seis meses de edad y el 25% incluso antes de haber nacido. Las motivaciones de los padres son muy diversas: tener informados a amigos y familiares sobre las actividades de sus hijos un 56%; mostrar el afecto hacia sus hijos un 49%; algunos consideran que es un buen lugar para guardar los recuerdos con un 34%; y otros grupo simplemente por rivalidad con las actividades de los hijos de otros padres, el 25%». Y, respecto a las plataformas más utilizadas y en las cuales se pueden encontrar más fotografías de menores señala la autora son: «Facebook con un 77% de información subida a la red; le sigue Instagram con un 48%; y el resto de plataformas y servicios de mensajería instantánea como Flickr, Twitter, Whashapp cubren el otro porcentaje».

[39] Entre los delitos que se cometen a través de medios tecnológicos podemos citar, el llamado delito de *groomimg* o *Child grooming* regulado en el artículo 183 ter del Código Penal en el que un adulto —habitualmente un depredador sexual— contacta con un menor a través de Internet, telefonía móvil o cualquier otra tecnología de la información y la comunicación con el objeto de crear un vínculo afectivo, intentando ganarse su confianza y concertar un encuentro o una cita con claros fines sexuales. Incluye actuaciones que van desde un acercamiento con empatía y/o engaño, hasta el chantaje para obtener imágenes comprometidas del menor con el objeto de cometer abusos o agresiones sexuales contra el mismo, o de utilizar a los menores con fines exhibicionistas o pornográficos (arts. 183 y 189 del CP); el delito de *ciberstalking* o acoso reiterado y continuado a través de Internet, impidiendo a la víctima desarrollar una vida normal. El delito de *stalking* o acoso reiterado o insistente no autorizado ni consentido por la víctima que, le impide desarrollar una vida normal, alterando el desarrollo de la misma está previsto en el artículo 172 ter del Código Penal; la usurpación de cuentas en redes sociales y la suplantación de identidad normalmente a través de la creación de perfiles falsos utilizando el nombre e imagen de otra persona que, puede ser un menor para cometer actos delictivos en la red: fraudes, ciberacoso, extorsión; la práctica conocida como «*morphing*» que es distorsionar, manipular y modificar la imagen de una persona difundida en la red, que puede ser la de un menor, con intenciones sexuales o vejatorias. En fin, las imágenes de los menores se pueden utilizar con fines de pornografía infantil. *Vid.,* sobre tales formas delictivas, TINTORÉ GARRIGA, M.ª P. (2017). *Sharenting* y la responsabilidad parental, *op. cit.*, 3; GUARDIOLA, M. (2017). Menores y nuevas tecnologías: los nuevos retos en el sector legal en España, *LA LEY Derecho de Familia. Monográfico Menores y Redes Sociales,* número 14, abril-junio, 1-3; POLVOROSA ROMERO, S. (2017). El acoso escolar llevado a Internet: los smartphone y los smartwatch, *LA LEY Derecho de Familia. Monográfico Menores y Redes Sociales, número 14, abril-junio*, 6 y 8-9; GÓRRIZ ROYO, E.M. (2016). *On-line child grooming* desde las perspectivas comparada y criminológica, como premisas de estudio del artículo 183 ter) 1.º CP. En: M.ª L. Cuerda Arnau (dir.), *Menores y Redes sociales,* Valencia: Tirant lo Blanch, 265.

[40] *Vid.,* la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 1.ª, 4 de junio de 2015 *(JUR* 2015, 163149) dispone al respecto que «aún encontrándonos ante un caso de padres separados en que la guarda y custodia del hijo menor ha sido atribuida a la madre, en la sentencia de divorcio se ha acordado que, ambos progenitores conserven la patria potestad. Con lo cual, de pretender el Sr. Adrián la publicación de fotos de su hijo menor en las redes sociales habrá de recabar previamente el consentimiento de la progenitora recurrente y de oponerse esta, podrá acudir a la vía judicial en orden a su autorización»; y la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 12.ª, 6 de julio de 2017 *(AC* 2017, 1201) acción de protección del derecho a la propia imagen de su hija menor frente a la conducta del padre y de la abuela paterna consistente en la obtención de determinadas fotografías del menor y su inclusión en los respectivos perfiles de Facebook de los demandados. En dichas fotografías se hace únicamente alarde de cariño y orgullo, en el caso de la abuela por su nieto. Todo ello sin perjuicio que cuando conoció la oposición de la madre, se retiraron las fotografías, por lo que se entiende que no hay intromisión en la intimidad del menor. Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, 22 de abril de 2015 *(JUR* 2015, 164632) matiza que, cuando la publicación de las fotos de los menores en redes sociales se destinan únicamente a parientes y amigos más cercanos, no se atenta con ello al derecho de imagen del menor. Si bien, recuerda de nuevo que, ambas partes son cotitulares de la potestad parental sobre su hijo y ambos deben velar por la protección

integral de su hijo, restringiendo la privacidad de las imágenes únicamente a sus familiares y amistades más cercanas. También en esta línea, la sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo, secc. 1.ª, 15 de febrero de 2017 *(JUR* 2017, 82242), pues, ante la falta de prueba que, el acceso a la cuenta fuese pública y el no constar más que la posibilidad de acceso a fotografías realizadas por la abuela a su círculo más íntimo de familiares y amigos entre los que se encontraba la madre y los padres de los niños, no se puede entender que se haya podido vulnerar la intimidad y la propia imagen de los menores por adecuarse el comportamiento de la abuela a los usos sociales más extendidos de publicación de noticias y fotografías de ámbito familiar ente los más allegados.

[41] Los menores sin tener en cuenta los riesgos que de ello se derivan, han generalizado una práctica de enviarse vídeos o imágenes con cierto contenido erótico, sexual, lo que puede dar lugar a la sextorsión, esto es, extorsionar a la víctima con la amenaza de difundir o divulgar las imágenes de forma generalizada sin no se cede a determinadas pretensiones económicas. El *sexting* está regulado en el artículo 197.7 del Código Penal consiste en el envío de contenidos de tipo sexual (fotografías y/o vídeos) producidos generalmente por el propio remitente a otras personas por medio de teléfonos móviles; o, en fin, el ciberbullying o el ciberacoso entre escolares. La sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 1.ª, 5 de junio de 2014 *(JUR* 2014, 258699) señala que, el *sexting* «supone el envío de imágenes estáticas (fotografías) o dinámicas (vídeos) de contenido sexual de mayor o menor carga erótica entre personas que voluntariamente consiente en ello y que forma parte de su actividad sexual que se desarrolla de manera libre (*Fundamento de Derecho Primero*).

GUARDIOLA, M. (2017). Menores y nuevas tecnologías: los nuevos retos en el sector legal en España, *op. cit.,* 3 se refiere a un nuevo caso de ciberacoso el llamado «happy slapping» en el que «dos o más acosadores atacan a un menor y en el que además de la agresión física, hay una agresión moral devastadora puesto que esa agresión es grabada y difundida en las redes y a través de Internet». Por su parte, POLVOROSA ROMERO, S. (2017). El acoso escolar llevado a Internet: los smartphone y los smartwatch, *op. cit.,* 6, señala que, los últimos estudios sitúan la edad en la que empieza a darse el *sexting* en niñas de 7 y 8 años; y, como características del *ciberbullying* señala las siguientes: «1. La víctima sufre un deterioro de la autoestima y dignidad personal dañando su estatus social, provocándole victimización psicológica, estrés emocional y rechazo social; 2. La situación de acoso se dilata en el tiempo: excluyendo las acciones puntuales; 3. El comportamiento por parte del acosador es intencional, no accidental; 4. El medio utilizado para llevar a cabo el acoso es tecnológico: Internet y cualquier medio asociados a esta forma de comunicación: telefonía móvil, redes sociales; 5. Puede evidenciarse cierta jerarquía de poder; 6. Es frecuente los episodios de ciberacoso puedan estar ligados a situaciones de acoso en la vida real y de acoso escolar; 7. El alcance 24x7 que hace referencia a que la potencial agresión se puede producir 24 horas al día, los 7 días de la semana; y 8. El anonimato o engaño acerca de la autoría desde el que se puede producir la agresión», 7.

[42] GUARDIOLA, M. (2017). Menores y nuevas tecnologías: los nuevos retos en el sector legal en España, *op. cit.,* 4 se refiere a diversas herramientas de control parental como: Quostodio, Talk Kids, kiddle, Yahoo Kids, Kids place, y Teen Safe entre otras.

[43] *Vid.,* la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, secc. 3.ª, 20 de junio de 2017 (TEDH 2017/66); las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 30 de junio de 2015 *(RJ* 2015, 2661); y, 25 de noviembre de 2015 *(RJ* 2015, 5324) menores de edad fotografiados en el momento de su recogida por sus padres a la salida del colegio con un ligero difuminado de sus ojos que permiten perfectamente reconocer su rostro; y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 19.ª, 21 de febrero de 2013 *(AC* 20137924) fotografía de una menor en una vida al aire libre, siendo una publicación no autorizada por el padre; de la Audiencia Provincial de Huelva, secc. 3.ª, 8 de junio de 2014 *(AC* 2014, 1827) fotografías de una menor junto a sus padres en revista del corazón sin difuminar ni ocultar su rostro; de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 9.ª, 3 de mayo de 2017 *(AC* 2017, 966) pixelado insuficiente en periódico digital que, no impide el reconocimiento del menor y ausencia de consentimiento; de la Audiencia Provincial de Valladolid, secc. 3.ª, 31 de mayo de 2018 *(AC* 2018, 1806); y, de la Audiencia Provincial de Toledo, secc. 1.ª, 5 de julio de 2018 *(JUR* 2018, 265069).

[44] TINTORÉ GARRIGA, M.ª P. (2017). Sharenting y la responsabilidad parental, *op. cit.*, 4 expone dos casos, así señala que «en Austria una joven de 18 años denunció a sus padres por no retirar el álbum de fotos familiares que había colgado en las redes». Y, asimismo, indica que, en Francia el año pasado «las autoridades advirtieron a los padres que la ley prevé multas de hasta 60.000 euros y hasta un año de cárcel si se difunden fotos de una persona sin su consentimiento». En fin, recuerda la autora que «los menores con la mayoría de edad, también pueden presentar demandas contra sus progenitores por haber subido fotos o videos que consideren denigrantes o dañen su propia imagen».

[45] El Grupo de Trabajo del Artículo 29 en su Dictamen 5/2006 sobre el uso de los datos de localización con vistas a prestar servicios con valor añadido, adoptado el 25 de noviembre de 2005 (WP 115), 9-10 señala con respecto a la localización de menores que: «el Grupo ha observado el desarrollo de servicios de localización para los padres que permiten, por ejemplo, conectarse a un sitio web para conocer el paradero de un hijo al que le han dado un teléfono móvil. Este tipo de servicios plantea una serie de problemas relacionados especialmente con la necesidad de mantener un equilibrio entre los distintos intereses y derechos en juego». Ciertamente, «es muy probable que un servicio por el que se pueda conocer el paradero de sus hijos mediante un teléfono móvil satisfaga los deseos de algunos padres». Por lo que, el Grupo hace un llamamiento para que al menos se vigile la utilización de este tipo de servicios y señala que «se deberían prestar de acuerdo con las normas sobre el tratamiento de datos de localización y de conformidad con la legislación nacional específica relativa a la edad de los menores en cuestión». En consecuencia, señala que «los proveedores de servicios han de introducir los procedimientos apropiados para identificar a las personas que se registren como padres y circunscribir el acceso al servicio a dichas personas».

[46] *Vid.,* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 17 de septiembre de 1996 *(RJ* 1996, 6722) principio del interés del menor inspirador de todo el régimen; el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.ª, 14 de junio de 2012 *(RJ* 2012, 8798) interés del menor representa un concepto jurídico indeterminado que se debe precisar en cada caso concreto; y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 5.ª, 16 de marzo de 2004 *(JUR* 2004, 106754); y de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5.ª, 2 de febrero de 2010 *(JUR* 2010, 186025) principio inspirador de todo el régimen de la patria potestad, y, el Auto de la Audiencia Provincial de La Rioja, secc. 1.ª, 5 de diciembre de 2018 *(JUR* 2019, 37872) cualquier medida que se adopte en relación con el menor tiene presente el interés más digno de protección el del menor.

[47] FERNÁNDEZ ACEVEDO, J. (2019). Redes sociales y aplicaciones móviles. En: J. López Calvo (coord.), *La adaptación al nuevo marco de protección de datos tras el RGPD y la LOPDGDD*, Barcelona: Bosch, 910-911. Para GRIMALT SERVERA, P. (2017). *La responsabilidad civil por los daños causados a la dignidad humana por los menores en el uso de las redes sociales*, Granada: Comares, 47-48 «no se puede generalizar la consideración de medio de comunicación a los efectos del artículo 4.3 de la LOPJM a toda red social», pero si entiende que aquellas que «tienen vocación de ser públicas y sin fronteras» como por ejemplo Facebook o Twitter pueden ser equiparados, pues, pueden tener el mismo eco que pueda tener un medio de comunicación tradicional, mientras que los que tienen vocación de redes restringidas como WhatsApp no responden a criterios de medio de comunicación del artículo 4.3 de la LOPJM, por lo que no les resultará de aplicación».

[48] *Vid.,* el Dictamen 5/2009 sobre las redes sociales en línea, 5.

En todo caso, como servicios de la sociedad de la información les resulta aplicable el artículo 16.1 de la Ley 34/2002 de 11 de junio de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico que, entiende que son responsables de la información almacenada siempre que, tengan conocimiento efectivo que, la información almacena es ilícita. De ahí que, se considere que el prestador de servicios tiene el conocimiento efectivo «cuando el órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenando su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos o se hubiera declarado la existencia de la lesión y el prestador conociera la correspondiente resolución sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse». Si bien, al respecto, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 9 de diciembre de 2009

(RJ 2010, 131) pone de manifiesto que, conocimiento efectivo no solo tiene lugar cuando el órgano competente haya declarado previamente la ilicitud de los datos almacenados o la lesión de los derechos de los actores y ordenado la retirada de los contenidos, no cabe prescindir que conocimiento efectivo también tiene lugar cuando el mismo se obtiene por el prestador del servicio a partir de hechos o circunstancias aptos para posibilitar, aunque mediatamente o por inferencias lógicas el alcance de cualquiera, una afectiva aprehensión de la realidad que se trate. Por lo que, estima que, el propio nombre de la página en la que se incluían los contenidos ya suponía un elemento fáctico de su posible ilicitud y la necesaria actuación del prestador del servicio. Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo, secc. 1.ª, 9 de julio de 2009 (*JUR* 2009, 328919) no hay acreditación de connivencia entre los internautas y los administradores de la página. Asimismo, hay una falta de acreditación que los creadores del foro tuvieran un conocimiento efectivo que, la información fuese ilícita. Retirada inmediata de los comentarios tras la comunicación efectuada por la Guardia Civil.

De todas formas, para MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, J.A. (2017). La protección del honor de los menores en las redes sociales, *LA LEY Derecho de Familia. Monográfico Menores y Redes Sociales,* número 14, abril-junio, 4 «es obvio que, en estos casos resulta necesario encontrar una posición de equilibrio en la posición del titular de la red social que, se debate entre sus posibilidades de control y la elevada exigencia que ello puede suponer».

[49] El Grupo de Trabajo del Artículo 29 recomienda con respecto a la información que deben proporcionar los servicios de redes sociales que: «1. Los proveedores de SRS adviertan adecuadamente a los usuarios sobre los riesgos de ataque a su intimidad y a la de otros cuando ponen información en línea en los SRS; 2. Los SRS recuerden a sus usuarios que poner en línea información relativa a otras personas puede perjudicar su derecho a la intimidad y a la protección de datos; y, 3. Los SRS aconsejen a sus usuarios que no pongan en línea fotografías o información relativa a otras personas son el consentimiento de estas». *Vid.,* el Dictamen 5/2009 sobre las redes sociales en línea, 8.

[50] *Vid.,* El Dictamen 02/2013 sobre las aplicaciones de los dispositivos inteligentes, 5.

[51] *Vid.,* El Dictamen 02/2013 sobre las aplicaciones de los dispositivos inteligentes, 31-36.

[52] *Vid.,* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 22 de enero de 1991 *(RJ* 1991, 304) omisión del deber de vigilancia; 7 de enero de 1992 *(RJ* 1992, 149); y 12 de mayo de 1999 *(RJ* 1999, 4576) culpa *in vigilando*; y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 3.ª, 18 de enero de 2000 *(AC* 2000, 284); de la Audiencia Provincial de Burgos, secc. 2.ª, 4 de abril de 2002 *(JUR* 2002, 163928) culpa *in vigilando*; y de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 8.ª, 10 de diciembre de 2009 *(JUR* 2010, 117452) culpa *in educando*.

[53] PARRA LUCÁN, M.ª Á. (2016). Responsabilidad por hecho ajeno. En: C. Martínez de Aguirre Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil, T. II, vol. II Contratos y responsabilidad civil,* Madrid: Edisofer, 440; ABRIL CAMPOY, J.M. (2003). La responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* número 675, enero-febrero, 28; DÍAZ ALABART, S. (1987). La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potestad y tutela, *Anuario de Derecho Civil*, *vol. XL,* número 3, 803; PEÑA LÓPEZ, F. (2013). Comentario al artículo 1903 del Código civil. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código civil, T. IX*, Valencia, Tirant lo Blanch, 13004. Asimismo, *Vid.,* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 10 de julio de 1985 *(RJ* 1985, 3968); 22 de enero de 1991 *(RJ* 1991, 304); 8 de marzo de 2002 *(RJ* 2002, 1912); y, 10 de noviembre de 2006 *(RJ* 2006, 7170); la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, Sala de lo Civil y Penal, 4 de diciembre de 1995 *(RJ* 1995, 9667); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Teruel, secc. única, 29 de noviembre de 2000 *(AC* 2000, 2417) omisión del deber de vigilancia; de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 2.ª, 5 de diciembre de 2001 *(JUR* 2002, 44482) omisión del deber de vigilancia. Culpa propia del guardador; de la Audiencia Provincial de Burgos, secc. 2.ª, 4 de abril de 2002 *(JUR* 2002, 163928); de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 5.ª, 28 de abril de 2003 *(AC* 2003, 1779); de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 5.ª, 30 de noviembre de 2007 *(JUR* 2008, 133131) culpa *in educando*; de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 18.ª, 11 de octubre de 2007 *(AC* 2007, 2382); de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 4.ª, 15 de febrero de 2013 *(JUR* 2013, 177887) responsabilidad por culpa propia; de la Audiencia Provincial de Tarragona, secc. 1.ª, 15 de diciembre de 2015 *(JUR*

2016, 12545) culpa propia de los padres; y, de la Audiencia Provincial de Cáceres, secc. 1.ª, 3 de mayo de 2016 *(AC* 2016, 2057) responsabilidad por hecho de otro.

[54] YZQUIERDO TOLSADA, M. (2015). *Responsabilidad civil extracontractual. Parte General. Delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias*, 3.ª ed., Madrid: Dykinson, 307-309; GÓMEZ CALLE, E. (2016). Comentario al artículo 1903 del Código civil. En: A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández (dirs.), *Código civil comentado, vol. IV*, 2.ª ed., Navarra: Civitas Thomson Reuters, 1376. *Vid.,* asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 30 de junio de 1995 *(RJ* 1995, 5272) además de por culpa propia y omisión del deber de vigilancia; 11 de marzo de 2000 *(RJ* 2000, 1520) responsabilidad por semiriesgo o cuasiobjetiva; 10 de noviembre de 2006 *(RJ* 2006, 7170) responsabilidad cuasiobjetiva o por riesgo. Presunción de culpa de los progenitores; y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 4.ª, 8 de octubre de 1997 *(AC* 1997, 2208); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 1.ª, 14 de noviembre de 1996 *(AC* 1996, 2386); de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 7.ª, 19 de noviembre de 2001 *(JUR* 2004, 33028); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 17.ª, 29 de octubre de 2004 *(AC* 2004, 1944); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 18.ª, 11 de octubre de 2007 *(AC* 2007, 2382); de la misma Audiencia Provincial, secc. 10.ª, 28 de septiembre de 2010 *(JUR* 2011, 24867); de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 7.ª, 23 de enero de 2012 *(JUR* 2012, 171580) responsabilidad por riesgo o cuasiobjetiva. Omisión de los deberes de vigilancia y control de los hijos menores de edad; y de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 1.ª, 23 de abril de 2018 *(AC* 2018, 1435).

[55] *Vid.,* las sentencias de la Audiencia Provincial de Cantabria, secc. 3.ª, 24 de junio de 1998 *(AC* 1998, 1185); y de la Audiencia Provincial de Ourense, secc. 2.ª, 28 de febrero de 2005 *(JUR* 2005, 96794).

[56] GÓMEZ CALLE, E. (1992). *La responsabilidad civil de los padres*, Madrid: Montecorvo, 309; DE ÁNGEL YAGUEZ, R. (1993). *Tratado de responsabilidad civil*, Madrid: Civitas, 349.

[57] *Vid.,* las sentencias de la Audiencia Provincial de Zaragoza, secc. 2.ª, 31 de marzo de 2003 *(AC* 2003, 1801); y, de la Audiencia Provincial de Cáceres, secc. 1.ª, 14 de abril de 2004 *(JUR* 2004, 146900).

[58] *Vid.,* la Audiencia Provincial de León, secc. 2.ª, 9 de enero de 1998 *(AC* 1998, 2816).

[59] YZQUIERDO TOLSADA, M. (2015). *Responsabilidad civil extracontractual. Parte General. Delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias, op. cit.,* 311-314. En esta línea, GÓMEZ CALLE E. (2016). Responsabilidad de los padres y centros docentes. En: L. Fernando Reglero Campos y José Manuel Bustos Lago (coords.), *Tratado de Responsabilidad Civil, T. II*, 5.ª ed., Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 1204 a 1225.

[60] GÓMEZ CALLE, E. (2016). Responsabilidad de los padres y centros docentes, *op. cit.,* 1229-1231.

[61] YZQUIERDO TOLSADA, M. (2015). *Responsabilidad civil extracontractual. Parte General. Delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias, op. cit.,* 316. *Vid.,* asimismo, en relación con el régimen de sociedad de gananciales, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 12 de mayo de 1981 *(RJ* 1981, 2047).

[62] *Vid.,* las sentencias de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 2.ª, 5 de diciembre de 2005 *(JUR* 2006, 129569) responsabilidad de los padres por el acoso realizado por su hijo en Internet a otro menor; y, de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 5.ª, 22 de julio de 2013 *(AC* 2013, 1599) responsabilidad de los padres por los daños y perjuicios materiales o morales ocasionados a los actores por las amenazas verbales vertidas en Internet por el hijo de los demandados al hijo de los demandantes.

[63] *Vid.,* la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 1.ª, 19 de abril de 2006 *(JUR* 2006, 241011); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 5.ª, 6 de abril de 2009 *(JUR* 2009, 314010); y, de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, secc. 2.ª, 10 de noviembre de 2015 *(JUR* 2016, 60252).

[64] YZQUIERDO TOLSADA, M. (2015). *Responsabilidad civil extracontractual. Parte General. Delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias*, *op. cit.,* 327-328. *Vid.,* también la sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja, 26 de marzo de 2010 *(JUR* 2010, 219912).

[65] PARRA LUCÁN, M.ª Á. (2016). Responsabilidad por hecho ajeno, *op. cit.,* 445; ATIENZA NAVARRO, M.ª L. (2000). *La responsabilidad civil por los hechos dañosos de los alumnos menores de edad*, Granada: Comares, 493; YZQUIERDO TOLSADA, M. (2015). *Responsa-*

bilidad civil extracontractual. Parte General. delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias, *op. cit.,* 329; GRIMALT SERVERA, P. (2017). *La responsabilidad civil por los daños causados a la dignidad humana por los menores en el uso de las redes sociales, op. cit.,* 91 y 93 que señala que «el artículo 61.3 de la LORPM establece un listado de posibles "gestores efectivos del proceso educativo", atribuyendo la responsabilidad al sujeto sobre el que recae la obligación de velar y educar al menor en el momento en el que está cometiendo el delito». Asimismo, *Vid.,* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 1 de marzo de 1984 *(RJ* 1984, 1193); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Zaragoza, secc. 1.ª, 23 de junio de 2005 *(JUR* 2005, 168430); de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, secc. 1.ª, 10 de septiembre de 2002 *(AC* 2002, 1681); y de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 3.ª, 13 de julio de 2006 *(JUR* 2007, 56390).

[66] DÍAZ ALABART, S. (1987). La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potestad y tutela, *op. cit.*, 828.

[67] *Vid.,* las sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 5.ª, 22 de julio de 2013 *(AC* 2013, 1559) acoso en Internet; y, de la Audiencia Provincial de Palencia, secc. 1.ª, 18 de marzo de 2016 *(AC* 2016, 425) acoso escolar.

[68] PARRA LUCÁN, M.ª Á. (2016). Responsabilidad por hecho ajeno, *op. cit.,* 456. Asimismo, *Vid.,* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 15 de febrero de 1994 *(RJ* 1004, 1308); 29 de diciembre de 1998 *(RJ* 1998, 9980); 4 de junio de 1999 *(RJ* 1999, 4286); de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 5.ª, 28 de abril de 2003 *(AC* 2003, 1779) culpa *in vigilando* o *in eligiendo*; de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 18.ª, 11 de octubre de 2007 *(AC* 2007, 7382) culpa *in vigilando* y responsabilidad cuasiobjetiva; de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 12.ª, 22 de junio de 2009 *(AC* 2010, 1095) defecto de organización o vigilancia del personal del centro; y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 8.ª, 24 de abril de 2017 *(JUR* 2017, 149463) falta de vigilancia directa y presencial. Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, secc. 1.ª, 12 de noviembre de 2004 *(AC* 2004, 2085) señala que, la delegación de la educación al centro escolar no elimina la labor de educación de los padres.

[69] *Vid.,* la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 5.ª, 24 de febrero de 2015 *(JUR* 2015, 947722).

[70] GÓMEZ CALLE, E. (2016). Responsabilidad de los padres y centros docentes, *op. cit.,* 1301-1311. *Vid.,* asimismo las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 31 de diciembre de 1991 *(RJ* 1991, 8910); 15 de diciembre de 1994 *(RJ* 1994, 9421); 29 de junio de 2000 *(RJ* 2000, 5916); 19 de junio de 1997 *(RJ* 1997, 5423); 8 de marzo de 1999 *(RJ* 1999, 2249); y 23 de septiembre de 2004 *(RJ* 2004, 5578).

[71] *Vid.,* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 10 de diciembre de 1996 *(RJ* 1996, 8975); y, 4 de junio de 1999 *(RJ* 1999, 4286).

[72] YZQUIERDO TOLSADA, M. (2015). *Responsabilidad civil extracontractual. Parte General. Delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias*, *op. cit.,* 373; GÓMEZ CALLE, E. (2016). Responsabilidad de los padres y centros docentes, *op. cit.,* 1331. *Vid.,* también, las sentencias de la Audiencia Provincial de Cantabria, secc. 22.ª, 23 de diciembre de 2003 *(JUR* 2003, 30733); y, de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 2.ª, 14 de julio de 2010 *(JUR* 2011, 173357).

[73] LA LEY 22174/2019. Asimismo, *Vid.,* la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 8.ª, 16 de septiembre de 2014 *(AC* 2015, 1056); y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 11.ª, 1 de marzo de 2017 *(AC* 2017, 607) acoso escolar o *ciberbullying.* Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, secc. 2.ª, 27 de mayo de 2016 *(AC* 2016, 1329) se condenó conjuntamente a los padres de la menor y al Centro docente al que pertenece la menor ante la inserción en una red social de comentarios vejatorios terriblemente graves. Se acredita una falta de vigilancia de la menor en el uso de las nuevas tecnologías por parte de sus padres, y asimismo, una falta de adopción por el Centro docente de medidas de corrección, prevención y educación exigibles en estos casos.

[74] Procedimiento N.º AP/00058/2018.

1.3. Derechos reales

Los acuerdos de la junta de propietarios sobre la instalación de una piscina (elemento común): repaso jurisprudencial

The agreements of the board of owners on the installation of the pool (common element): a jurisprudential review

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

Prof. Dra. de Derecho civil, Universidad Francisco de Vitoria

RESUMEN: Las decisiones y los acuerdos de la junta de propietarios en un edificio en régimen de propiedad horizontal son siempre un nido de conflictos. Cuando los mismos afectan a la alteración de elementos comunes o la instalación de nuevos de ellos, con un coste elevado que se repercute en las cuotas, todavía más. Vamos a analizar en este trabajo la jurisprudencia más reciente en torno a unos acuerdos concretos: aquellos relativos a la instalación de una piscina en zona común, con los problemas derivados de su uso y pago de cuotas. Se pretende poner de relieve los aspectos más importantes y problemáticos que la jurisprudencia ha recogido al respecto.

ABSTRACT: The decisions and agreements of the Board of Owners in a building on a horizontal property regime are always a nest of conflicts. When they affect the alteration of common elements or the installation of new elements, with a high cost that affects fees, even more. We are going to analyze in this paper the most recent jurisprudence around specific agreements: those related to the installation of a pool in a common area, with the problems derived from its use and payment of fees. It is intended to highlight the most important and problematic aspects that jurisprudence has collected in this regard.

PALABRAS CLAVE: Propiedad horizontal. Junta de propietarios. Acuerdos. Elementos comunes. Cuotas. Piscina.

KEY WORDS: Horizontal property. Board of owners. Agreements. Common elements. Swimming pool.

SUMARIO: I. PROPIEDAD HORIZONTAL: CONCEPTOS GENERALES: 1. Concepto y naturaleza. 2. Constitución: Título Constitutivo. 3. Elementos de la Propiedad Horizontal.—II. ACUERDOS DE LA JUNTA DE PROPIETARIOS: 1.

ACUERDOS POR UNANIMIDAD Y MAYORÍA CUALIFICADA. 2. ACUERDOS SOBRE INSTALACIÓN DE LA PISCINA.—III. REPASO JURISPRUDENCIAL A LOS ACUERDOS EN TORNO A LA INSTALACIÓN DE UNA PISCINA: PROBLEMÁTICA: 1. LA INSTALACIÓN DE LA PISCINA COMO UN SERVICIO DE INTERÉS GENERAL. 2. LA INSTALACIÓN DE PISCINA Y EL PROPIETARIO DISIDENTE: *A) El pago de los gastos de la instalación de piscina por el propietario disidente. B) Derecho de veto del propietario disidente.*—IV. CONCLUSIONES.—V. RESOLUCIONES CITADAS.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. PROPIEDAD HORIZONTAL: CONCEPTOS GENERALES

1. CONCEPTO Y NATURALEZA

La propiedad horizontal es una forma de propiedad compleja y diferente que, derivado de su naturaleza mixta, genera múltiples problemas en su gestión ordinaria.

Podemos definirla como aquella propiedad constituida sobre edificios divididos por pisos o locales susceptibles de aprovechamiento independiente y particular por cada uno de los copropietarios que tienen una propiedad exclusiva sobre ellos, pero, a la vez, son titulares de un derecho de copropiedad conjunto e inseparable sobre los restantes elementos comunes del inmueble.

De este modo, podemos decir que la propiedad horizontal tiene una naturaleza mixta o compleja, pues se compone de dos propiedades distintas a la vez: una propiedad exclusiva sobre los pisos o elementos privativos, y un derecho de copropiedad sobre los elementos comunes, que tendrá su reflejo en la correspondiente cuota.

No es exactamente una copropiedad, ni un tipo especial de comunidad de bienes, sino un tipo de propiedad diferente y complejo[1].

2. CONSTITUCIÓN: TÍTULO CONSTITUTIVO

La existencia de la propiedad horizontal exige la concurrencia de los siguientes requisitos:

a) Un edificio dividido en pisos o locales, que llevan inherentes unos elementos comunes.
b) Una pluralidad de propietarios.
c) El otorgamiento del título constitutivo.

El título constitutivo puede entenderse en dos sentidos, como negocio jurídico y como documento en que se contiene el mismo. Como negocio jurídico puede definirse como aquel negocio en virtud del cual se somete un edificio al régimen de propiedad horizontal, con su consiguiente división por pisos y locales y fijación de los elementos comunes de unos y otros.

El título puede ser otorgado, aun antes de estar concluido el edificio, por:

a) El promotor o propietario único del edificio destinado a ser vendido por pisos, en este caso será un negocio jurídico unilateral.
b) Por el promotor con los adquirentes, si ya se ha vendido alguno de los pisos o locales, aunque hubiera sido en documento privado, en este caso será un negocio jurídico plurilateral.

El carácter del negocio jurídico es discutido; así, hay autores que destacan el carácter dispositivo del mismo (por lo tanto, se necesita no solo capacidad de obrar sino también poder de disposición) y otros defienden el carácter neutro del mismo (bastando la capacidad de obrar).

Lo que sí está claro es que el momento en que surge la propiedad horizontal es el momento en que las partes manifiestan su voluntad, otorgando título constitutivo, de hacer surgir el régimen de propiedad horizontal. Es, pues, con carácter general, en el otorgamiento de la escritura pública. En ningún caso puede entenderse la inscripción en el Registro de la Propiedad como momento del nacimiento del régimen, sino única y exclusivamente de su eficacia frente a terceros.

El contenido esencial del título está formado por:

a) La descripción del inmueble en su conjunto.
b) La descripción de los pisos y locales y sus anejos, tales como buhardilla, garaje o sótano.
c) La cuota de participación que corresponde a cada piso o local.

Esto nos lleva a señalar como elementos fundamentales de la propiedad horizontal los siguientes: los elementos comunes, los privativos y las cuotas.

3. Elementos de la Propiedad Horizontal

a) El artículo 396 del Código civil hace una separación entre los pisos o locales que son propiedad privativa y los elementos comunes que son objeto de copropiedad por parte de todos los comuneros, siendo los elementos comunes los necesarios para el adecuado uso y disfrute de los pisos.

El del Código civil enumera una serie de elementos comunes, a modo meramente enunciativo, y por tanto, pueden existir más de los que allí se recogen. Entre otros podemos citar: el suelo, el vuelo, las fachadas, cimientos, elementos estructurales como vigas, muros, ventanas, balcones, escaleras, portales, etc.

Dentro de los elementos comunes, podemos distinguir:

— Los elementos comunes por naturaleza: son aquellos que son comunes de una manera objetiva, por exigencia del uso y aprovechamiento del piso o local que se ubica en un edificio, es decir por su uso y destino (por ejemplo, escaleras, pasos, suelo, vuelo, fachadas).

— Los elementos comunes por destino o procomunales: aquellos que por su naturaleza y función podrían ser de propiedad particular, pero por voluntad estatutaria han sido destinados al servicio de la comunidad. Por ejemplo: vivienda del portero, el garaje, una sala social, los muebles de las partes comunes, sótanos, etc. Las características de estos elementos son que se trata de elementos accidentales, no esenciales para el inmueble, solo nacen con tal carácter por voluntad de los copropietarios, están destinados a un servicio de la comunidad y son indivisibles.

b) Son elementos privativos aquellos sobre los que cada copropietario tiene un derecho de propiedad particular, exclusivo y excluyente. Son elementos privativos los pisos o locales de negocio (art. 3 LPH tras Ley 8/2013)[2]. Este mismo artículo añade que también son elementos privativos: «*los anejos que expresamente hayan sido señalados en el título, aunque se hayan separados fuera del espacio delimitado*», por ejemplo: garajes, buhardillas, sótanos (art. 5 LPH).

c) La cuota

El artículo 3 LPH establece que cada piso o local tendrá una cuota de participación con relación al total del valor del inmueble. Esta cuota es la que servirá para determinar la participación de cada propietario en las cargas y beneficios de la comunidad.

El artículo 5.2 LPH también establece que dicha cuota quedará determinada y fijada en el título constitutivo con respecto a cada piso o local. Se fijará por el propietario único, o por acuerdo de todos los propietarios o por laudo o resolución judicial. Para fijarla se tomará como base la superficie del piso en relación con el total del inmueble, así como su emplazamiento, su situación y uso que se presuma que se va a realizar de los elementos comunes.

Las cuotas pueden modificarse, pero las mejoras o menoscabos de cada piso o local no alterarán la cuota atribuida, que solo podrán variarse de acuerdo con lo establecido en los artículos 10 y 17 de la LPH (art. 3 LPH tras Ley 8/2013); sin necesidad de acuerdo de la junta de propietarios en los casos del artículo 10.1 o mayoría de 3/5, en los supuestos del 10.3 LPH, y con aprobación por unanimidad en la junta de propietarios, al consistir en una modificación del título constitutivo, en los supuestos del 17.6 LPH.

Las cuotas son esenciales en la propiedad horizontal, al igual que en la comunidad de bienes, por dos motivos: uno, para que cada copropietario contribuya a los gastos comunes de la propiedad horizontal en función de su cuota, y dos, para la adopción de acuerdos por la junta de propietarios que es el principal órgano de gobierno de la propiedad horizontal, que deben aprobarse por determinadas mayorías o unanimidad de cuotas.

II. ACUERDOS DE LA JUNTA DE PROPIETARIOS

Como ya hemos dicho, la propiedad horizontal es compleja, y está formada por varios copropietarios que tienen su propiedad exclusiva y su participación (cuota) en los elementos comunes, como si de una comunidad de bienes ordinaria se tratara. Pues bien, la coexistencia de varios comuneros, con diversas opiniones es un foco de conflicto constante en la propiedad horizontal, donde al igual que en la comunidad de bienes, su gestión y administración deviene complicada, ya que hay que tratar de aunar y hacer converger las diferentes opiniones e intereses de los copropietarios sobre los elementos comunes. Por eso, se adopta un sistema de mayorías para la adopción de acuerdos, en virtud del principio democrático que rige la comunidad de bienes, aplicado a la propiedad horizontal.

La junta de propietarios, como el órgano de gestión y administración de la propiedad horizontal, toma los acuerdos pertinentes por mayoría o unanimidad según qué tipo de acuerdo sea, para garantizar la gobernabilidad de dicha propiedad compleja.

¿Cuáles son estos acuerdos y cuáles las mayorías necesarias para adoptarlos?

1. Acuerdos por unanimidad y mayoría cualificada

La aprobación de los acuerdos puede hacerse por mayoría o unanimidad según el supuesto al que se refieran, tal y como recogen los artículos 17 y 10 LPH.

a) Acuerdos adoptados por unanimidad

La unanimidad solo será exigible para la validez de los acuerdos que impliquen la aprobación o modificación de las reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad horizontal o en los estatutos de la comunidad (art. 17.6 LPH). No olvidemos que en el título constitutivo se recoge la descripción del edificio y elementos comunes, la de los pisos o locales privativos, así como las cuotas asignadas a cada uno de ellos.

b) Acuerdos adoptados por mayorías especiales

• Para el establecimiento o supresión de servicios como, por ejemplo, servicios de ascensor, portería, conserjería, vigilancia u otros servicios comunes de interés general, incluso cuando supongan la modificación del título constitutivo o de los estatutos, se 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 (art. 17.3 LPH).

• Para el arrendamiento de elementos comunes que no tenga asignado un uso específico en el inmueble requerirá igualmente 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, así como el consentimiento del propietario directamente afectado, si lo hubiere (17.3 LPH).

• El establecimiento o supresión de equipos o sistemas que tengan por finalidad mejorar la eficiencia energética o hídrica del inmueble, necesitará tres quintas partes de las cuotas (art. 17.3 LPH). No obstante, si dichos sistemas o equipos tienen un uso privativo, bastará para la adopción un tercio de las cuotas de participación.

• Aprobación por las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación, la división material de los pisos o locales y sus anejos, para formar otros más reducidos e independientes; el aumento de su superficie por agregación de otros colindantes del mismo edificio o su disminución por segregación de alguna parte; la construcción de nuevas plantas y cualquier otra alteración de la estructura o fábrica del edificio, incluyendo el cerramiento de las terrazas y la modificación de la envolvente para mejorar la eficiencia energética, o de las cosas comunes, cuando concurran los requisitos a que alude el artículo 17.6 del texto refundido de la Ley de Suelo, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio. En estos casos, además, se requerirá la autorización administrativa pertinente (art. 10 LPH).

En todo caso, 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, conforme al procedimiento establecido en el artículo 9 LPH, no manifiesten su discrepancia por 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.

Los acuerdos válidamente adoptados con arreglo a lo dispuesto en esta norma obligan a todos los propietarios.

c) Acuerdos por un tercio de integrantes de la comunidad que representen un tercio de las cuotas

Podrán ser acordados, a petición de cualquier propietario, por un tercio de los integrantes de la comunidad que representen, a su vez, un tercio de las cuotas de participación, los acuerdos necesarios para la instalación de las infraestructuras comunes para el acceso a los servicios de telecomunicación regulados en el Real Decreto-ley 1/1998, de 27 de febrero, o la adaptación de los existentes, así como la instalación de sistemas comunes o privativos, de aprovechamiento de la energía solar, o bien de las infraestructuras necesarias para acceder a nuevos suministros energéticos (art. 17.1 LPH).

Los gastos de instalación y conservación y mantenimiento no se pueden repercutir sobre los propietarios que no votaron a favor. Si luego estos quisieran aprovechar esas mejoras deberán pagar lo que les hubiera correspondido según su cuota, debidamente actualizado, aplicando el correspondiente interés legal.

La nueva infraestructura realizada es un elemento común.

d) Acuerdos por mayoría simple

— Para la realización de obras o el establecimiento de nuevos servicios comunes que tengan por finalidad la supresión de barreras arquitectónicas que dificulten el acceso o movilidad de personas con minusvalía, incluso cuando impliquen la modificación del título constitutivo, o de los estatutos, se requerirá el voto favorable de la mayoría de los propietarios que, a su vez, representen la mayoría de las cuotas de participación, cuando superen 12 mensualidades (art. 17.2 LPH). Si no superaran esta cantidad, la realización de obras para la supresión de barreras arquitectónicas tendrá carácter obligatorio, sin necesidad de acuerdo, tal y como dispone el artículo 10.1.b LPH.

— Para la validez de los demás acuerdos bastará el voto de la mayoría del total de los propietarios que, a su vez, representen la mayoría de las cuotas de participación. En segunda convocatoria serán válidos los acuerdos adoptados por la mayoría de los asistentes, siempre que esta represente, a su vez, más de la mitad del valor de las cuotas de los presentes (art. 17.7 LPH).

En el supuesto, de que no se pudiera lograr la mayoría requerida para cada caso, el juez resolverá en equidad lo que proceda dentro de veinte días, contados desde la petición, haciendo pronunciamiento sobre el pago de costas.

Hay que añadir, además, que en virtud del artículo 17.4 LPH[3], no puede exigirse por un propietario la instalación de nuevos servicios o mejoras que no sean necesarios para la habitabilidad, conservación, seguridad y accesibilidad del inmueble; en principio, solo si la mejora o la instalación supusiera esto, podría pedirse. Pero, no obstante, como continúa este apartado del artículo 17, si piden la mejora o instalación tres quintas partes del total de los propietarios, que representen tres quintas partes de las cuotas, esta puede ser aprobada y ejecutada. Si existe un propietario que no estuviera de acuerdo con la misma, podrá hacerlo constar y no vendrá obligado al pago de esta obra ni se modificará su cuota, incluso si no puede privársele del uso de la misma, y si quisiera hacer uso de los mismos, podrá hacerlo abonando los gastos que le correspondieran por su instalación y mantenimiento.

Los párrafos 3.º y 4.º del artículo 17 LPH van a ser importantes a la hora de explicar los acuerdos sobre la instalación de una piscina en un edificio en propiedad horizontal, pues, como vamos a ver ahora, dicha instalación debe ser previamente aprobada, pero ¿se trata de la instalación de un servicio o interés común, o más bien es la instalación de un bien que ni repercute al interés común, ni mucho menos a la seguridad, eficiencia energética o accesibilidad, a las que se refiere el artículo 17.4 LPH? ¿Qué tipo de acuerdo es? ¿Cuáles son las mayorías necesarias para su aprobación? ¿Qué conflictos genera este tipo de acuerdo?

2. Acuerdos sobre instalación de la piscina

La instalación de una piscina en un edificio de propiedad horizontal, en principio, implica unas obras de elevado coste, con un mantenimiento también elevado, y que supone la ocupación de un elemento común habilitado para otro uso (el suelo o vuelo donde se instale: jardín, azotea, garaje…), y con una finalidad mas bien de ocio, recreo o lujo.

Todo ello hace que la aprobación de su instalación sea conflictiva, se requiere un elevado número de cuotas para que prospere, genera oposición (por los elevados costes que tiene), y se abre un debate sobre si puede considerarse como un servicio de interés general, o mas bien sería un gasto de puro lujo o recreo, al que podría oponerse un copropietario no interesado, pero hay que analizar si su oposición le libra de la obligación de contribuir a los gastos generados por esta nueva construcción.

Es decir, una de las cuestiones fundamentales es dilucidar sobre si se trata de la instalación de un servicio de interés general que debe aprobarse por tres quintas partes de las cuotas, sin que quepa disentir (art. 17.3 LPH) y eludir el pago de los costes, o bien si se trata de la instalación de recreo (mejora no necesaria), aprobada por tres quintas partes, pero en la que sí cabe ser disidente (art. 17.4 LPH).

Por otra parte, nos planteamos también si la instalación de la piscina supone una alteración del edificio, de los elementos comunes, que deba ser aprobada por unanimidad, conforme establece el artículo 17.6 LPH.

Veamos estos y otros conflictos a la luz de la jurisprudencia.

III. REPASO JURISPRUDENCIAL A LOS ACUERDOS EN TORNO A LA INSTALACIÓN DE UNA PISCINA: PROBLEMÁTICA

1. La instalación de la piscina como un servicio de interés general

La construcción de una piscina en un edificio en propiedad horizontal, cuando este ya está construido, y la propiedad horizontal constituida, es un tema que ha generado cierto debate, con relación a, si se puede hacer, qué mayorías son necesarias, y qué consecuencias tiene para los propietarios no conformes con la misma, la aprobación de dicho acuerdo de nueva instalación.

Creemos que, desde luego, si se tiene que construir una piscina en una propiedad horizontal ya consolidada, los elementos comunes donde se va a instalar tienen que sufrir una transformación o modificación, puesto que donde había un suelo, un jardín, o un patio, se va a convertir en algo diferente, con un uso distinto, tal y como es la piscina.

Se produce, por tanto, una alteración de los elementos comunes descritos en el título constitutivo, y una modificación de este, pues está claro que, inicialmente, cuando se constituyó el título, la piscina no aparecía descrita.

Si esto es así, tal y como confirma el artículo 17.6 LPH, el acuerdo para instalar la piscina requiere de unanimidad, puesto que se produce una modificación del título constitutivo. En consecuencia, cualquier acuerdo adoptado por una mayoría, por muy cualificada que sea, distinta de la unanimidad, no sería válido y podría declarase nulo.

Sin embargo, el artículo 17.3 LPH, redactado ya por la reforma de la Ley Propiedad Horizontal de 1999, introdujo una flexibilización a la regla general del 17.6 LPH, con el fin de facilitar la aprobación de acuerdos en una propiedad horizontal, pues la rigidez de la unanimidad impedía, con el veto de un solo copropietario, en muchas ocasiones, avanzar en la adopción de acuerdos. De este modo, la redacción original de la LPH de 1999 admitió que la instalación o supresión de nuevos servicios de interés general podía aprobarse por una mayoría cualificada de tres quintas partes[4].

Si consideramos que la instalación de la piscina es un servicio de interés general, bastará que se apruebe por tres quintos de los propietarios que representen tres quintos de las cuotas.

Se ha discutido en la jurisprudencia este aspecto:

Encontramos un bloque de sentencias de tribunales menores en las que se ha considerado que la instalación de una piscina no es un servicio de interés general, y en ellas se ha ido razonando en el caso concreto por qué no lo es. En este sentido, encontramos las SSAP de Alicante, de 5 de julio de 2001 y 31 de julio de 2001, Las Palmas de 13 de junio de 2005 y la de Castellón de 12 de diciembre de 2002 que, como recoge LOPEZ FRÍAS, rechazan que se trate de un servicio de interés general, haciendo «hincapié en la interpretación de ese concepto de servicio común de interés para la comunidad adaptando a la realidad del inmueble en concreto»[5]. En esta sentencia en concreto, se rechaza que se trate de un servicio de interés general porque el inmueble está muy próximo al mar, donde pueden los vecinos bañarse sin coste alguno.

Por el contrario, existe otro bloque de sentencias, como las SSAP Madrid de 13 de mayo de 2003 y 30 de octubre de 2008, que entienden que un «servicio común de interés general» a los que se refiere el artículo 17.3 LPH, no significa que tenga que ser un servicio necesario para la conservación, habitabilidad, eficiencia energética, o en definitiva una mejora útil para la comunidad, sino que, si la mayoría de los propietarios tiene interés en tal construcción, puede entenderse que ese servicio es de interés general o común. Véanse las palabras de la SAP de 30 de octubre de 2008 en este sentido: «Pues bien, teniendo en cuenta las consideraciones realizadas, debemos aclarar que al referirse la Ley de Propiedad Horizontal (RCL 1960, 1042) en el párrafo segundo del número 1 del artículo 17, a los acuerdos sobre el establecimiento de «servicios comunes de interés general», la misma no requiere ni exige que dichos servicios sean necesarios para la adecuada conservación o habitabilidad del inmueble, ni precisa que aquellos deban conllevar en todo caso mejoras útiles para la comunidad, luego lógicamente todo acuerdo manifestado a favor del establecimiento de un servicio por los diferentes propietarios que forman parte de un inmueble en régimen de propiedad horizontal, conlleva una decisión sobre el mismo que como tal afecta a los intereses generales de todos ellos manifestados a través de los acuerdos comunitarios adoptados. Lo expuesto nos lleva a concluir que la construcción o instalación de una piscina en una zona común se trata de un acuerdo que afecta a un servicio común de interés general de aquellos a los

que se refiere el párrafo segundo del número 1 del artículo 17 de la Ley de Propiedad Horizontal, siendo necesaria para la válida adopción de un acuerdo sobre la construcción de la misma la mayoría de tres quintos a que se refiere tal precepto».

En el mismo sentido, identificando el interés general con el interés mayoritario de la comunidad, se manifiesta la STJI Madrid de 6 de noviembre de 2000, añadiendo que, como lo ha votado el 70% de los copropietarios, es un interés general, y además lo corrobora el hecho de que la piscina incrementa la funcionalidad de la finca, y no supone un perjuicio para el otro propietario, único disidente, ni para la comunidad: «En cuanto al aspecto sustancial debatido, si bien es cierto que el lugar donde se pretenden ubicar la piscina y resto de construcciones auxiliares ha de reputarse como elemento común, a tenor del artículo 396 del Código civil, no lo es menos que el artículo 17.1.ª, en su párrafo segundo, de la Ley de Propiedad Horizontal indica que el establecimiento o supresión de los servicios de ascensor, portería, conserjería, vigilancia u otros servicios comunes de interés general, incluso cuando supongan la modificación del título constitutivo o 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. No cabe duda que la realización de la piscina y sus accesorios es incardinable en la previsión legal relativa a otros servicios comunes de interés general, y tal interés se pone de manifiesto en que así lo acordaron los 25 asistentes a la junta extraordinaria de 29 de junio de 1999 que representaban el 71,46% de las cuotas de participación, en base al documento número 8 de la demanda, siendo el número de viviendas de 35, por tanto se dan las mayorías requeridas legalmente, sin que se requiera para la adopción de tal acuerdo la unanimidad, pues, la llevanza a efecto de tales obras incrementa los servicios y funcionalidad de la finca e interesa a la generalidad de los propietarios, no suponiendo menoscabo apreciable a los derechos del propietario disidente, a la vista de lo actuado, habiendo de prevalecer, en el presente caso, el interés de la mayoría, más del 70% de los titulares de las viviendas y de las cuotas de participación frente al interés del actor, única persona que consta haber impugnado tal acuerdo, por lo que no ha lugar a declararlo nulo, así como tampoco el inciso del mismo relativo a la prohibición de los disidentes a la utilización de tales instalaciones puesto que tal eventualidad está prevista en el punto segundo del artículo 11 de la Ley de Propiedad Horizontal, siendo dable, en este supuesto, privar a aquellos de la mejora que constituye la construcción de la piscina, no considerando, en virtud de lo actuado, que ello perjudique, significativamente, las facultades del actor en cuanto copropietario, y sí en el incremento de los servicios de la finca, lo que favorece a sus condueños».

Parece identificarse el interés general con el interés mayoritario.

Sin embargo, el Tribunal Supremo se ha manifestado en contra, y en la STS de 9 de octubre de 2008, que sienta doctrina en interés casacional, determina que la instalación de una piscina no es un servicio de interés general, por lo que no puede aplicarse la flexibilización del 17.3 LPH, y debe exigirse que el acuerdo en el que se adopta su instalación sea aprobado por unanimidad, por suponer una modificación de los elementos comunes y del título constitutivo conforme al artículo 17. 6 LPH. El Tribunal Supremo, después de explicar la idoneidad de la norma flexibilizadora de la unanimidad, incorporada en la reforma de LPH 1999, plantea que el problema estriba en qué debe entenderse por «interés general», y corrige a la Audiencia provincial, y a otras sentencias de tribunales menores, en el sentido de que no puede entenderse como tal, lo que quiera la mayoría, sino que debe solucionarse con lógica y —añado yo— con

interpretación sistemática, mirando a los supuestos que el propio artículo 17 LPH añade como de interés común, como pueden ser el mantenimiento, seguridad o eficiencia del edificio.

Dice el Alto Tribunal en esta sentencia: «Ahora bien, el problema que plantea la norma está en determinar cuándo un servicio presenta ese interés para someterlo a una mayoría distinta, y este no se resuelve mediante en la desafortunada afirmación de la sentencia de que «si el acuerdo ha tenido el voto favorable de las tres quintas partes del total de los propietarios, será muy difícil poner en tela de juicio que el servicio no sea de interés general» pues ello dejaría sin contenido la regla de la unanimidad. El problema se resuelve con la lógica de las cosas y a partir de una norma en la que ninguno de los servicios que numera tiene que ver con el recreo, esparcimiento o actividades recreativas, que, con su aprobación, todos los propietarios, incluidos los disidentes, tienen obligación de hacer frente a su abono con arreglo a la cuota de participación, ni puede compararse tampoco con los que menciona de forma expresa, y si con aquellos vinculados al progreso o puesta al día de la comunidad y con la mejor utilidad y servicio de los comuneros. Una piscina es algo excepcional en una comunidad de vecinos, máxime si esta es de reciente construcción y pudo haberse dotado inicialmente del servicio, por lo que su instalación requiere el consentimiento unánime de todos los propietarios en cuanto implica una alteración del título constitutivo; consentimiento que al no haberse logrado determina la nulidad del acuerdo».

Parecen razonables las afirmaciones del Tribunal Supremo en cuanto que creemos que probablemente el interés general deba ponerse en estrecha conexión con las finalidades que justamente menciona el propio artículo 17.3 LPH, de portería, conserjería y vigilancia, ya que, a lo mejor, el ocio o uso deportivo de la piscina escapa a los mismos[6]; sin embargo, puede que en un caso concreto, la instalación de la piscina sí que sea de interés general, como por ejemplo recoge la STPI de Córdoba de 11 de septiembre de 2013 en la que se afirma que las especiales y altas temperaturas de Córdoba, puede ser motivo para considerar la construcción de la piscina como de interés general.

En este sentido, la STS de 18 de octubre de 2018 reconoce que el interés general debe apreciarse en el caso concreto, y no rechazarse de plano como hizo la STS de 2008 citada, ya que se trata de «la interpretación del concepto jurídico indeterminado del interés general, cuestión sumamente interesante para la doctrina y en íntima relación con la realidad social y condiciones de tiempo y lugar, como sugiere la sentencia de primera instancia (concepto dinámico y variable), por no ser de esta clase el acuerdo impugnado».

Es decir, volvemos a la interpretación particular, caso por caso, si la construcción de una piscina puede ser o no de interés general, no vale entender que no lo es nunca, de forma taxativa, necesitando una aprobación por unanimidad.

2. La instalación de piscina y el propietario disidente

Otro de los problemas que se suscita con la instalación de una piscina en un edificio en propiedad horizontal está en relación con el propietario que se niega a la construcción de tal servicio. Es el propietario disidente, que no da su voto a tal construcción, y por lo tanto, no se llega a la unanimidad requerida caso de que la construcción de la piscina supusiera la alteración de un elemento común y del título constitutivo, o, que es el caso que vamos a analizar, cuando, a pesar de su oposición, el acuerdo sale adelante, porque se ha obtenido la mayoría necesaria de tres

quintos (si es un servicio de interés general). Esta es la situación que analizamos: se considera como un servicio de interés general, que puede aprobarse por tres quintas partes, y alguno de los propietarios se opone al mismo, pero sale adelante.

En este caso, planteamos dos cuestiones: A) Si a pesar de oponerse viene obligado al pago de los gastos que supone tal instalación y si puede, o no, hacer uso de la piscina, y B) Si el propietario disidente puede tener algún tipo de veto a pesar de aprobarse por una mayoría cualificada de las tres quintas partes de propietarios y cuotas.

A) El pago de los gastos de la instalación de piscina por el propietario disidente

En principio, si la instalación de la piscina se aprueba por una mayoría de tres quintas partes de los vecinos porque se considera que es un servicio de interés general, el propietario disidente vendría obligado al pago de los gastos de esta, porque los acuerdos de la junta de propietarios válidamente adoptados son obligatorios y, en consecuencia, no tiene mas remedio que hacer frente a los mismos.

Esto causaba un problema a ese propietario disidente, ya que, esta situación, provocada por la flexibilización de la regla de la unanimidad que introdujo la reforma de 1999, y permitía la adopción de acuerdos obligatorios por mayorías, le conducía a la situación en la que, a pesar de oponerse, se podría aprobar la obra, y además, tenía que pagarla. El acuerdo era válido, obligatorio y por tanto el disidente debía pagar esos gastos. No quería esa instalación, pero tenía que pagarla, al ser un acuerdo obligatorio (art. 17.3 LPH).

Ante esta desprotección, parte de la doctrina entendió, que la instalación de la piscina podía considerarse como una mejora no necesaria (art. 11.2 LPH[7]), y por lo tanto, cuando el coste de la misma excediera de tres mensualidades, el propietario disidente no venía obligado a pagar dicho aumento de gasto. Había que entender que la piscina no podía calificarse como de mejora necesaria para la «adecuada conservación, habitabilidad y seguridad del inmueble», pues si así fuera, sería una mejora necesaria, y por lo tanto, el disidente también habría de pagar esos gastos extraordinarios.

Esta interpretación del anterior artículo 11.2 LPH servía para proteger al propietario disidente y que no tuviera que pagar la instalación de la piscina.

Con la reforma de la LPH por la Ley 8/2013, de 26 de junio de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, se suprime este artículo 11 que queda derogado, y se incluye en el artículo 17, el párrafo 4.º que recoge en términos muy parecidos lo mismo que el derogado 11.2 LPH. Se dice expresamente que el propietario disidente en un acuerdo tomado por tres quintas partes aunque no sea necesario, no se verá obligado al pago.

Por lo tanto, encontramos en este artículo la vía de escape del propietario disidente. Si el acuerdo supone un gasto superior a tres mensualidades de gastos ordinarios, puede no pagarlo. Eso sí, tampoco podrá usar la nueva instalación, y cuando quiera hacerlo, tendrá que abonar los gastos que hasta el momento le hubieran correspondido pagar en función de su cuota.

La posibilidad de adoptar también acuerdos sobre nuevas instalaciones que no supongan una mejora necesaria, por tres quintas partes, amplia la posibilidad de dichos acuerdos, no restringiéndose solo a los de interés general. Ahora pueden aprobarse por tres quintas partes tanto la instalación de servicios de interés general como aquellos que se alejen de este concepto y que no sean, ni siquiera,

mejoras necesarias. Y en este segundo caso, el propietario disidente no tendrá que pagar dichos gastos si superan las tres mensualidades ordinarias.

Pero el problema del interés general y su caracterización sigue persistiendo, pues si es de interés general, vendrá obligado al pago (17.3 LPH), y si no lo es, o no es ni siquiera una mejora necesaria, no tendrá que pagar ese coste (art. 17.4 LPH). Hay que delimitar caso por caso esta situación, y sería conveniente que el legislador hubiera aprovechado la reforma de 2013 para aclarar cuándo es y no es interés general, no tanto por las mayorías, si no por el pago de los gastos.

Se habrá conseguido rebajar la mayoría para aprobar su instalación (si es de interés general), pero no la obligatoriedad del pago del disidente, lo que le coloca casi en peor situación a este propietario.

B) Derecho de veto del propietario disidente

El propietario disidente, si el acuerdo sale adelante, puede con base en el artículo 17. 4 LPH, no pagar el coste de la instalación de la piscina —ni usarla—, por lo que los intereses contrapuestos entre vecinos parecen equilibrarse.

Sin embargo, entendemos que, en determinadas ocasiones, el propietario disidente, puede ejercer una especie de derecho de veto a ese acuerdo, ya que, en la práctica, parece que fuera necesario para adoptarlo, la unanimidad que se requería antes, o la necesaria hoy en día si se entiende que la piscina no es un servicio de interés general.

Este «veto» se basa en el segundo párrafo del artículo 17.4 LPH, que dice que «No podrán realizarse innovaciones que hagan inservible alguna parte del edificio para el uso y disfrute de un propietario, si no consta su consentimiento expreso».

Es decir, si a pesar de que se adopte el acuerdo y a pesar de que no tenga que pagar la nueva instalación, la obra de la piscina hace inservible alguna parte del edificio que ese propietario disidente venía usando, y así lo prueba, será necesario para tal obra su consentimiento expreso. El propietario puede no darlo porque se opone a esa obra ya que resulta perjudicado al privársele del uso de parte del edificio y, en consecuencia, ese acuerdo no sale adelante, y en caso de que se hiciera sin su consentimiento, podría impugnarse por el disidente al no haber prestado su consentimiento expreso.

La construcción de una piscina, probablemente, suponga la privación o la inutilización de parte del edificio, pues siempre se va a instalar en un patio, jardín, o suelo, o incluso azotea común, que podía ser utilizada por los propietarios. En consecuencia, no parece complicado que ese propietario disidente alegue esto y pueda impugnar el acuerdo con base en el artículo 17.4. 2.ª LPH, por faltar su consentimiento[8].

Esto lo convierte, en ocasiones, en un derecho de veto *de facto,* volviendo a la situación de unanimidad requerida con anterioridad, e impidiendo la gestión mayoritaria o más flexible, de la propia comunidad.

Este derecho es analizado en la STS de 18 de octubre de 2018 que afirma que muchas veces no hay que reconducir el problema sobre las piscinas a si se trata de una cuestión de interés general o no, con la correspondiente unanimidad en ese caso, si no que hay que reconducirlo a una infracción del artículo 17.4 LPH, pues, aunque sea un servicio de interés general, habrá que ver si se impide el uso de parte del edificio al disidente, por la instalación de la piscina. Y eso habrá de analizarse caso por caso, ponderando siempre las posibilidades reales del uso de los propietarios. Afirma esta sentencia lo siguiente:

«Al asumir la instancia se aprecia que el régimen de mayorías para la validez del acuerdo se ha respetado, sin que ni siquiera sea objeto de debate, una vez desechada que fuese precisa la unanimidad.

La cuestión para decidir ha de ser, pues, por haberla introducido en el debate la parte actora, según hemos expuesto, si concurre o no la prohibición prevista en el artículo 17. 4.ª *in fine* LPH. Esto es, si la innovación, objeto del acuerdo, hace inservible alguna parte del edificio para el uso y disfrute de los comuneros impugnantes, en concreto del patio como espacio de uso común, a efectos de patio de recreo.

2. A tal fin, se ha de traer a colación que si bien es cierto que los derechos de disfrute de un copropietario sobre un elemento común tienen una expansión hacia el máximo de posibilidades, también se ha de ponderar la concurrencia de los derechos del resto de los copropietarios. Para llevar a cabo esa labor de ponderación y de armonía tan necesaria para quienes conviven en régimen de propiedad horizontal, se habrá de estar a la prueba obrante en autos y colegir si, a salvo el espacio que ocupa la cubeta de la piscina, los comuneros disidentes se ven privados de modo relevante y sustancial del uso y disfrute de un elemento común, como en este caso es el patio.

El documento núm. 7 contiene el estudio previo de piscina comunitaria y aseos de la comunidad, y en el plano se aprecia claramente que fuera de la cubeta de la piscina, único espacio que no puede ser usado por la parte actora, aquí recurrida, existe un espacio de patio y jardín suficientemente amplio como para que la parte que impugna el acuerdo pueda ver colmado su uso como patio de recreo. Con tal solución quedan satisfechos los intereses de todos los comuneros, sin que la parte actora quede privada, de modo relevante y sustancial, del uso y disfrute del patio común». En este caso, la sentencia entendió que seguía existiendo sitio para disfrutar del patio y, en consecuencia, no procedía tampoco la excepción del 17.4.2 LPH, pero puede ser que en otras ocasiones concretas, cuando el motivo de la negativa del disidente no sea tanto el pago del coste —que ya hemos visto que no tiene que asumir—, si no la incomodidad que dicha obra le supone.

Es decir, la mayor posibilidad que tiene el propietario disidente para impedir la construcción de la piscina es alegar el perjuicio que la misma le supone por inutilizar parte de un elemento común que venía utilizando; si lo prueba es más sencillo que volver a tratar de definir que es un «servicio de interés general», que como tal concepto jurídico indeterminado, puede ser mas complicado.

IV. CONCLUSIONES

I. La instalación de una nueva piscina en un edificio de propiedad horizontal no es una cuestión pacífica porque se cuestiona si se trata de un servicio de interés general o no. Si lo es, el acuerdo que así lo admite tendrá que ser aprobado por 3/5 partes de los propietarios que representen 3/5 partes de las cuotas; pero, si no lo es tendrá que ser aprobado por unanimidad, al suponer una modificación de elementos comunes, y por tanto del título constitutivo.

II. La jurisprudencia ha sido oscilante en esta consideración y, tras una sentencia del Tribunal Supremo que sienta doctrina de interés casacional, parece que no puede considerarse como un servicio de interés general, y que, en consecuencia, se necesita unanimidad para aprobarlo. Pero, una reciente sentencia

del Alto Tribunal parece matizar esta cuestión, abogando que debe examinarse caso por caso si se trata o no de un interés general.

III. Ante esta situación de cierta incertidumbre, el propietario disiente puede verse obligado a pagar unos gastos por una nueva obra o construcción que no quiere y no va a usar si se considera que es un servicio de interés general, ya que solo cuando no lo sea podrá eludir el pago y el uso de la nueva instalación conforme al artículo 17.41 LPH. La cuestión de qué se entiende por interés general sigue siendo debatida y tiene trascendencia pues implica —a pesar de la nueva regla del 17.4 LPH y de haber rebajado las mayorías para aprobarla—, la obligatoriedad de asumir el coste o no de la instalación de la piscina. Se habrá conseguido rebajar la mayoría para aprobar su instalación (si es de interés general), pero no la obligatoriedad del pago del disidente, lo que le coloca casi en peor situación.

IV. Pero, ese propietario disidente tiene otra posibilidad de defensa o protección ante esta situación, cuando se considere que es de interés general: tiene un derecho similar al veto en virtud del 17.4.2 LPH, porque si con la instalación de la piscina se inutiliza parte del edificio común, es necesario su consentimiento expreso; si no lo da, no sale adelante el acuerdo, y en definitiva, volvemos —en la práctica— a un sistema de unanimidad para la instalación de la piscina. Eso sí, siempre habrá que probar en el caso concreto ese perjuicio claro para el propietario disidente por la inutilización de un elemento común.

V. RESOLUCIONES CITADAS

Tribunal de Primera Instancia

- STJI Madrid, de 6 de noviembre de 2000
- STPI Córdoba, de 11 de septiembre de 2013

Audiencia Provincial

- SAP Alicante, de 5 de julio de 2001
- SAP Alicante, de 31 de julio de 2001
- SAP Las Palmas, de 13 de junio de 2005
- SAP Castellón, de 12 de diciembre de 2002
- SAP Madrid, de 13 de mayo de 2003
- SAP Madrid, de 30 de octubre de 2008

Tribunal Supremo

- STS de 9 de octubre de 2008
- STS de 18 de octubre de 2018

VI. BIBLIOGRAFÍA

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2014). *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Aranzadi (5 ed.).

BERROCAL LANZAROT, A.I. (2014). La adopción de acuerdos y su impugnación en la Ley de propiedad horizontal, *Diario La Ley*, núm. 985/2014, 1-31.
CAÑIZARES LASO, A. (2009*). La Propiedad Horizontal en el Código civil*, Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.
DONAIRE IBÁÑEZ, A.J. (2013). *Preguntas y respuestas sobre propiedad horizontal,* Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
LÓPEZ FRÍAS, M.J. (2009). La instalación y supresión del servicio de piscina en el régimen de propiedad horizontal a la luz de la jurisprudencia, *Diario La Ley* 3177, 1-12.
SAN CRISTÓBAL REALES, S. (2009). *Estudios sobre la propiedad horizontal*, Madrid: Wolters Kluwer.
VENTURA-TRAVESET GONZÁLEZ, A. (2000). *Derecho de propiedad horizontal*, Madrid: Editorial Bosch, S.A. (6 ed.).

NOTAS

[1] Sobre conceptos generales de la propiedad horizontal, véase: SAN CRISTÓBAL REALES, S. (2009). *Estudios sobre la propiedad horizontal*, Madrid: Wolters Kluwer; VENTURA-TRAVESET GONZÁLEZ, A. (2000*), Derecho de propiedad horizontal*, Madrid: Editorial Bosch, S.A. (6 ed). BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2014), *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Aranzadi, (5 ed.); CAÑIZARES LASO, A. (2009*). La Propiedad Horizontal en el Código civil*, Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España; DONAIRE IBÁÑEZ, A.J. (2013). *Preguntas y respuestas sobre propiedad horizontal,* Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.

[2] Artículo 3 LPH: «Corresponde a cada piso o local: El derecho singular y exclusivo de propiedad sobre un espacio suficientemente delimitado y susceptible de aprovechamiento independiente, con los elementos arquitectónicos e instalaciones de todas clases, aparentes o no, que estén comprendidos dentro de sus límites y sirvan exclusivamente al propietario».

[3] Artículo 17.4 LPH: «Ningún propietario podrá exigir nuevas instalaciones, servicios o mejoras no requeridos para la adecuada conservación, habitabilidad, seguridad y accesibilidad del inmueble, según su naturaleza y características.

No obstante, cuando por 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, se adopten válidamente acuerdos, para realizar innovaciones, nuevas instalaciones, servicios o mejoras no requeridos para la adecuada conservación, habitabilidad, seguridad y accesibilidad del inmueble, no exigibles y cuya cuota de instalación exceda del importe de tres mensualidades ordinarias de gastos comunes, el disidente no resultará obligado, ni se modificará su cuota, incluso en el caso de que no pueda privársele de la mejora o ventaja. Si el disidente desea, en cualquier tiempo, participar de las ventajas de la innovación, habrá de abonar su cuota en los gastos de realización y mantenimiento, debidamente actualizados mediante la aplicación del correspondiente interés legal.

No podrán realizarse innovaciones que hagan inservible alguna parte del edificio para el uso y disfrute de un propietario, si no consta su consentimiento expreso».

[4] Artículo 17.3 LPH: «El establecimiento o supresión de los servicios de portería, conserjería, vigilancia u otros servicios comunes de interés general, supongan o no modificación del título constitutivo o de los estatutos, requerirán 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».

[5] LÓPEZ FRÍAS, M.J. (2009). La instalación y supresión del servicio de piscina en el régimen de propiedad horizontal a la luz de la jurisprudencia, *Diario La Ley* 3177, 2.

[6] Véase LÓPEZ FRÍAS, M.J. (2009). La instalación y supresión del servicio de piscina en el régimen de propiedad horizontal a la luz de la jurisprudencia, *ob. cit.,* 1-12.

[7] Antiguo artículo 11.2 LPH (versión 1999):

«1. Ningún propietario podrá exigir nuevas instalaciones, servicios o mejoras no requeridos para la adecuada conservación, habitabilidad y seguridad del inmueble, según su naturaleza y características.

2. Cuando se adopten válidamente acuerdos para realizar innovaciones no exigibles a tenor del párrafo anterior y cuya cuota de instalación exceda del importe de tres mensualidades ordinarias de gastos comunes, el disidente no resultará obligado, ni se modificará su cuota, incluso en el caso de que no pueda privársele de la mejora o ventaja».

[8] Sobre la impugnación de acuerdos de la Junta de Propietarios véase, BERROCAL LANZAROT, A.I (2014). La adopción de acuerdos y su impugnación en la Ley de propiedad horizontal, *Diario La Ley,* núm. 985/2014, 1-31.

1.4. Sucesiones

La ausencia de relación familiar como causa de desheredación de los descendientes

Lack of family relations as a cause for disinheritance of descendants

por

RUT GONZÁLEZ HERNÁNDEZ

Prof. Dra. de Derecho civil, Universidad a Distancia de Madrid

RESUMEN: Asistimos a cambios profundos en las estructuras de las familias y en las propias relaciones entre sus miembros y sobre todo en las paterno-filiales, encontrándonos con situaciones de abandono de personas mayores por sus hijos.

Distintos pronunciamientos judiciales relevantes contemplan el maltrato psicológico como modalidad del maltrato de obra y causa de desheredación de hijos y descendientes. En este sentido, en la medida que el abandono emocional o la ausencia de relación familiar conlleve un comportamiento que menoscabe la integridad psicológica del testador, podrá ser considerado como maltrato de obra. A pesar de ello, la ausencia de relación familiar entre el causante y el legitimario no está prevista como causa de desheredación, a diferencia de lo que ocurre en el ordenamiento catalán.

En este trabajo se analiza el distanciamiento y abandono emocional como posible causa de desheredación, permitiendo al testador sancionar por esta conducta a sus descendientes, más allá del aspecto meramente moral.

ABSTRACT: Familiar structures and relationship among their members, especially parent-child, have experimented profound changes, appearing elderly people in state of neglect by their children.

Psycological abuse is contemplated as a form of maltreatment and is therefore considered a ground for disinheritance of progeny and descendants by several rulings. In this way if emotional abandonment or lack of family relationship entails a behaviour that lessens parents´ psycological integrity, it may be considered as elder abuse. In spite of previous considerations, lack of family relation between the testator and his forced heir is not stated as a cause for disinheritance in civl law, unlike in the case of Catalan civil law.

In this paper we analyze whether the lack of attention and emotional neglect should be alleged as a cause for disinheritance. As a result, testators can sanction their descendants for this conduct beyond proper moral concern.

PALABRAS CLAVE: Causas de desheredación. Legítima. Descendientes. Maltrato de obra. Maltrato psicológico. Ausencia de relación familiar. Abandono emocional.

KEY WORDS: Grounds for disinheritance. Legitime. Descendants. Mistreatment. Psycological abuse. Lack of family relation. Emotional neglect.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LAS CAUSAS TIPIFICADAS DE DESHEREDACIÓN A LOS HIJOS Y DESCENDIENTES EN EL CÓDIGO CIVIL: 1. La interpretación restrictiva de las causas de desheredación. 2. La interpretación extensiva del maltrato de obra: Inclusión del maltrato psicológico. Nuevo enfoque jurisprudencial.—III. RELEVANCIA DE LA AUSENCIA DE RELACIÓN FAMILIAR: 1. La ausencia de relación familiar como causa autónoma de desheredación. 2. El tratamiento de la ausencia de relación familiar en el Derecho catalán. 3. Breve referencia a otros ordenamientos.—IV. CONCLUSIONES.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La conexión que existe entre el Derecho de familia y el Derecho de sucesiones es evidente y la transformación que ha experimentado la familia debería tener también su reflejo en el Derecho sucesorio[1]. El cambio en la familia ha ido acompañado de la edad en la que mueren las personas y la composición de los propios patrimonios, entre otros.

La desheredación en particular, siendo un tema propiamente sucesorio, tiene su repercusión en el Derecho de familia. Por lo tanto, habrá que plantearse si nuestro sistema se adapta a estas nuevas situaciones imperantes en la sociedad, donde cada vez es mayor el auge que tiene el principio de la autonomía de la voluntad[2].

Es constatable que la esperanza de vida ha aumentado, lo que tiene consecuencia en una mayor longevidad e incremento de situaciones de abandono de las personas mayores —con dependencia emocional y psicológica—, y una cada vez menor atención a los cuidados que se les prestan. Todo ello da lugar a que progresivamente sea más frecuente encontrarse con testadores que vayan a testar con la intención de desheredar a algún descendiente por el desafecto que origina la ausencia de relación familiar y situación de abandono emocional[3].

Quizás sea una realidad conectada con la menor dedicación a las relaciones familiares que venimos experimentando en nuestra sociedad.

En materia sucesoria, a la que nos vamos a referir, el Derecho común está inspirado por el rígido sistema formal de las legítimas, configuradas estas como *pars bonorum*, lo que supone una limitación a la libertad de disposición del testador.

Dejando al margen la discusión —por no ser el objeto de este estudio— que se mantiene acerca de la legítima, en lo que a la desheredación de los descendientes concierne, y partiendo de que esta es una facultad atribuida al causante, este también ve limitada su voluntad al ser tasados los supuestos en que un padre puede desheredar a su hijo.

La propia desheredación —desde la época del emperador Justiniano— no solo se hace depender de la exclusiva voluntad del testador puesto que tiene que existir una causa legal para ello[4]. La decisión que toma el testador cuando deshereda se basa en comportamientos legalmente reprochables y de los que ha tenido conocimiento, al ser anteriores a la desheredación y por ende al propio testamento.

De esta manera, la relevancia de la institución reside en la conducta, que es la base de la desheredación y lo que da origen a la misma.

El derecho a la legítima que tienen los hijos y descendientes se fundamenta en el derecho inherente a la propia filiación más que en las efectivas y afectivas relaciones[5]. Sin embargo, la unidad familiar ha cambiado y no es la realidad familiar que imperaba cuando se redactó el Código civil y la voluntad del testador puede ser otra que la que su herencia recaiga en sus descendientes; y una de las causas que le impulsen a esa determinación puede ser la inexistencia de relación, o bien porque dicha relación este deteriorada y prefiera disponer de sus bienes a favor de otras personas o solo de concretos descendientes. De hecho, afecto y relación familiar influyen en la sucesión.

La misma transformación familiar está presente en la decisión del testador, como es el caso de las familias reconstituidas donde concurren hijos de distintos matrimonios o incluso un cónyuge viudo que no es progenitor de los descendientes legitimarios. Si bien es cierto, que a veces la falta de relación entre padres e hijos se origina como consecuencia de las crisis matrimoniales en las que los hijos menores son influenciados por un progenitor, generalmente el custodio[6]. Así lo recoge la STS de 19 de febrero de 2019 (FD 3.º.4): «Entre las iniciativas que propugnan la revisión de la legítima, una de ellas es la tendente a que se extiendan y modernicen los casos legales de desheredación de los legitimarios, pues las modernas estructuras familiares propician e incluso no hacen extrañas, situaciones en las que los progenitores han perdido contacto con alguno o todos de sus hijos.

Otras veces ya no es tanto la pérdida de contacto, sino relaciones entre progenitor e hijo francamente malas.

Estas tensiones no son nuevas, pero hoy día pueden haberse incrementado, pues, con frecuencia, existen sucesivos matrimonios, que conlleva sucesivos núcleos familiares, con hijos de un vínculo anterior y otros del posterior, con intereses no siempre uniformes».

Además, si consideramos que la finalidad para la que fue concebida la legítima no es la misma que en la actualidad[7], que el patrimonio familiar pasa a ser un patrimonio individual conseguido con el propio trabajo, hace replantear la libertad de la persona de disponer de sus bienes.

II. LAS CAUSAS TIPIFICADAS DE DESHEREDACIÓN A LOS HIJOS Y DESCENDIENTES EN EL CÓDIGO CIVIL

1. La interpretación restrictiva de las causas de desheredación

La desheredación tiene carácter excepcional, conformando el derecho a la legítima la regla general[8], —principio de intangibilidad—. Así, el testador solo puede negar el derecho a la legítima cuando el comportamiento del legitimario sea por alguna de las causas tipificadas legalmente y que son conductas graves, artículo 848 del Código civil. A pesar de ello, no puede ignorarse que la desheredación forma parte del sistema de legítimas.

La declaración de desheredación debe determinar la causa legal, por lo que tiene que estar tipificada legalmente y ser anterior al otorgamiento del testamento.

En lo concerniente a las causas de desheredación respecto a los hijos y descendientes se recogen en el artículo 853 del Código civil y son muy concretas y determinadas, siendo únicamente las que expresamente se señalan en este precep-

to. Así lo ha venido entendiendo la jurisprudencia, en STS de 28 de junio de 1993 declara que «ha de imponerse una interpretación restrictiva de la institución, que no solo proclama el artículo 848 del texto legal, sino la abundante jurisprudencia, orientada en la defensa de sucesión legitimaria; no admitiéndose: ni la analogía, ni la interpretación extensiva, ni siquiera la argumentación de «*minoris ad maiorem*», igualmente la STS de 4 de noviembre de 1997 «la jurisprudencia que interpreta este precepto, por su carácter sancionador, es absolutamente restrictiva en la interpretación y no extiende su aplicación a casos no previstos en la ley».

La interpretación restrictiva de las causas de desheredación la recogió anteriormente la STS de 30 de septiembre de 1975, que señaló expresamente: «sobre todo cuando estas causas deben interpretarse restrictivamente por aplicación del Principio General de Derecho *"odiosa sunt restringenda"* y porque de otra forma se podría dar al traste con todo el sistema legitimario establecido a favor de los hijos por los artículos 806, 807 y 808 de la Ley civil sustantiva».

El artículo 853.2.º del Código civil establece que: «serán justas causas para desheredar a los hijos y descendientes: …haberle maltratado de obra o injuriado gravemente de palabra»[9].

La enumeración que realiza este precepto es taxativa —y restrictiva conforme interpretación jurisprudencial—, acorde con el sistema legitimario imperante en nuestro ordenamiento[10].

Son causas de desheredación «*numerus clausus*» y de aplicación estricta, siendo el margen estrecho, sin posibilidad de extensión por analogía, lo que no significa que haya de interpretarse restrictivamente[11]. Sin embargo, existen conductas que siendo reprochables, no tienen amparo jurídico y por tanto, el causante que ha sido abandonado emocionalmente no podrá desheredar a su descendiente porque tal desheredación será ineficaz. De ahí que quepa plantearse si determinadas conductas de distanciamiento o abandono emocional pueden encajar en el maltrato de obra.

2. La interpretación extensiva del maltrato de obra: Inclusión del maltrato psicológico. Nuevo enfoque jurisprudencial

Tanto la doctrina como jurisprudencia mayoritaria ha venido entendiendo que el maltrato de obra se identifica con la agresión o violencia física. Si bien, la STS de 26 de junio de 1995 (FD 2.º) ya consideró que no es necesario el empleo de la fuerza física para que una conducta pueda calificarse como maltrato de obra y ser causa de desheredación del artículo 853.2.º del Código civil. Esta sentencia ya apreció el maltrato psicológico como modalidad del maltrato de obra.

Asimismo, tradicionalmente se ha interpretado la falta de relación y afecto entre el descendiente y su progenitor —y con ello el maltrato psicológico— como un aspecto de índole moral y no de ámbito jurídico, en consecuencia, el abandono emocional quedaba fuera de la ley. En este sentido, se pronunció la ya citada STS de 28 de junio de 1993 «la falta de relación afectiva y comunicación entre la hija y el padre, el abandono sentimental sufrido por este durante su última enfermedad, la ausencia de interés, demostrado por la hija, en relación con los problemas del padre, etc., etc., son circunstancias y hechos que de ser ciertos, corresponden al campo de la moral, que escapan a la apreciación y a la valorización jurídica, y que en definitiva solo están sometidos al tribunal de la conciencia». También ha sido puesto de relieve por la STS de 14 de marzo de 1994 («interpretación subjetiva y parcial» FD 11.º).

No obstante, se ha ido flexibilizando la interpretación del maltrato de obra y se constata un cambio jurisprudencial en recientes SSTS de 3 de junio de 2014 y 30 de enero de 2015.

En la doctrina desde hace tiempo se apoya que el abandono emocional en cuanto constitutivo de maltrato psicológico ha de considerarse como una forma de maltrato de obra y estimarse causa de desheredación (ECHEVARRÍA DE RADA, 2015, 939)[12].

En las referenciadas SSTS de 3 de junio de 2014 y 30 de enero de 2015, la cuestión de fondo que se plantea es la interpretación del artículo 853. 2 del Código civil, en relación al maltrato psicológico como justa causa de desheredación, tal como consta en el FD1.º de ambas resoluciones.

La STS de 3 de junio de 2014 en el FD 2.º señala que aunque las causas de desheredación sean únicamente las que expresamente señala la ley, artículo 848 del Código civil y supongan una enumeración taxativa, no significa que no se pueda hacer una interpretación flexible para adecuarse a la realidad social[13].

En el caso analizado en la sentencia, los hijos desheredados incurrieron en un maltrato psíquico reiterado contra su padre, a través del abandono y menosprecio, de modo que, en los últimos años de la enfermedad de su padre, dichos hijos dejaron de tener contacto con él y se desinteresaron hasta su fallecimiento, momento en el que hicieron acto de presencia para demandar sus derechos hereditarios.

Con esta resolución, el Tribunal Supremo pone de manifiesto la necesidad de hacer una interpretación extensiva de la causa de desheredación contenida en el artículo 853.2 del Código civil para incluir en ella el maltrato psicológico —interpretación sociológica.

Considera que el maltrato psicológico debe quedar comprendido en el propio maltrato de obra, al ser una acción que determina un menoscabo o lesión de la salud mental de la víctima, con mención expresa a la dignidad de la persona, defendiendo así una interpretación amplia[14].

El presupuesto del que parte la argumentación es el menoscabo de la dignidad del padre-testador, que justifica la desheredación del hijo-maltratador; sufrimiento que no está amparado por quien lo recibe, el testador.

En el último apartado del FD 2.º se hace referencia expresa al abandono emocional, matizando que los hijos incurrieron en un maltrato psíquico contra su padre por su conducta de menosprecio y de abandono familiar, mostrando absoluto desinterés hacia él que quedaba constatado en la ausencia de contacto. Por tanto, esta sentencia está dando relevancia al abandono afectivo sufrido por el progenitor y entidad suficiente a la situación de soledad en la que vivió. En definitiva, circunstancias todas ellas, que perturban el estado emocional del testador y que van más allá de un mero abandono emocional y perdida de relación familiar[15].

Es importante que en la sentencia se reconozca que existen distintos modos de desentenderse gravemente de los padres y que serían justas causas de desheredación.

En el mismo sentido, la STS de 30 de enero de 2015 reitera la doctrina jurisprudencial de que el artículo 853. 2.º del Código civil debe ser interpretado de modo flexible, conforme a la realidad social, al signo cultural y a los valores del momento[16].

No cabe duda que la ruptura de relaciones provocará en el padre un sufrimiento y dolor digno de ser considerado relevante jurídicamente dado el carácter de las relaciones paterno-filiales y así, el menosprecio, la indiferencia y la desa-

tención constituyen conductas que atentan contra la naturaleza de dicho vínculo. Por ello, comportamientos de esta índole deberían posibilitar la correspondiente sanción legal por el testador, y no quedarse en el ámbito meramente moral. Más si consideramos —como se ha venido manifestando por la doctrina— que la legítima ya no cumple la función que cumplía tradicionalmente, el causante podría recompensar con la atribución de sus bienes a quien haya tenido hacia él una conducta meritoria.

No son anecdóticos los casos en que los hijos se desinteresan totalmente de sus padres durante años y se acuerdan de que vuelven a ser hijos para reclamar sus derechos sucesorios una vez fallecidos aquellos.

El abandono o desamparo emocional y en si la simple falta de relación familiar afectiva puede ser constitutivo de maltrato psicológico puesto que una falta de gratitud y desentendimiento por parte de los hijos o descendientes hacia sus padres o ascendientes comporta una manifiesta falta de afecto y en suma, provocará un quebranto emocional y psicológico en el padre o ascendiente que lo padece. Además, estas conductas parecen desvirtuar la propia esencia de la relación paterno-filial, por lo que en última instancia carecería de sentido el pago de la legítima a ese hijo.

El fundamento de la desheredación de un hijo es muy similar al de la revocación de donaciones por ingratitud[17]. En esta línea, el Tribunal Supremo en STS de 20 de julio de 2015 ha venido a interpretar que existen conductas de los hijos que aunque no puedan ser tipificadas como delitos, constituyen comportamientos socialmente reprobables o condenables que atentan contra la dignidad de los padres y revelan ingratitud. Destaca la sentencia que el comportamiento de la donataria no es el que debe tener un hijo con relación a sus padres.

La indiferencia y el distanciamiento afectivo de un hijo hacia un padre puede ser considerado como maltrato psicológico, siendo una variante más de este[18]. Y es que las variantes como su casuística puede ser muy amplia. Si bien, habrá que analizar las circunstancias que comprenden la falta de relación para poder concluir si existe maltrato psicológico y por tanto, causa de desheredación o por el contrario no cabe apreciarlo.

De nuevo y como ha ocurrido tanto en el Derecho de familia como en el Derecho de sucesiones, ha sido la jurisprudencia quien ha dictado sentencias que han supuesto un hito en estos ámbitos y ha hecho reflexionar sobre las reformas legislativas que se deberían propugnar y en no pocos casos influenciadas por la regulación de los derechos forales, en este caso del Derecho catalán.

Estos pronunciamientos manifiestan un intento de ampliar la libertad de testar, sin embargo muy lejos de la regulación que realiza el legislador catalán puesto que al contemplar y detallar la ausencia de relación familiar como causa de desheredación, no es preciso acudir a interpretaciones jurisprudenciales como ocurre en Derecho común y prueba es la sentencia arriba referenciada[19].

Tal vez la interpretación del Tribunal Supremo puede resultar forzada y su solución no sea del todo satisfactoria (DE BARRÓN ARNICHES, 2016, 96), sin embargo, el abandono y la falta de relación familiar son suficientemente relevantes para ser considerados[20].

Aunque estas sentencias no reconocen expresamente la ausencia de relaciones o el abandono emocional como causa de desheredación, en la medida que cualquier comportamiento que menoscabe gravemente la integridad psicológica del testador pueda ser considerado como maltrato de obra, estamos más próximos a la apreciación de la causa de desheredación.

El reconocimiento del maltrato psicológico como forma de maltrato de obra supone ya un avance, no obstante se precisaría una actualización[21].

La STS de 27 de junio de 2018 confirma la inserción del maltrato psicológico reiterado dentro de la causa de desheredación de maltrato de obra del artículo 853.2.º del Código civil, que han realizado mediante inclusión interpretativa las STS de 3 de junio de 2014 y 30 de enero 2015 ya citadas. Respecto a la falta de relación familiar afectiva señala que «solo una falta de relación continuada e imputable al desheredado podría ser valorada como causante de unos daños psicológicos» (FD2.º).

En lo que a las Audiencias Provinciales se refiere, encontramos jurisprudencia contradictoria, si bien, hasta ahora parece que ha predominado la exclusión del abandono emocional del ámbito del maltrato de obra como causa de desheredación. De las sentencias que siguen la línea de considerar el maltrato psicológico como justa causa de desheredación, destacamos la SAP de Santa Cruz de Tenerife de 10 de marzo de 2015, en la que expresamente manifiesta: «En lo que se refiere a la desheredación regulada en los artículos 848 y siguientes del Código civil, se impone una reconsideración de la proscripción de la interpretación analógica y extensiva de las causas de desheredación contempladas en los preceptos legales. Así, en cuanto al maltrato de obra y la injuria grave, previstos como causa de desheredación en el apartado 2 del artículo 853 del Código civil, hay que entender los términos «maltrato» e «injuria» en sentido amplio e integrador, que abarque no solo el maltrato físico y el proferir palabras injuriosas, sino también todo daño o sufrimiento psicológico infligido por cualquiera de los herederos legitimarios hacia el testador, debiendo incluirse a modo de ejemplo, la falta de cariño, el menosprecio, el desentenderse y no prestar la dedicación debida a los progenitores mayores o necesitados, aun sin llegar al caso más grave de incurrir en el incumplimiento de la obligación moral y legal de prestar alimento a los progenitores (previsto especialmente como causa de desheredación en el apartado 1 del art. citado), en su doble vertiente de proveer a las necesidades alimenticia y de vivienda, por un lado, y de atención, afecto y cuidados, por otro, procurando que los progenitores que lo necesiten se sientan en todo momento acompañados, asistidos y protegidos. Lo contrario, supone una conducta que en los estándares actuales, se ha de calificar como de mezquina y que, por lo tanto, puede y debe ser sancionada y, sin duda, ser considerada como motivo suficiente de desheredación con el fin de evitar que los legitimarios que incurran en ellas se vean favorecidos en detrimento de otras personas, sean o no familiares, que los han sustituido en la obligación moral y legal de subvenir a esas necesidades. Todo ello, por supuesto, sin detrimento alguno de las garantías procesales y de valoración probatoria que son básicas en nuestro ordenamiento jurídico, es decir, siempre que los favorecidos por la desheredación de los legitimarios acrediten la existencia de razones objetivas y de suficiente entidad como para justificar una decisión tan drástica, y siempre que no se aprecie la existencia de una voluntad malévola o interesada por parte de esos mismos favorecidos» (FD 2.º). También la SAP de Málaga de 8 de enero de 2016[22].

III. RELEVANCIA DE LA AUSENCIA DE RELACIÓN FAMILIAR

1. La ausencia de relación familiar como causa autónoma de desheredación

Tal como se ha comentado en el apartado anterior, entretanto la ausencia de relación familiar no se contemple como causa de desheredación, un acercamiento es incluir en el maltrato de obra el maltrato psicológico del hijo o descendiente hacia el padre o ascendiente[23].

Parece que la ausencia de contacto no puede ser sin más causa de desheredación si no va acompañado de angustia o padecimiento para el testador puesto que el maltrato psicológico no puede equipararse al mero abandono emocional sino que se precisa una ruptura absoluta y prolongada en el tiempo, que produzca un verdadero padecimiento al testador. Si bien, en no pocos casos el hecho mismo de la dejación emocional de unos hijos hacia sus padres producirá en estos un estado de zozobra y afectación digno de ser considerado.

Al menos, en los pronunicamientos jurisprudenciales se valora la perturbación del estado emocional del testador como causa de desheredación.

La falta de relación familiar conlleva abandono y desasistencia y se constata la necesidad de incluirla como causa de desheredación y cada vez más por la realidad social que nos rodea, donde las relaciones personales y familiares se complican —llegando incluso a su ruptura—. Además, se insiste en que la propia institución de la familia ha experimentado cambios, por lo que la inserción de dicha causa conexionaría mejor y por supuesto incrementaría la libertad de testar.

Si entendemos que la familia se fundamenta no solo en vínculos de consanguinidad sino en vínculos afectivos (PÉREZ ESCOLAR, 2014, 1147) cuando desapareciera el trato familiar entre ascendientes y descendientes se justificaría la desheredación, puesto que la legítima está basada en los vínculos familiares, artículo 807 del Código civil[24].

En este sentido, se ha pronunciado la STS de 19 de febrero de 2019: «Como algún tribunal provincial ha afirmado «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 estas comportan, pueda verse beneficiado después por una institución jurídica que encuentra su fundamento, precisamente, en los vínculos parentales» (FD 3.º.8).

Todo ello pone de manifiesto la insuficiencia de las causas legales de desheredación y la necesidad de contemplar el «abandono afectivo» del testador por parte de sus hijos u otros descendientes como causa de desheredación[25].

Las resoluciones comentadas no son suficientes y es necesario la reforma legislativa para dotar al sistema de seguridad jurídica[26], a modo del ordenamiento catalán que ha ampliado la libertad de testar con la introducción de nuevas causas de desheredación: la ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario, si es por una causa exclusivamente imputable al legitimario.

La Asociación de Profesores de Derecho Civil en la propuesta de Código civil a pesar de que opta por una ampliación de la libertad de disposición del causante, en la regulación de las causas de desheredación de parientes en línea recta, en el artículo 467-27 b) señala simplemente como causa haber maltratado al causante sin que haga mención expresa a maltrato de obra ni maltrato psicológico ni contemple la ausencia de relación familiar como causa de desheredación[27].

2. El tratamiento de la ausencia de relación familiar en el Derecho catalán

El ordenamiento catalán en el artículo 451-17. 2 e) CCCat regula como causa de desheredación «La ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario, si es por una causa exclusivamente imputable al legitimario»[28]. Así, el legislador catalán se ha basado en los vínculos afectivos y no solo en los de parentesco, siendo la inexistencia de la solidaridad familiar la justificación de la causa de desheredación.

Se contempla como una causa independiente y no como modalidad del maltrato puesto que es distinta del maltrato grave de la letra c) del precepto citado.

Esta causa va más allá del abandono emocional al tener cabida toda ausencia manifiesta y continuada de relaciones familiares por causa imputable al legitimario[29].

El referido artículo exige la concurrencia de tres requisitos para que sea admitida la desheredación: (i) La exteriorización de la conducta; (ii) Que sea reiterada o sostenida en el tiempo —conforme a los usos y al sentido común; (iii) Que solamente sea imputable al legitimario desheredado, que no sea recíproca[30]. Requisitos que ha destacado la doctrina para poder desheredar por esta causa. La SAP de Barcelona de 30 de abril de 2014, FD 2.º señala respecto a la falta de relación «que puede haber habido una relación no familiar, mercantil o profesional, la cual no obsta para que exista esta causa de desheredación».

De este modo lo confirma la SAP de Barcelona de 13 de febrero de 2014 en el FD 2.º que destaca dos aspectos esenciales para la aplicación del artículo 451-17. 2 e): «1.º Que la ausencia de relación familiar sea manifiesta y continuada, es decir que sea «conocida» y «no esporádica», lo que es igual a la práctica inexistencia de vínculos no solo afectivos sino de contacto físico y que estos sean «notorios» para todos los de su entorno. 2.º Que esta ausencia sea «exclusivamente imputable al legitimario», en otras palabras que el causante no haya sido la causa de este alejamiento, que solo en aquellos supuestos más sangrantes pueda producirse en ocasiones, como los malos tratos, abusos, etc. Siendo, sin duda, muy difícil valorar otras circunstancias que quedan dentro de la intimidad familiar, como podían ser las diferencias ideológicas, de carácter, desavenencias, o de cualquier otra índole, que provoque la distancia entre los legitimarios y el causante».

Extremos todos ellos que deberán probarse por el heredero contra el que se demande y en el que tiene el juez un margen de discrecionalidad puesto que no existe presunción de la validez de la causa[31]. Señala la referida sentencia de la Audiencia de Barcelona que las pruebas deberán ser suficientes e indiciarias de la inexistencia de vínculos.

En cualquier caso, tal como se recoge en diversas resoluciones, no pueden sentarse criterios generales sobre la admisibilidad de esta prueba, sino que hay que analizar cada caso concreto.

En este sentido, cabe señalar que la ausencia total de trato del testador con el desheredado es de difícil comprobación. En concreto, se plantean dificultades sobre la imputabilidad de la ausencia de relación familiar y en especial respecto de los progenitores de padres separados o divorciados, donde la ruptura en algunos casos conlleva un distanciamiento entre el menor y el progenitor no custodio que se extiende a lo largo de los años y es iniciada a una edad muy temprana del hijo y por tanto la causa de esa falta de relación familiar no puede imputarse a este que en aquel entonces era un menor[32].

El propio Preámbulo de la Ley 10/2008, de 10 de julio del libro cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, ya recogía este aspecto: «Con relación al desheredamiento, es destacable la adición de una nueva causa, que es la ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario por causa exclusivamente imputable a este último. A pesar de que, ciertamente, el precepto puede ser fuente de litigios por la dificultad probatoria de su supuesto de hecho, que puede conducir al juzgador a tener que hacer suposiciones sobre el origen de desavenencias familiares, se ha contrapesado este coste elevado de aplicación de la norma con el valor que tiene como reflejo del fundamento familiar de la institución y el sentido elemental de justicia que es

subyacente»[33]. La SAP de Barcelona de 19 de mayo de 2016 en la que se aprecia la causa de desheredación del artículo 451-17.2.e) CCCat, en el FD 3.º así lo recoge expresamente al señalar que «el fundamento de esta causa obedece a la realidad social en la que muchos hijos carecen de relación con sus padres durante mucho tiempo y en la correlativa voluntad, observada en la práctica real al otorgar testamentos, de padres que deseaban privar de su legítima a los hijos porque no ha habido relación con ellos y prefieren dar los bienes a otros familiares».

Por todo ello, en este ámbito debe analizarse la imputación de la responsabilidad al legitimario puesto que este previamente puede haberse sentido abandonado por su progenitor y en ningún caso pueden ampararse graves dejaciones de deberes y obligaciones de los progenitores hacia sus hijos[34].

Así, en los casos en los que el causante haya originado la ruptura familiar, no tendrá lugar dicha causa de desheredación.

Esta vía por la que ha optado el legislador catalán, no es compartida por todos porque se considera que puede conllevar inseguridad jurídica por causa de la indeterminación y ambigüedad de lo que comporta la propia «ausencia de relación» con los elementos del carácter «manifiesta» y «continuada» y «exclusiva» al legitimario (GALICIA-AIZPURUA, 2017, 8)[35]. A pesar de ese posible riesgo —preferible asumirlo—, con esta causa, el testador tiene mayor disposición sobre la cuota legitimaria al poder decidir sobre ella.

Aún con la previsión expresa de esta causa, no encontramos muchas resoluciones judiciales en el ordenamiento catalán que hayan apreciado el abandono emocional como causa de desheredación, sigue predominando la intangibilidad de la legítima sobre la conducta del legitimario. Incluso topamos con alguna como la SAP de Barcelona de 29 de enero de 2014, FD 2.º, que reitera la interpretación que realizan las SSTS de 28 de junio de 1993 y de 4 de noviembre de 1997, ya comentadas y señala expresamente: «la apreciación de la concurrencia de esta causa de desheredación supone una cierta discrecionalidad del juez que, en todo caso, ha de operar restrictivamente en aplicación del principio general del derecho *"odiossa sunt restringenda"* y porque, de otro modo, se podría dar al traste con todo el sistema legitimario establecido a favor de los hijos. En el caso de autos no se ha acreditado el maltrato grave de palabra o de obra al causante, más allá de las constatadas malas relaciones entre el causante y su hija plasmadas en el alejamiento de ambos, lo que no puede constituir causa de desheredación».

La SAP de Barcelona de 13 de febrero de 2014 recoge expresamente: «la introducción de esta nueva causa en acogimiento a los cambios sociales que se han producido estos últimos años, por los graves abandonos de personas mayores en manos de terceros o en soledad, no por ello significa que esta causa, si bien progresista y respetuosa con la libertad del testador de excluir de sus últimas voluntades a los hijos que han incurrido en una total ausencia de relación y atención al causante, sus progenitores, pueda ser interpretada laxa o sesgadamente en perjuicio de los derechos legitimarios».

Se mantiene la doctrina asentada por el Tribunal Supremo en cuanto a las causas de desheredación y su interpretación restrictiva, SAP de Barcelona de 10 de abril de 2018.

3. Breve referencia a otros ordenamientos

Existen ordenamientos de reconocimientos de derechos sucesorios basados en el comportamiento, como es el caso de algunos sistemas norteamericanos y

en concreto en el Código civil de Luisiana se prevé una causa de desheredación que consiste en que permite al progenitor desheredar a un hijo si este, una vez alcanzada la mayoría de edad y con capacidad para mantener el contacto con su progenitor, no lo ha hecho sin justa causa durante dos años[36].

En nuestro Derecho comparado, Alemania no contempla como causa de privación de la legítima la falta de trato familiar entre causante y legitimario, sí lo hace el Derecho austriaco, si bien, se concreta que si es el propio causante quien niega sin motivo el trato familiar, la causa de la ruptura le es imputable y en consecuencia la legítima no se puede reducir[37]. Sin duda, una acertada previsión para evitar que sea el causante quien fomente conductas que impidan la relación familiar.

Se ha demostrado que la libertad de testar necesita correcciones como es el caso de las *family provision* en los territorios del *Common Law*. Y si nos remontamos a la época romana, precisamente la libertad de testar precedió a la legítima, por lo que parece que el camino a seguir es una reforma hacia su flexibilización[38]. Y en todo caso, las reformas que se proponen tienen como finalidad adaptarse a la realidad social de nuestros tiempos y en lo que respecta a la desheredación, introducir causas que sean más acordes con dicha realidad.

De todos modos, en nuestro ordenamiento la flexibilización de la legítima está teniendo lugar en los Derechos forales más que en el Derecho común.

IV. CONCLUSIONES

I. La legítima debe ser adaptada a las circunstancias actuales, y entre otras, a través de la revisión de las causas de desheredación. Asi, la necesidad de reforma de las causas de desheredación va unida a la del propio sistema de legítimas.

Existe relación directa entre desheredación y libertad de testar, actuando la desheredación como compensación a la restricción de las legítimas.

Conforme a los pronunciamientos jurisprudenciales analizados que admiten incluir el maltrato psíquico en el artículo 853. 2 del Código civil se percibe el enfoque del sentido de la legítima, al no ser un derecho inherente al legitimario por el hecho de serlo sino que dependerá del comportamiento que tenga hacia sus ascendientes.

El criterio jurisprudencial mantenido por el Tribunal Supremo es que la ausencia de relación familiar únicamente puede conllevar la desheredación si se trata de un maltrato psicológico y para que pueda suponer causa autónoma de desheredación deberán cumplirse determinados requisitos.

Aunque por el momento el legislador no se ha hecho eco de lo reflejado en estas resoluciones, merecen una valoración positiva, al abrir una posibilidad que amplía la libertad del testador y refuerza la dignidad de los padres o ascendientes como persona. Conciben la legítima desde un sentido recíproco, al crear deberes también para los descendientes.

La simple falta de relación familiar, con independencia de que suponga o no un maltrato, atenta contra los propios principios familiares que sustentan la institución de la legítima. El Tribunal Supremo en las sentencias referidas ha expresado el sentir de testadores que invocan la ausencia total de trato o el maltrato psicológico como causa de desheredación.

La realidad social nos muestra una prevalencia del afecto sobre el parentesco en lo que a las relaciones familiares se refiere.

II. El artículo 853. 2 del Código civil debería contemplar otras formas de maltrato más allá de la violencia física, como son los malos tratos psíquicos y la

ausencia manifiesta y continuada de la relación familiar. Quizás precisaríamos un sistema que se limitase a reconocer como motivo de desheredación un «genérico» maltrato y que pueda ser incluido el maltrato psicológico.

El abandono tanto asistencial como emocional puede ser conducta constitutiva de maltrato y sancionable, lo que sería más acorde con la realidad familiar y social actual aunque deberá hacerse con cautela para no respaldar incumplimientos de deberes paternos y en todo caso siempre que sean conductas reiteradas de los hijos o descendientes respecto de sus padres o ascendientes y no recíprocas.

Lo que debe valorarse es el estado de zozobra o angustia y sufrimiento que padece el testador y que le lleva a enfrentarse a sus hijos para defender sus derechos.

En la medida que la ausencia de relación familiar es contraria a la solidaridad intergeneracional —fundamento de la legítima—, tiene entidad suficiente para ser contemplada como causa autónoma de desheredación e independiente del maltrato psicológico a modo de la regulación catalana. Mientras tanto, al menos, el daño sufrido por los padres como consecuencia de ese comportamiento debería tener la suficiente entidad para ser considerado.

III. Estimar que la relación y el afecto familiar entre padres e hijos es una obligación moral y no jurídica, parece que no responde al sentido de la legítima aunque como se ha comentado, no toda falta de comunicación o de relación afectiva será causa de desheredación y habrá que valorar las circunstancias, causa e imputabilidad, que implica entrar a evaluar las relaciones mismas entre padres e hijos para analizar cada caso en concreto.

La ley no puede favorecer conductas que son reprochables éticamente ni el vínculo familiar sustentar derechos sucesorios de personas que han manifestado un comportamiento de despreocupación y desinterés hacia sus padres o ascendientes. No parece por ello muy coherente que se obligue a una persona a destinar su herencia a alguien con el que no tiene relación por causas imputables a este. En tal sentido, las causas de desheredación previstas en el Código civil no son acordes a la realidad actual.

Cada vez son más frecuentes los casos de enfrentamientos familiares que conllevan a que los testadores quieran hacer uso de la desheredación como salida a estas situaciones que viven y en definitiva como manifestación de su libertad de testar.

IV. En lo que concierne a la reforma de cuestiones sucesorias, las instituciones están interrelacionadas y la modificación parcial de alguna de ellas repercute en todo el sistema normativo, aun así el derecho de sucesiones precisa adaptarse a la realidad actual aunque ello implique una reforma integral del sistema y primordialmente en Derecho común. En los derechos autonómicos las modificaciones son más profundas.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

Sentencias del Tribunal Supremo

- STS de 30 de septiembre de 1975
- STS de 28 de junio de 1993
- STS de 14 de marzo de 1994
- STS de 26 de junio de 1995
- STS de 4 de noviembre de 1997
- STS de 3 de junio de 2014

- STS de 30 de enero de 2015
- STS de 20 de julio de 2015
- STS de 27 de junio de 2018
- STS de 19 de febrero de 2019

Sentencias de Audiencias Provinciales

- SAP de Barcelona de 29 de enero de 2014
- SAP de Barcelona de 13 de febrero de 2014
- SAP de Barcelona de 30 de abril de 2014
- SAP de Santa Cruz de Tenerife de 10 de marzo de 2015
- SAP de Málaga de 8 de enero de 2016
- SAP de Barcelona de 19 de mayo de 2016
- SAP de Barcelona de 13 de julio de 2017
- SAP de Barcelona de 10 de abril de 2018

VI BIBLIOGRAFÍA

ALGABA ROS, S. (2015). Maltrato de obra y abandono emocional como causa de desherdación *Indret* [En línea], núm. 2, disponible en http://www.indret.com/code/getPdf.php?id=1854&pdf=1134_es.pdf.

ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H. (2014). El alcance de la desheredación: La desheredación parcial. En A. Domínguez Luelmo, M.P. García Rubio (dir.). *Estudios de Derecho de sucesiones*. Madrid: La Ley, 95-115.

ARROYO AMAYUELAS, E., y FARNÓS AMORÓS, E. (2015). Entre el testador abandonado y el legitimario desheredado ¿A quién prefieren los tribunales? *Indret* [En línea], núm. 2, disponible en http://www.indret.com/code/getPdf.php?id=1852&pdf=1132_es.pdf.

BALLESTER AZPITARTE, L. (2015). La falta de cariño, ¿es causa de desheredación? *Diario La Ley* núm. 8534.

BERROCAL LANZAROT, A. I. (2015). El maltrato psicológico como justa causa de desheredación de hijos y descendientes. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* núm. 748, 928-952.

— (2016). El maltrato de obra o psicológico como causa de revocación de la donación por ingratitud. *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 1, 149-184.

CABEZUELO ARENAS, A.L. (2015). Abandono afectivo de los descendientes. Luces y sombras de esta nueva causa de desheredación. *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 1, 123-138.

— (2018). *Maltrato psicológico y abandono afectivo de los ascendientes como causa de desheredación (art. 853.2 CC)*. Valencia: Tirant lo Blanch.

CARRAU CARBONELL, J. M. (2015). La desheredación por maltrato psicológico y su dificultad de aplicación práctica. *Revista de Derecho Civil* [En línea], vol. II, núm 2, 249-256, disponible en https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5128657 [Consulta 20 de octubre de 2017].

DE ALMANSA MORENO-BARREDA, L. J. (2012). ¿Debe introducirse en el Derecho civil común la falta de relación familiar como causa para desheredar a hijos y otros descendientes? *Cuadernos Críticos del Derecho* [En línea], núm. 1, 27-37, disponible en https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3991989 [Consulta 20 de octubre 2017].

DE BARRÓN ARNICHES, P. (2016). Libertad de testar y desheredación en los Derechos civiles españoles. *Indret* [En línea], núm. 4, disponible en http://www.indret.com/code/getPdf.php?id=1997&pdf=1258_es.pdf.

— (2016). Falta de trato familiar y desheredación de los descendientes. En J. Ramos Prieto, C. Hornero Méndez (coord.). *Derecho y Fiscalidad de las Sucesiones Mortis Causa en España: una Perspectiva Multidisciplinar*. Navarra: Aranzadi, 93-109.

DE PERALTA ORTEGA, J. C. (2007). Medidas preventivas y sancionadoras del abandono asistencial de los mayores en el ámbito sucesorio: La desheredación. En C. Lasarte Álvarez (dir.). *La protección de las personas mayores*. Madrid: Tecnos, 384-397.

ECHEVARRÍA DE RADA, M.T. (2017). Desheredación de los hijos y descendientes. Especial consideración del abandono emocional de la ausencia de relación familiar. *Revista de Derecho Privado* núm. 6, 43-76.

— (2018). *La desheredación de hijos y descendientes: Interpretación actual de las causas del artículo 853 del Código civil*. Madrid: Reus.

ESTÉVEZ ABELEIRA, T. (2018). Interpretación del maltrato de obra del artículo 853. 2 del Código civil: líneas jurisprudenciales. En M. T. Duplá Marín, P. Panero Oria (coord.). *Fundamentos del Derecho sucesorio actual*. Madrid: Marcial Pons, 263-278.

FACAL FONDO, T., y TORRÉNS CALLE, M. P. (2010). Cambios sociológicos en la familia con repercusión en el Derecho de sucesiones. En A. L. Rebolledo Varela (coord.). *La familia en el Derecho de sucesiones: Cuestiones actuales y perspectivas de futuro*. Sevilla: Dykinson, 43-82.

FARNÓS AMORÓS, E. (2014). Desheredación por ausencia de relación familiar: ¿Hacia la debilitación de la legítima? En A. Domínguez Luelmo, M. P. García Rubio (dir.). *Estudios de Derecho de sucesiones*. Madrid: La Ley, 451-478.

GALICIA-AIZPURUA, G. (2017). En torno a la revisión de las legítimas: casos vasco y estatal. *Indret* [En línea], núm. 4, disponible en http://www.indret.com/code/getPdf.php?id=2083&pdf=1353_1.pdf.

GARRIDO DE PALMA, V. M. (2005). La desheredación y exclusión. *Revista Jurídica del Notariado* núm. 53, 181-190.

GONZÁLEZ CARRASCO, M. C. (2014). Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2014. Desheredación por maltrato psicológico. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 97, 277-288.

LASARTE ÁLVAREZ, C. (2007). Abandono asistencial de la tercera edad y desheredación de los descendientes en la España contemporánea. En C. Lasarte Álvarez (dir.). *La protección de las personas mayores*. Madrid: Tecnos, 363-383.

LUNA SERRANO, A. (2014). Unas breves reflexiones para una reforma del derecho sucesorio en el contexto de la actual realidad social. En F. Lledó Yagüe, M.P. Ferrer Vanrell, J. A. Torres Lana (dir.). *El patrimonio sucesorio. Reflexiones para un debate reformista*. T. I. Madrid: Dykinson, 3-9.

MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, A. (2018). Pasado y presente de la Cautela Socini. En M.T. Duplá Marín, P. Panero Oria (coord.). *Fundamentos del Derecho sucesorio actual*. Madrid: Marcial Pons, 433-443.

MESSÍA DE LA CERDA BALLESTERO, J. A. (2014). El maltrato psicológico como causa de desheredación: el menosprecio y abandono familiar. *Actualidad Civil* núm. 11, 1180-1188.

MIQUEL GONZÁLEZ DE AUDICANA, J. M. (2014). Reflexiones sobre la legítima. En A. Domínguez Luelmo, M. P. García Rubio (dir.). *Estudios de Derecho de sucesiones*. Madrid: La Ley, 983-1001.

PÉREZ CONESA, C. (2015). El maltrato psicológico como justa causa de desheredación de hijos y descendientes. Interpretación del artículo 853.2 del Código civil por la doctrina jurisprudencial reciente. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm 3, 117-121.

PÉREZ ESCOLAR, M. (2014). Causas de desheredación y flexibilización de la legítima. En A. Domínguez Luelmo, M. P. García Rubio (dir.). *Estudios de Derecho de sucesiones*. Madrid: La Ley, 1131-1153.

QUESADA PÁEZ, A. (2015). Legítimas y desheredación. *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 3, 209-229.

REBOLLEDO VARELA, A. L. (2010). La actualización del derecho sucesorio español ante los cambios sociológicos y jurídicos de la familia: conclusiones de una investigación. En A. L. Rebolledo Varela (coord.). *La familia en el Derecho de sucesiones: Cuestiones actuales y perspectivas de futuro*. Sevilla: Dykinson, 23-41.

— (2010). Problemas prácticos de la desheredación eficaz de los descendientes por malos tratos, injurias y abandono asistencial de los mayores. En A. L. Rebolledo Varela (coord.). *La familia en el Derecho de sucesiones: Cuestiones actuales y perspectivas de futuro*. Sevilla: Dykinson, 379-462.

REPRESA POLO, M. P. (2016). *La desheredación en el Código civil*. Madrid: Reus.

ROMERO COLOMA, A. M. (2014). El maltrato de obra como causa de desheredación de hijos y demás descendientes. *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 3, 205-217.

SÁENZ DE SANTAMARÍA VIERNA, A. (2011). Elogio a la desheredación. *Anuario de la Facultad de Derecho.* Universidad de Extremadura núm. 29, 539-558.

SCHÖPFLIN, M. (2005). Economic Aspects of the Right to a Compulsory Portion in the (French and German) Law of Succession [En línea], disponible en http://www.uni-saarland.de/fak1/fr12/csle/workshop/program/Schoepflin011105.pdf.

VAQUER ALOY, A. (2015). La protección del testador vulnerable. *Anuario de Derecho Civil,* t. LXVIII, fasc. II, 327-368.

— (2017). Acerca del fundamento de la legítima. *Indret* [En línea], núm. 4, disponible en http://www.indret.com/code/getPdf.php?id=2081&pdf=1354.pdf.

NOTAS

[1] «No existe *la familia* sino diferentes tipos de familia que varían en función de la época, de la geografía, de la situación socioeconómica, del desarrollo de las ideas y los valores sociales». FACAL FONDO, T., TORRÉNS CALLE, M. P. (2010). Cambios sociológicos en la familia con repercusión en el Derecho de sucesiones. En A. L. Rebolledo Varela (coord.). *La familia en el Derecho de sucesiones: Cuestiones actuales y perspectivas de futuro*. Sevilla: Dykinson, 43.

[2] A este respecto señalan FACAL FONDO, T., TORRÉNS CALLE, M. P., *op. cit*., 45, «es indudable que el cambio familiar es uno de los fenómenos sociológicos más representativos y destacables de nuestra época, que la familia sigue constituyendo hoy en día una realidad externa viva y palpable pero que, sin embargo, su realidad interna, los valores que la sustentan, sus funciones y articulación con otras instituciones han cambiado a marchas forzadas en los últimos años».

[3] En este sentido, BERROCAL LANZAROT, A. I. (2015). El maltrato psicológico como justa causa de desheredación de hijos y descendientes. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* núm. 748, 931, «además de un aumento del individualismo en las relaciones familiares, que lleva consigo un cierto desapego, abandono tanto material como afectivo en los propios

domicilios o en centros asistenciales, y soledad de sus ascendientes por parte de los hijos o descendientes».

[4] Obsérvese que anterior a la época del emperador Justiniano, no se requería causa alguna para desheredar, por lo que la libertad de desheredar era absoluta, así como la de testar.

[5] Así lo expresa REBOLLEDO VARELA, A. L. (2010). La actualización del derecho sucesorio español ante los cambios sociológicos y jurídicos de la familia: conclusiones de una investigación. En A.L. Rebolledo Varela (coord.). *La familia en el Derecho de sucesiones: Cuestiones actuales y perspectivas de futuro*. Sevilla: Dykinson, 25.

[6] *Vid.* DE BARRÓN ARNICHES, P. (2016). Libertad de testar y desheredación en los Derechos civiles españoles. *Indret* [En línea], núm. 4, 5. En relación a ello, ECHEVARRÍA DE RADA, M. T. (2018). *La desheredación de hijos y descendientes: Interpretación actual de las causas del artículo 853 del Código civil*. Madrid: Reus, 96, señala que en estos casos los hijos son víctimas de las circunstancias, sin embargo una cosa es que la familia esté desestructurada como consecuencia de la mala relación entre los progenitores y otra distinta es que se infrinja por los hijos un maltrato psicológico al causante.

[7] En este sentido, MESSÍA DE LA CERDA BALLESTERO, J. A. (2014). El maltrato psicológico como causa de desheredación: el menosprecio y abandono familiar. *Actualidad Civil* núm. 11, 1180-1188, 1181, «en la actualidad, la dinámica de las relaciones familiares ha sufrido transformaciones profundas, que parecen recomendar la adaptación de las estructuras y regímenes jurídicos existentes». Si bien, señala GARRIDO DE PALMA, V. M. (2005). La desheredación y exclusión. *Revista Jurídica del Notariado* núm. 53, 188, que «ello supone atención a necesidades reales pero a la vez no hacer *tabla rasa* de la institución de la legítima. Por el contrario, se parte de la premisa de su existencia».

[8] Así, REPRESA POLO, M. P. (2016). La desheredación en el Código civil. Madrid: Reus, 21, «podría considerarse la desheredación como uno de los supuestos de excepción a la intangibilidad de la legítima por ser uno de los casos en los que expresamente la ley determina que el testador, cumpliendo los requisitos exigidos en dichos artículos, puede privar al heredero de su legítima».

Respecto a la razón de privación del derecho a la legítima, señala SCHÖPFLIN, M. (2005). Economic Aspects of the Right to a Compulsory Portion in the (French and German) Law of Succession [En línea] 11, «the family relationship between the testator and his child has been destroyed completely. As a consequence, there is no longer an economic entity. The persons in question no longer work together and support each other. We must conclude that there is no longer a need for a right to a compulsory portion in such cases».

Refiere SÁENZ DE SANTAMARÍA VIERNA, A. (2011). Elogio a la desheredación. *Anuario de la Facultad de Derecho.* Universidad de Extremadura núm. 29, 547, que «respetar las legítimas es importante, pero lo fundamental es el principio de que la herencia se rige por la voluntad del testador».

Obsérvese que en las causas tradicionales de desheredación, se contempla una falta de reciprocidad, siendo la solidaridad entre generaciones unidireccional del causante para con los legitimarios. ECHEVARRÍA DE RADA, M. T. (2018), *op. cit*., 13.

[9] Con relación a este precepto, ALGABA ROS, S. (2015). Maltrato de obra y abandono emocional como causa de desheredación *Indret* [En línea], núm 2, 11, opina que se trata de una disposición jurídica incompleta al contener solo un supuesto de hecho que necesita de otra disposición donde se recoja la consecuencia jurídica. Además incorpora un concepto jurídico indeterminado porque el propio término «maltrato de obra» tiene un contenido impreciso.

SÁENZ DE SANTAMARÍA VIERNA, A. (2011), *op. cit*., 553, señala que «estas son las dos únicas causas que tienen potencia y fuerza de concepto general, porque llevan dentro de sí conceptos generales indeterminados, que son los que se rellenan en mayor medida de un contenido cambiante, siempre adaptado a la realidad social de cada momento».

[10] Al respecto, REBOLLEDO VARELA, A. L. (2010). Problemas prácticos de la desheredación eficaz de los descendientes por malos tratos, injurias y abandono asistencial de los mayores. En A. L. Rebolledo Varela (coord.). *La familia en el Derecho de sucesiones: Cuestiones actuales y perspectivas de futuro*. Sevilla: Dykinson, 394, «siendo coherente con el sistema legitimario consagrado en el Código civil, considerándose tradicionalmente que es el

único modo de evitar la incertidumbre y el peligro de la arbitrariedad pues, efectivamente, una interpretación amplia de las causas de desheredación podría suponer en la práctica un quebrantamiento de las legítimas. Ahora bien, en mi opinión, también debería tenerse en cuenta que cuando se tiene que resolver un problema de desheredación de un descendiente legitimario, a la hora de analizar si la causa relacionada por el testador se corresponde o no con una de las taxativamente recogidas en el artículo 853 del Código civil, una cosa es una interpretación amplia o extensiva a supuestos no contemplados en las causas legales de desheredación y otra diferente es la interpretación de las mismas adecuándose al tiempo y a la realidad social en la que van a ser aplicadas». En relación a ello, señala GALICIA-AIZPURUA, G. (2017). En torno a la revisión de las legítimas: casos vasco y estatal. *Indret* [En línea], núm. 4, 7, que la legítima «actúa como mecanismo corrector o preventivo frente al riesgo de captación de la voluntad del testador de edad avanzada, pues la situación de dependencia emocional y psicológica en la que, desgraciada pero frecuentemente, se encuentran nuestros mayores multiplica las posibilidades de su manipulación por propios y extraños».

[11] En este sentido, ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H. (2014). El alcance de la desheredación: La desheredación parcial. En A. Domínguez Luelmo, M. P. García Rubio (dir.). *Estudios de Derecho de sucesiones*. Madrid: La Ley, 98, «elimina la incertidumbre y la arbitrariedad. Por tanto, el testador no puede ampliar las causas que privan al legitimario de un derecho que le corresponde por ley, cual es la legítima».

Al efecto, CABEZUELO ARENAS, A. L. (2018). *Maltrato psicológico y abandono afectivo de los ascendientes como causa de desheredación (art. 853.2 CC)*. Valencia: Tirant lo blanch, 25, señala que «uno de los escollos que encontró en el pasado la aplicación del maltrato psicológico como causa de desheredación sería precisamente que, constituyendo ese listado legal un *numerus clausus*, y debiendo ser interpretadas restrictivamente, en tanto que constituían sanciones para los legitimarios, no cabía comprender en aquellas otros supuestos distintos no previstos por la ley, ni por vía analógica ni a través de una interpretación extensiva». Incluso se ha planteado incluir en el ámbito de aplicación del artículo 853.1 del Código civil supuestos de abandono afectivo o asistencial, sin embargo la tendencia mayoritaria se inclina por la no interpretación extensiva de la obligación de alimentos. Vid. BERROCAL LANZAROT, A. I. (2015), *op. cit.,* 939.

[12] *Vid.* ECHEVARRÍA DE RADA, M.T. (2017). Desheredación de los hijos y descendientes. Especial consideración del abandono emocional de la ausencia de relación familiar. *Revista de Derecho Privado* núm. 6, 56.

[13] La Ley de Jurisdicción Voluntaria, de 2 de julio de 2015 ha reformado las causas de indignidad previstas en el artículo 756 apartados 1.º, 2.º y 3.º del Código civil para adaptarlo a la nueva realidad social, tal como consta en su preámbulo. Si bien, como ha ocurrido en otras reformas que han sido llevadas a cabo no se ha realizado de forma integral con todos los preceptos afectados. En este sentido, REPRESA POLO, M. P. (2016), *op. cit*., 78.

Se introduce la violencia psíquica como causa de indignidad sucesoria, pero requiere que esta se haya ejercido habitualmente y haya dado lugar a una sentencia penal condenatoria.

[14] Al respecto, CABEZUELO ARENAS, A. L. (2018), *op. cit*., 69, «esta sentencia apuesta por una interpretación del término «maltrato», fruto de la pertinente actualización. Efectivamente, si en otras esferas, el legislador no solo sanciona como modalidad de maltrato la violencia física, sino también el sufrimiento inferido a la salud mental de una persona, no se acierta a comprender por qué razón el artículo 853. 2 del Código civil tendría que permanecer anclado a una acepción que ha devenido obsoleta». MESSÍA DE LA CERDA BALLESTERO, J. A. (2014), *op. cit.*, 1183, mantiene que «el desafecto o la desatención son causas de desheredación, en tanto constituyen una causa directa de angustia y sufrimiento para el padre o ascendiente. Sin embargo, en nuestra opinión el sentido finalista de este maltrato no debería conllevar la necesidad de la prueba directa de sus efectos, sino que bastaría con la acreditación por parte del testador desheredante —dada la presunción de la no concurrencia de las causas— del dato objetivo del maltrato, en sus manifestaciones, en el caso que nos ocupa, de desafección, menosprecio o desatención y falta de relaciones». En opinión de ROMERO COLOMA, A. M. (2014). El maltrato de obra como causa de desheredación de hijos y demás descendientes. *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 3, 212, «hay que resaltar que puede haber —y de hecho, los hay— malos tratos psíquicos tan graves, o

quizás más, que los físicos, porque los psíquicos pueden causar un perjuicio grave, o muy grave, y este factor, conectado a la realidad actual, debería ser valorado por el legislador y, si este no lo tiene en cuenta, o no lo concreta con la debida claridad y contundencia, serán el intérprete del Derecho y la doctrina jurisprudencial los competentes para encuadrarlo y acogerlo como causa de desheredación». Así, BERROCAL LANZAROT, A. I. (2016). El maltrato de obra o psicológico como causa de revocación de la donación por ingratitud. *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 1, 171-172, «en todo caso, el abandono, el desafecto, la desatención o, en fin la falta de relaciones afectivas son causas de desheredación subsumibles en el artículo 853.2 como un claro maltrato de obra psicológico, en tanto constituyen causa directa de la angustia y sufrimiento para el padre o ascendiente, que, en ocasiones, viene acompañado también de su violencia física. Y en todo caso, no constituye razón de peso suficiente ni la vinculación familiar, ni la aplicación automática del sistema legitimario, ni, asimismo, una falta de jurisprudencia precisa que apoye la desheredación en estos términos amplios, pues, además de representar un valor supremo la dignidad de la persona en el ámbito del derecho de familia y derecho de sucesiones; debe primar la voluntad del testador que, en este caso opera sobre el dato objetivo del maltrato en sus manifestaciones de desafección, menosprecio o desatención, y la ausencia de relaciones familiares, desechando con ello la concepción de sanción de la desheredación; y en fin, en el principio de conservación del negocio jurídico sucesorio, que se traduce en el *favor testamenti*». En su opinión, «con ello se evitaría una transmisión casi automática de los bienes a aquellos hijos o descendientes que han mostrado una actitud de menosprecio y desatención de sus padres, y, asimismo, se proscriben ciertas conductas que, son atentatorias de la dignidad de la persona como valor supremo de nuestro ordenamiento jurídico según proclama la Constitución española». Por su parte, ECHEVARRÍA DE RADA, M. T. (2017) *op. cit.*, 62, resalta que el Tribunal Supremo ha empleado «una de las normas más poderosas de las que disponen los tribunales en materia de Derecho Privado, el artículo 3 del Código civil, que le permite interpretar la norma utilizando un criterio lógico o finalista, y además tener en cuenta la realidad social actual».

[15] *Vid.* ECHEVARRÍA DE RADA (2017) *op. cit*., 46, quien destaca que la importancia de esta sentencia reside en que admite como maltrato psicológico, incardinable en el artículo 853.2, la conducta consistente en la falta de asistencia y cuidados al testador en determinadas circunstancias, cuestión de hecho que debe valorarse por el juez en cada caso. En el mismo sentido, GONZÁLEZ CARRASCO, M. C. (2014). Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2014. Desheredación por maltrato psicológico. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 97, 279.

Respecto al pronunciamiento de que el abandono emocional puede ser expresión de la libre ruptura de un vínculo afectivo o sentimental, ARROYO AMAYUELAS, E., FARNÓS AMORÓS, E. (2015). Entre el testador abandonado y el legitimario desheredado ¿A quién prefieren los tribunales? *Indret* [En línea], núm. 2, 8, critican el razonamiento de la sentencia y para ello aducen que «si con lo primero se condena una conducta que supone una infracción grave de los deberes familiares que la ley impone al legitimario, con lo segundo se da a entender que difícilmente un juez podría entrar a valorar ese comportamiento *libre* y mucho menos sancionarlo».

[16] Al respecto, ALGABA ROS, S. (2015) *op. cit*., 9, «por tanto, si incluso en el ámbito público es admisible una interpretación extensiva del principio de legalidad, tanto más lo serán en el marco de la sanción privada el que se impide por voluntad del ofendido que un legitimario pueda solicitar la legítima, como respuesta a su conducta».

[17] Así lo manifiesta ROMERO COLOMA, A. M. (2014) *op. cit*., 206, «con la diferencia de que, en la donación, se trata de un acto que ya está consumado, y, en cambio, sería mucho más grave mantener la obligación del progenitor para con el hijo que dejarle en testamento la legítima, precisamente cuando ese hijo haya estado incurso en una causa de ingratitud».

[18] En este sentido, ECHEVARRÍA DE RADA, M. T. (2017) *op. cit*., 65, el sufrimiento añadido que padece el padre como consecuencia del olvido al que le someten los hijos, rompiendo normales y exigibles normas de comportamiento, puede considerarse una forma de maltrato que ha de tener sus consecuencias y que, por tanto, justifica la aplicación sin paliativo alguno del artículo 853-2 del Código civil.

[19] Al respecto, CABEZUELO ARENAS, A. L. (2015). Abandono afectivo de los descendientes. Luces y sombras de esta nueva causa de deheredación. *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 1, 129, «O caminamos hacia la libertad de testar, y cada cual recompensará con sus bienes a quien tenga méritos por su conducta, eliminando estas discriminaciones; o modificamos las causas de desheredación y, al estilo catalán, hablamos de "causante" y «legitimario», sancionando el comportamiento sea cual fuere su protagonista». Asimismo, señala que «era incontrovertible, además, que nuestro Código perdía actualidad frente a las soluciones ofrecidas por otros Derechos civiles autonómicos, que ideaban remedios con los que combatir el oportunismo de unos hijos que, después de hacer grave dejación de sus deberes, solo se acordaron de sus padres cuando quisieron sacar provecho económico de los vínculos familiares. De esta manera, la introducción de la ausencia de trato familiar imputable al legitimario como causa de desheredación en el CCCat sería vista como una concesión a favor de los partidarios de la libertad de testar». CABEZUELO ARENAS, A. L. (2018) *op. cit*., 60.

[20] Así, DE BARRÓN ARNICHES, P. (2016). Falta de trato familiar y desheredación de los descendientes. En J. Ramos Prieto, C. Hornero Méndez (coord.). *Derecho y Fiscalidad de las Sucesiones Mortis Causa en España: una Perspectiva Multidisciplinar*. Navarra: Aranzadi, 96, «no tener relación familiar, obviar u olvidar a los mayores puede ser causa legal para desheredar, no porque suponga un maltrato para el causante, o no solo cuando lo suponga, sino simplemente porque tal olvido atenta contra la propia razón de ser de la legítima, esto es, contra la solidaridad intergeneracional que debe predicarse no solo en sentido descendente sino también a la inversa, de los hijos hacia sus padres».

[21] *Vid.* GONZÁLEZ CARRASCO, M. C. (2014) *op. cit*., 279, «pero, en todo caso, las causas de desheredación deberían haber evolucionado a la par que lo ha hecho el elenco de deberes familiares, y entre ellos, especialmente, el deber de auxilio moral recíproco entre generaciones que poco tienen ya que ver con la idea de autoridad familiar con que se introdujeron las causas de desheredación en el Código».

[22] En cuyo FD 2.º concluye que «En definitiva, los demandantes en su libertad de escoger, en su relación familiar, se inclinaron por el absoluto desinterés, displicencia, desconsideración e indiferencia hacia sus abuelos, con la consiguiente afectación que estos sufrieron, al sentirse abandonados por sus nietos, en su estabilidad emocional y sentimental lo que, al parecer, a aquellos les importaba poco, y los abuelos en su libertad de testar, consciente y voluntariamente, lo hicieron en justa y recíproca correspondencia, desheredándolos, privándoles de unos derechos sucesorios de los que aquellos no eran acreedores por concurrir justa causa de desheredación, la del maltrato psíquico o psicológico, que se ha venido a corroborar, en su egoísmo y materialidad, con el interés, aprecio y querencia que los demandantes han mostrado hacia la herencia de sus abuelos una vez fallecidos estos».

[23] Así lo señala PÉREZ ESCOLAR, M. (2014). Causas de desheredación y flexibilización de la legítima. En A. Domínguez Luelmo, M. P. García Rubio (dir.). *Estudios de Derecho de sucesiones*. Madrid: La Ley, 1147. Al respecto, LASARTE ÁLVAREZ, C. (2007). Abandono asistencial de la tercera edad y desheredación de los descendientes en la España contemporánea. En C. Lasarte Álvarez (dir.). *La protección de las personas mayores*. Madrid: Tecnos, 381, manifiesta que «sobre tales bases y atendiendo sobre todo a la innegable realidad de que las crisis matrimoniales y las ulteriores nupcias no solo provocan tensiones y problemas entre los cónyuges, sino también entre los progenitores y sus descendientes o ascendientes, es indiscutible que los familiares no pueden ser concebidos como meros «deudores de la legítima» y personas susceptibles de ser heredadas, sin posibilidad siquiera de desheredar o condenando a la ineficacia las cláusulas desheredativas por mera declaración de la persona desheredada».

La SAP de Tenerife de 26 de abril de 2013 FD 2.º señala que «Así, en cuanto al maltrato de obra y la injuria grave, previstos como causas de desheredación en el apartado 2.º del artículo 853 del Código civil, hay que entender los términos «maltrato» e «injuria» en un sentido amplio e integrador, que abarque no solo el maltrato físico y el proferir palabras injuriosas, sino también todo daño o sufrimiento psicológico infligido por cualquiera de los herederos legitimarios hacia el testador, debiendo incluirse, a modo de ejemplo, la falta de cariño, el desprecio, el desentenderse y no prestar la dedicación debida a los progenitores

mayores o necesitados, aún sin llegar al caso más grave de incurrir en el incumplimiento de la obligación moral y legal de prestar alimentos a los progenitores (previsto, específicamente, como causa de desheredación en el apartado 1.º del artículo citado), en su doble vertiente de proveer a las necesidades alimenticia y de vivienda, por un lado, y de atención, afecto y cuidados, por otro, procurando que los progenitores que lo necesiten se sientan en todo momento acompañados, asistidos y protegidos. Lo contrario, supone una conducta que en los estándares actuales, se ha de calificar como mezquina, y que, por lo tanto, puede y debe ser sancionada, y, sin duda, ser considerada como motivo suficiente de desheredación, con el fin de evitar que los legitimarios que incurran en ellas se vean favorecidos en detrimento de otras personas (sean o no familiares) que los han sustituido en la obligación moral y legal de subvenir a esas necesidades. Todo ello, por supuesto, sin detrimento alguno de las garantías procesales y de valoración probatoria que son básicas en nuestro ordenamiento jurídico, es decir, siempre que los favorecidos por la desheredación de los legitimarios acrediten la existencia de razones objetivas y de suficiente entidad como para justificar una decisión tan drástica, y siempre que no se aprecie la existencia de una voluntad malévola o interesada por parte de esos mismos favorecidos».

[24] *Vid.* PÉREZ ESCOLAR, M., *op. cit*., 1142. También, ECHEVARRÍA DE RADA, M. T. (2017) *op. cit*., 70, «la legítima no puede entenderse como un derecho legal por razón de parentesco, al margen de la realidad familiar y, por tanto, de si existen o no relaciones de afecto y colaboración que pudieran justificar una determinada atribución patrimonial».

[25] FARNÓS AMORÓS, E. (2014). Desheredación por ausencia de relación familiar: ¿Hacia la debilitación de la legítima? En A. Domínguez Luelmo, M.P. García Rubio (dir.). *Estudios de Derecho de sucesiones*. Madrid: La Ley, 457. A este respecto, ECHEVARRÍA DE RADA, M. T. (2017) *op. cit*., 59, «lo que se pretende es la necesaria e inaplazable adecuación de las normas a la realidad social del tiempo en que han de aplicarse, que objetiva y radicalmente ha cambiado y entrar a valorar las circunstancias que rodean a la relación entre padres e hijos, y que, sin duda, constituyen la razón de la decisión de desheredar».

[26] Así, CARRAU CARBONELL, J. M. (2015). La desheredación por maltrato psicológico y su dificultad de aplicación práctica. *Revista de Derecho Civil* [En línea], vol. II, núm. 2, 256,«efectivamente, si bien la dirección de la sentencia es óptima, las consecuencias en la aplicación práctica originan problemas de prueba, y ello desemboca en una inseguridad jurídica temporal en las particiones hereditarias realizadas en base a un testamento que contenga desheredación de hijos por maltrato psicológico, pues el heredero no alcanzará la certeza de que tiene un dominio definitivo hasta tiempo después de otorgar la partición, con la consiguiente intranquilidad que ello produce. Por tanto, parece claro que el camino a seguir es el tradicional: surge un problema jurídico en la realidad social, ello se traduce en una serie de sentencias que resuelven casos reales, y finalmente el legislador acomoda el ordenamiento jurídico a dicha realidad. Falta, por tanto, este último paso».

[27] Refiere GALICIA-AIZPURUA, G. *op. cit*., 21, «se entiende que el aumento de la libertad de testar no puede producirse a costa de una mayor inseguridad y de una judicialización de las relaciones familiares, como ocurriría de adoptarse una cláusula flexible y abierta al modo de la prevista en el artículo 451-17.2.e) CCCat, que obliga a los tribunales a entrar a conocer de los entresijos de las relaciones familiares en un plano que guarda escasa relación con lo jurídico».

[28] Al respecto, DE BARRÓN ARNICHES, P. (2016) *op. cit*., 42, «el legislador catalán, que defiende el mantenimiento de esta clásica institución romana de la legítima, opta junto a ello por buscar un punto de equilibrio entre los conceptos de libertad de testar, sucesión y protección de la familia. Se pretende enlazar con alguna justificación, por una parte el mantenimiento de la legítima y por otra, su evolución, en consonancia con la de nuestra sociedad, todo ello sin ignorar lo que está ocurriendo en otros ordenamientos jurídicos». Puntualiza que «cabe entender que la reforma legislativa operada en Cataluña pretendió impedir que los jueces debieran forzar las restantes causas de desheredación con el fin de encontrar un acomodo a la voluntad de privación de la legítima manifestada expresamente por el causante, o bien que algunos tribunales se negaran a hacer dicha interpretación» (p. 104). FARNÓS AMORÓS, E. *op. cit*., 454, señala que «mediante la ampliación de las causas de desheredación el libro cuarto continúa el proceso de erosión de la legítima. Con ello,

pese a seguir previendo una legítima corta, el legislador catalán contribuye a debilitarla, favoreciendo la libertad de testar».

[29] «Implica que existe una hiriente desatención personal por el ascendiente», ALGABA ROS, S. *op. cit*., 16.

[30] *Vid.* MESSÍA DE LA CERDA BALLESTERO, J. A. *op. cit*., 1185. Por lo que al segundo requisito se refiere, ECHEVARRÍA DE RADA, M. T. (2017) *op. cit*., 68, «no es una cuestión de fijación de plazos, sino que habrá que tener presentes las circunstancias concretas de cada caso, tales como el lugar de residencia de las partes interesadas, sus obligaciones y responsabilidades educativas, familiares y profesionales, u otras de naturaleza análoga, para determinar si la ausencia de relación puede considerarse significativa, presupuesto, que en definitiva, quedará sometido a la libre apreciación de los tribunales».

[31] En opinión de DE BARRÓN ARNICHES, P. (2016) *op. cit*., 45, «para salvaguardar la libertad de privar de la legítima que se ha pretendido otorgar al causante, el legislador catalán hubiera hecho bien introduciendo la presunción de la validez de la causa salvo prueba en contrario, es decir, trasladando al legitimario la carga de la prueba de que existió relación familiar con el causante o de que él no tuvo la culpa de la ruptura».

[32] *Vid.* FARNÓS AMORÓS, E. *op. cit*., 476, se plantea la delicada cuestión de si el derecho debe entrar a valorar situaciones que pertenecen a la esfera íntima de los individuos. En su opinión, a pesar de los problemas que puedan surgir en relación a ello —el mero hecho de que el causante no tenga trato familiar con sus descendientes—, no se puede prescindir de una causa de desheredación basada en la ausencia de relación familiar. En esta línea, compartida, no podemos dejar de observar su concordancia con la propia evolución de la familia. Por su parte, GONZÁLEZ CARRASCO, M. C. *op. cit*., 282, opina que el planteamiento de la utilidad de la configuración autónoma de dicha causa deberá tener en cuenta:« (i) que cuando este desafecto familiar se manifiesta en toda su virulencia, el testador ya no suele tener capacidad natural para desheredar ni apoyos suficientes para materializar su deseo; (ii) la reconciliación por actos "indudables" ha impedido de hecho la efectividad de la cláusula, bastando en la práctica cualquier fugaz acercamiento para dejar sin efecto la desheredación; (iii) la cláusula es susceptible de generar un alto índice de litigiosidad, porque requiere que el desafecto sea imputable al legitimario "exclusivamente", siendo que la carga de la prueba de esa exclusividad recae sobre el heredero demandado».

La SAP de Barcelona de 13 de julio de 2017 no aprecia la concurrencia de causa de desheredación de ausencia de relación familiar, «es lógico que si los hijos crecen así, con esa ausencia de relación afectiva paterna, en la edad adulta dicha carencia se cronifique. Lo que de ningún modo puede hacerse es responsabilizar "exclusivamente" a los hijos de la situación» (FD 3.º).

[33] Así, PÉREZ ESCOLAR, M. *op. cit*., 1152, «la acreditación probatoria de dicha imputabilidad, atribuida a los herederos (art. 850 CC), nos sitúa de nuevo en un ámbito difícil, por afectar a cuestiones familiares y además relacionadas con una persona ya fallecida, y por tanto, generador de inseguridad jurídica, pero no mayor que la que existe en la actualidad con relación a las causas del artículo 853.2.ª del Código.

[34] CABEZUELO ARENAS, A. L. (2015) *op. cit*., 134, «el maltrato es un hecho objetivo y no una apreciación subjetiva y carente de toda base, que serviría para privar arbitrariamente a un único descendiente nada menos que de las dos terceras partes de la herencia paterna que le tendría que ser respetada si nos atenemos a lo dispuesto en nuestro Código civil (art. 809 CC)».

[35] GALICIA-AIZPURUA, G. *op. cit*., 8, tampoco considera adecuada la vía porque «comporta relacionar la idea de solidaridad familiar, antes que con el dato objetivo de la simple existencia de parentesco, con el subjetivo de la pervivencia de un vínculo afectivo, lo que casa mal con la naturaleza imperativa del instituto».

[36] DE BARRÓN ARNICHES, P. *op. cit*., 98.

[37] *Vid*. ARROYO AMAYUELAS, E., FARNOS AMORÓS, E. *op. cit*., 12.

[38] De *lege ferenda* hay que tomar en consideración también las convicciones sociales. En este sentido, MIQUEL GONZÁLEZ DE AUDICANA, J. M. (2014). Reflexiones sobre la legítima. En A. Domínguez Luelmo, M. P. García Rubio (dir.). *Estudios de Derecho de sucesiones*. Madrid: La Ley, 985, quien señala que «estas convicciones no son iguales en las diversas

regiones españolas. Ni las opiniones de los juristas, ni las de una región, deben imponerse a los ciudadanos de otra». Así, señala, GONZÁLEZ CARRASCO, M. C. *op. cit*., 286, que «una adecuada regulación de la desheredación requeriría adecuar el crédito legitimario a lo dispuesto en el Código civil catalán (arts. 451-1 y sigs.), o en el Derecho civil propio de Galicia (arts. 240 y 249 de la Ley de Parlamento de Galicia, 2/2006, de 14 de junio porque en este se configura la legítima como un crédito y no como un derecho sobre todos los bienes de la herencia)».

1.5. Obligaciones y contratos

Responsabilidad de la aseguradora en la delimitación del riesgo en el contrato de seguro

Responsibility of the insurer for the delimitation of risk in the insurance contract

por

BEATRIZ SÁENZ DE JUBERA HIGUERO
Profesora agregada de Derecho civil
Universidad Internacional de La Rioja (UNIR)

RESUMEN: La delimitación del riesgo cubierto en la póliza de seguros es un aspecto relevante de este tipo de contratos. Es una determinación que se lleva a cabo en una fase precontractual y en la que el cuestionario al que se somete al tomador del seguro por la compañía aseguradora a través de sus agentes es la pieza clave: tal y como se establece en el artículo 10 de la Ley de contrato de seguro y en la jurisprudencia, el deber del tomador de cara a la delimitación del riesgo es de simplemente la respuesta a ese cuestionario en los términos concretos en que se planteó, siendo la responsabilidad de la aseguradora el que ese cuestionario sea completo, claro y específico en relación con todas y cada una de las circunstancias que la aseguradora considere relevantes para la delimitación del riesgo cubierto; la falta de cuestionario y los defectos en él de claridad o de omisiones en las preguntas específicas sobre antecedentes, patologías, etc… solo pueden ser repercutibles y achacables a la aseguradora, que no podrá eludir su responsabilidad en caso de producción del siniestro.

ABSTRACT: The delimitation of the risk covered in the insurance policy is a relevant aspect of this type of contract. It is a determination that is carried out in a pre-contractual phase and in which the questionnaire to which the policyholder is subjected by the insurance company through its agents is the key element: as established in article 10 of the insurance contract law and in jurisprudence, the duty of the policyholder for the delimitation of risk is simply the answer to that questionnaire in the specific terms in which it was raised, being the responsibility of the insurer that the questionnaire be complete, clear and specific in relation to each and every one of the circumstances that the insurer considers relevant for the delimitation of the covered risk; the lack of questionnaire and the defects in it of clarity or omissions in the specific questions about antecedents, pathologies, etc… can only be repercutibles and attributable to the insurer, who can not evade its responsibility in case of production of the accident or event.

PALABRAS CLAVE: Aseguradora. Contrato de seguro. Riesgo. Tomador del seguro.

KEY WORDS: Insurer. Insurance contract. Risk. Policyholder.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. LAS CLÁUSULAS DELIMITADORAS DEL RIESGO.—III. RESPONSABILIDAD DE LA ASEGURADORA EN LA DELIMITACIÓN DEL RIESGO: 1. El artículo 10 LCS. 2. Responsabilidad en la delimitación del riesgo según la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo. —IV. CONCLUSIONES.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES.

I. PLANTEAMIENTO

Si hay un contrato de adhesión frecuente en la práctica, más incluso que el últimamente tan conflictivo préstamo, ese contrato es el de seguro. Cabe afirmar sin miedo a equivocarse que todas las familias y sujetos adultos han suscrito alguna vez uno o varios seguros: de hogar, el obligatorio del vehículo, de responsabilidad civil, de daños, de salud, de vida… algunos incluso suscritos vinculados a otro contrato como el de préstamo hipotecario o a tarjetas de crédito.

Y siendo un contrato de adhesión, sus cláusulas y efectos hacia el tomador del seguro y el asegurado deben ser objeto de una especial atención y control, para evitar situaciones abusivas e injustas.

Y entre las situaciones más conflictivas en relación con el contrato de seguro, sin duda, una de las más habituales se centra en la delimitación del riesgo cubierto. No es ajeno a la realidad el hecho de que cuando ocurre un siniestro en principio amparado por la cobertura de un seguro, por ser la circunstancia genérica que motivó su suscripción (enfermedad, fallecimiento, daño, robo…), de repente surge esa letra pequeña del contrato, esas cláusulas de limitación de responsabilidad, esas estipulaciones en las que uno no se fijó al adherirse a ese contrato pero que, justo en ese momento en que se sufre el siniestro, pesan como una losa para el tomador del seguro, pues son las que esgrime el asegurador para tratar de no cumplir con la prestación debida por la cobertura del seguro o reducirla. El tomador del seguro, cuando lo suscribe, atiende a la circunstancia genérica de cobertura de un siniestro (si enferma, si fallece, si le roban, si sufre daños, si provoca daños…), pero en ese contrato de adhesión hay muchas cláusulas que precisamente concretan esa cobertura más de lo que piensa y es consciente ese tomador; y normalmente los conflictos tras un siniestro tienen lugar precisamente por esa delimitación de la cobertura del riesgo asegurado; delimitación efectuada, además de por esas cláusulas, a través del cuestionario previo a la suscripción de la póliza al que se hubiera sometido al tomador, de especial relevancia en la práctica en el marco de los seguros de personas (salud, incapacidad, vida o fallecimiento).

Por ello, en esta materia es relevante atender a las cláusulas delimitadoras del riesgo y también a la responsabilidad en la delimitación del riesgo. El Tribunal Supremo recientemente, en relación a esta última cuestión, ha advertido y determinado la responsabilidad de la aseguradora en esa delimitación: es a ella como profesional a quien le incumbe la oportuna delimitación de la cobertura, y su actuación negligente, incompleta o imprecisa (así como la de sus agentes mediadores o corredores) no puede provocar el traslado de efectos negativos para el tomador y el asegurado en cuanto al cumplimiento de la prestación debida tras la producción del siniestro asegurado.

En este trabajo, tras un breve comentario sobre las cláusulas delimitadoras del riesgo, me centraré en el análisis de la más reciente jurisprudencia, ya consolidada, que determina la responsabilidad de la aseguradora en la delimitación del riesgo cubierto.

II. LAS CLÁUSULAS DELIMITADORAS DEL RIESGO

La Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro (en adelante, LCS) en su artículo 1 en cierta forma ya se refiere a las cláusulas delimitadoras del riesgo asegurado cuando define el contrato de seguro como «aquel por el que el asegurador se obliga, mediante el cobro de una prima y para el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura a indemnizar, dentro de los límites pactados, el daño producido al asegurado o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones convenidas».

Al riesgo asegurado también se refiere el artículo 8 LCS, en sus apartados 3, 4 y 5, cuando advierte que como contenido mínimo el contrato de seguro debe incluir: «3. Naturaleza del riesgo cubierto, describiendo, de forma clara y comprensible, las garantías y coberturas otorgadas en el contrato, así como respecto a cada una de ellas, las exclusiones y limitaciones que les afecten destacadas tipográficamente. 4. Designación de los objetos asegurados y de su situación. 5. Suma asegurada o alcance de la cobertura».

Podemos afirmar que las cláusulas delimitadoras del riesgo concretan, «delimitan», el riesgo cubierto por la póliza de seguro contratado fijando el objeto del mismo que determina el nacimiento del derecho del asegurado a exigir la prestación reparadora por la aseguradora. Una cláusula delimitadora del riesgo es, por tanto, aquella cláusula con la que se concreta y define el riesgo cubierto por el seguro, determinando el objeto del seguro, es decir, los riesgos que en caso de materializarse darían lugar a la cobertura del seguro y a la obligación de la aseguradora de cumplir con la prestación pactada en tal caso y al derecho del asegurado a exigir tal prestación. Como se indica en el artículo 1 LCS, la obligación del asegurador se encuentra dentro de los límites pactados en el contrato (*vid*., entre otras, STS núm. 853/2006, de 11 de septiembre).

Esta STS núm. 853/2006, de 11 de septiembre, advierte que son estipulaciones delimitadoras del riesgo aquellas que tienen por finalidad delimitar el objeto del contrato, de modo que concretan: I) qué riesgos constituyen dicho objeto; II) en qué cuantía; III) durante qué plazo; y IV) en qué ámbito espacial. Esta doctrina fue acogida y referenciada en numerosas sentencias posteriores (entre otras, SSTS núm. 1050/2007, de 17 de octubre, núm. 516/2009, de 15 de julio, núm. 738/2009, de 12 de noviembre, núm. 601/2010, de 1 de octubre, núm. 598/2011, de 20 de julio, y núm. 895/2011, de 30 de noviembre).

Por su parte, la STS núm. 82/2012, de 5 de marzo, señaló que dentro de esta categoría de cláusulas delimitadoras del riesgo debe incluirse «la cobertura de un riesgo, los límites indemnizatorios y la cuantía asegurada o contratada». Y conforme a la STS núm. 273/2016, de 22 de abril: «se trata pues de individualizar el riesgo y de establecer su base objetiva, eliminar ambigüedades y concretar la naturaleza del riesgo en coherencia con el objeto del contrato o con arreglo al uso establecido, siempre que no delimiten el riesgo en forma contradictoria con las condiciones particulares del contrato o de manera infrecuente o inusual (cláusulas sorprendentes)».

Las cláusulas delimitadoras del riesgo suelen encontrarse en el condicionado general del contrato y su aceptación por el asegurado se engloba conjuntamente con el resto de cláusulas generales sin que, a diferencia de las cláusulas limitativas de derechos[1], se requiera una aceptación específica para estas cláusulas delimitadoras (*vid*., entre otras, STS núm. 704/2006, de 7 de julio).

Pero como he advertido antes, se trata de contratos generalmente de adhesión, en los que el tomador o asegurado simplemente se adhiere y consiente al clausulado propuesto por la compañía aseguradora sin posibilidades de negociación. Y ante este tipo de contratos es esencial la exigencia de claridad en la redacción de cláusulas y de transparencia contractual, informando al adherente de los elementos esenciales del contrato, entre ellos el objeto.

En relación con la claridad de las cláusulas debe advertirse que en caso de duda, oscuridad o confusión en su redacción, la cláusula delimitadora será interpretada a favor del asegurado adherente.

Y en cuanto a la transparencia contractual, en la medida que resulta esencial que el asegurado conozca el objeto del contrato sobre el que va a prestar su consentimiento, dado que estas cláusulas que estamos analizando concretan el objeto del contrato (el riesgo objeto de cobertura por el seguro), el asegurador deberá proporcionar información suficiente sobre ese objeto y el concreto riesgo cubierto por el seguro, lo que exige prestar información clara, oportuna y suficiente en relación con las cláusulas delimitadoras del riesgo cubierto y las de exclusión de cobertura, así como respecto a las limitativas de derechos del asegurado; si bien, respecto a las delimitadoras del riesgo no se prevén unos requisitos formales de incorporación y transparencia tan expresos y específicos como los recogidos en el artículo 3 LCS[2] sobre las cláusulas limitativas de derechos, las exigencias de transparencia formal determinan que en la práctica las aseguradoras igualmente destaquen en el contrato este tipo de cláusulas y hagan una llamada de atención expresa y específica a las mismas en el propio contrato en el momento y lugar de aceptación del clausulado por el asegurado.

III. RESPONSABILIDAD DE LA ASEGURADORA EN LA DELIMITACIÓN DEL RIESGO

1. El artículo 10 LCS

En el marco de la delimitación del riesgo cubierto, las previsiones del artículo 10 LCS son muy relevantes. Este precepto configura en su primer párrafo un deber del tomador del seguro de respuesta a un cuestionario planteado por la aseguradora (o su agente mediador o corredor, cuya actuación a tales efectos serían igualmente vinculantes para la aseguradora): «el tomador del seguro tiene el deber, antes de la conclusión del contrato, de declarar al asegurador, de acuerdo con el cuestionario que este le someta, todas las circunstancias por él conocidas que puedan influir en la valoración del riesgo. Quedará exonerado de tal deber si el asegurador no le somete cuestionario o cuando, aun sometiéndoselo, se trate de circunstancias que puedan influir en la valoración del riesgo y que no estén comprendidas en él».

Es decir, en los propios términos expuestos del artículo 10 LCS lo que se acoge no es un deber genérico de declaración de todas las circunstancias sino un deber de responder a las preguntas que al respecto la aseguradora le plantee, en el marco de la competencia y diligencia de esta (y carga, por otro lado) de

delimitar el riesgo cubierto por el seguro a suscribir. Sin duda con este precepto se viene a advertir ya de la responsabilidad de la aseguradora a este respecto, teniendo en cuenta su deber de diligencia profesional y el carácter de adherente del tomador del seguro, merecedor por ello de cierta protección.

Pero también se le reconoce en ese artículo 10 LCS una «vía de escape» a la aseguradora: tiene la posibilidad de instar la rescisión del contrato en caso de que conociera la existencia de reserva o inexactitud en las manifestaciones del tomador de seguro; para ello deberá comunicar tal voluntad al tomador en el plazo de un mes desde que conociera esa inexactitud. Si acaece el siniestro antes de que instase esa rescisión, podrá reducirse la prestación proporcionalmente a la diferencia entre la prima convenida y abonada y la que se hubiera aplicado de haberse conocido la verdadera entidad del riesgo; aunque si existiera dolo o culpa grave del tomador, entonces la aseguradora quedará liberada del pago de la prestación.

Ahora bien, resulta imprescindible advertir que, tal y como señala el Tribunal Supremo y se analizará a continuación, esa posible reducción de la prestación viene vinculada al efectivo cumplimiento diligente de la aseguradora en relación al planteamiento de un cuestionario al tomador que sea completo y con preguntas específicas, precisas y claras; de lo contrario, las consecuencias de la falta de cuestionario o de que este sea incompleto o de la falta de concreción de las preguntas deben recaer en la aseguradora, no en el tomador, y por ello la aseguradora deberá cumplir con la totalidad de la prestación debida ante la producción del siniestro. Pero además, esa posible reducción no opera automáticamente: «requiere, en virtud del principio de rogación procesal, que el asegurador ejercite la pretensión en el momento procesal oportuno y no puede aplicarse si esta pretensión no se ha ejercitado» (STS núm. 106/2019, de 19 de febrero; igualmente, con anterioridad, SSTS núm. 81/2019, de 7 de febrero, núm. 623/2005, de 15 de julio y núm. 456/2004, de 7 de junio).

La exoneración total de pago solo puede tener lugar si concurren dos requisitos: a) que el siniestro se hubiera producido antes de que la aseguradora hubiera instado esa rescisión y denuncia del contrato; y b) concurrencia de dolo o culpa grave en el tomador al tiempo de hacer esa declaración sobre el riesgo. Si el asegurador conociera la declaración inexacta del tomador del seguro después de la firma del contrato, pero no insta su resolución en el plazo legal, se entiende que ha considerado irrelevante la declaración inexacta y, por lo tanto, si se produjera el siniestro, no puede liberarse de la obligación de pago de la indemnización alegando dolo o culpa grave en el tomador del seguro al realizar la declaración de salud.

2. Responsabilidad en la delimitación del riesgo según la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo

El Tribunal Supremo ha venido marcando en los últimos años una doctrina ya consolidada en relación con la diligencia y responsabilidad exigible a la aseguradora y la configuración del deber de información del tomador del seguro en el marco de la delimitación del riesgo cubierto por la póliza de seguro.

Como indica la STS núm. 53/2019, de 24 de enero, «dada su profesionalidad, a la compañía de seguros le es exigible un plus de diligencia».

No en vano debe tenerse en cuenta que por su carácter profesional, y además redactora unilateral de las cláusulas del seguro, es la aseguradora la plena

conocedora de cuáles son las circunstancias que deban considerarse relevantes y necesarias para la delimitación del riesgo en ese concreto seguro; de ahí que sea ella a la que deba exigírsele el deber de concretar esas circunstancias a través de un cuestionario (entre otras, STS núm. 53/2019, de 24 de enero). Es ella quien debe poner en conocimiento del tomador a través de ese cuestionario qué debe entenderse como circunstancias relevantes para la delimitación del riesgo y para ello las preguntas deben ser claras, respecto a circunstancias precisas y específicas, no formuladas de modo ambiguo ni genérico de modo que sea un cuestionario «tan genérico que la valoración del riesgo no vaya a depender de las circunstancias comprendidas en él o por las que fue preguntado el asegurado» (STS núm. 323/2018, de 30 de mayo; es decir, un cuestionario de mero trámite con el que realmente la aseguradora no va a precisar ni delimitar el riesgo).

No puede pretenderse trasladar al tomador del seguro la responsabilidad de concretar qué es lo relevante para delimitar el riesgo de ese seguro; eso es una carga de la aseguradora como profesional del sector; qué es lo relevante es una cuestión, además, subjetiva y un término muy impreciso para que un tomador lo pueda concretar sin más; es la aseguradora quién debe precisarlo a través del cuestionario.

Y por eso es por lo que, tanto el artículo 10 LCS como el Tribunal Supremo, han concretado el deber del tomador en cuanto a la declaración del riesgo en un «deber de contestación o respuesta a lo que pregunte el asegurador, sobre el que además recaen las consecuencias que derivan de la presentación de un cuestionario incompleto, ambiguo o poco claro» (entre otras, SSTS núm. 106/2019, de 19 de febrero, núm. 81/2019, de 7 de febrero, núm. 53/2019, de 24 de enero, núm. 562/2018, de 10 de octubre y núm. 323/2018, de 30 de mayo). Un cuestionario incompleto, en cuanto que, requiriéndose que las preguntas hagan referencia a situaciones, circunstancias o patologías específicas, y no empleando términos genéricos, la falta de alusión a alguna situación concreta dejaría el cuestionario incompleto; y, si esa patología o circunstancia omitida en el cuestionario y, por ende por el tomador, es posteriormente determinante en la producción del siniestro, la aseguradora no podrá evitar su responsabilidad y el pago completo de la prestación por el siniestro acaecido.

El Tribunal Supremo ha advertido, por otro lado, que «cuando el seguro se contrata con la intervención de un mediador, debe ser este quien someta al solicitante del seguro el cuestionario previsto en el artículo 10 LCS y la declaración del riesgo hecha ante el agente surte los mismos efectos que si se hubiera hecho directamente al asegurador, por disposición expresa del artículo 12.1 de la Ley 26/2006, de 17 de julio, de Mediación de Seguros y Reaseguros Privados. Igual sucede con el procedimiento de comunicación de la alteración de los factores y las circunstancias declaradas en el cuestionario, previsto en el artículo 11 LCS. *A sensu contrario*, la omisión del cuestionario por parte del agente debe ser entendida como omisión por la propia compañía» (entre otras, STS núm. 53/2019, de 24 de enero).

Y, asimismo, nuestro Alto Tribunal ha señalado que ese cuestionario no tiene que revestir una forma especial, siendo lo relevante qué se pregunta, es decir, el contenido material de ese cuestionario. De modo que es a ese contenido al que se deberá atender por los jueces para poder apreciar si del mismo y de las preguntas en él acogidas se deriva claramente que se comunica al tomador qué información es relevante para la aseguradora en relación a ese seguro de cara a la oportuna valoración del riesgo y la delimitación de la cobertura del riesgo; debe atenderse si tal contenido podía realmente llevar al tomador a ser

consciente de cuáles eran los antecedentes y circunstancias relevantes de los que debía informar y que, omitiendo una determinada información, ocultaba datos importantes para la exacta valoración y delimitación del riesgo asegurado; en definitiva, debe verificarse que del cuestionario se deducen elementos de juicio suficientes para que el tomador pudiera conocer de qué debe informar (entre otras, SSTS núm. 81/2019, de 7 de febrero, núm. 53/2019, de 24 de enero y núm. 562/2018, de 10 de octubre).

A este respecto, no se puede exigir al tomador informar sobre algo que no se le ha preguntado y «en consecuencia, producido el siniestro, la aseguradora no puede ampararse para no cumplir íntegramente la prestación que le incumbe en una inexacta apreciación del riesgo, puesto que sería consecuencia de su propia falta de diligencia en la contratación del seguro» (STS núm. 81/2019, de 7 de febrero).

Conforme advierte la STS núm. 562/2018, de 10 de octubre, lo verdaderamente relevante en relación con el cuestionario es si puede concluirse que el tomador del seguro fue o no preguntado por esa concreta información relevante para la aseguradora de cara a la delimitación y valoración del riesgo.

Tal y como señalan las SSTS núm. 53/2019, de 24 de enero y núm. 323/2018, de 30 de mayo, así como otras anteriores a las que estas se refieren, deben concurrir todos estos requisitos para poder apreciar que el tomador incumplió su deber en la declaración del riesgo:

I) Que se haya omitido o comunicado incorrectamente un dato relevante

Como he indicado antes, esa relevancia viene directamente determinada por el propio contenido del cuestionario y las preguntas en él acogidas, tal y como se advierte en el segundo de los requisitos que se indica a continuación.

II) Que dicho dato hubiera sido requerido por la aseguradora mediante el correspondiente cuestionario y de manera clara y expresa

A este respecto no sirven preguntas estereotipadas ni genéricas en ese cuestionario formulado por la aseguradora o su agente mediador o corredor, pues no permiten al tomador vincular la pregunta y el interés de la aseguradora con unos determinados antecedentes que a la postre serían relevantes en la causa del siniestro. La STS núm. 157/2016, de 16 de marzo, precisamente descartó que el tomador hubiera incumplido su deber de información o declaración de salud al omitir referencia al cáncer padecido por contenerse en el cuestionario y póliza una cláusula tipo sobre la salud general del tomador en el momento de la suscripción del seguro, sin interesar ninguna respuesta acerca de enfermedades relevantes del asegurado (como digo, en ese caso padecía cáncer) y sin individualizar ni concretarse preguntas relevantes de cara a la determinación del riesgo objeto de cobertura.

«La falta de concreción del cuestionario debe operar en contra del asegurador, pues a este incumben las consecuencias de la presentación de una declaración o cuestionario de salud excesivamente ambiguo o genérico, ya que el artículo 10 LCS, en su párrafo primero, exonera al tomador-asegurado de su deber de declarar el riesgo tanto en los casos de falta de cuestionario cuanto en los casos, como el presente, en que el cuestionario sea tan genérico que la valoración del

riesgo no vaya a depender de las circunstancias comprendida en él o por las que fue preguntado el asegurado» (STS núm. 323/2018, de 30 de mayo).

En un seguro de personas (como el de vida o por incapacidad), que es el ámbito del seguro en el que mayor conflictividad existe en esta materia, las preguntas del cuestionario deberán ir especificadas a cada una de las patologías concretas o lesiones de distinto tipo o antecedentes concretos y expresos en relación con específicas (circulatorias, oncológicas, cardiovasculares, respiratorias…) patologías, dolencias, enfermedades, tratamientos o adicciones (tabaco, drogas, alcohol) que interesen a la aseguradora; la omisión de referencia expresa a alguna concreta patología o adicción es una negligencia achacable a la aseguradora y a sus agentes mediadores o corredores que actuaron planteando ese cuestionario incompleto e inconcreto u omitiéndolo. A este respecto, la STS núm. 222/2017, de 5 de abril, considera que, dados los términos en que aparecía redactada la declaración de salud por parte de la compañía aseguradora, no cabía entender que, porque la tomadora no manifestara los antecedentes de posible psicosis que padecía desde mucho antes, estuviera ocultando datos de salud relevantes para la valoración del riesgo, «pues no se le preguntó específicamente sobre si padecía o había padecido enfermedad o patología afectante a su salud mental (solo se aludió a patologías de tipo cardiaco, respiratorio, oncológico, circulatorio, infeccioso, del aparato digestivo o endocrino —diabetes—) ni si padecía enfermedad de carácter crónico, con tratamiento continuado, que ella pudiera vincular de forma razonable con esos antecedentes de enfermedad mental que condujeron finalmente a la incapacidad». Por su parte, la STS núm. 562/2018, de 10 de octubre, negó responsabilidad del tomador que no informó sobre sus antecedentes de consumo de drogas pues no se le preguntó expresamente sobre ello, sino solo sobre consumo de alcohol; se advierte en esta sentencia que no cabe exonerar al asegurador de las consecuencias que debería soportar por la presentación de un cuestionario nada preciso sobre tal aspecto (el consumo de drogas y sus efectos en la salud), ni reprochar al asegurado no haber declarado un riesgo respecto de algo (su adicción a las drogas) sobre lo que no se le preguntó y cuyos efectos en su salud tampoco tenía por qué conocer, dada la ausencia de patología o sintomatología derivada del dicho consumo; según el Tribunal Supremo en esta sentencia «es razonable entender que si la aseguradora veló por conocer los riesgos para la salud que podían derivarse del consumo habitual de "bebidas alcohólicas", formulando una pregunta al respecto (no siendo relevante la ocultación de este dato al no guardar relación el consumo de alcohol con las patologías que determinaron la invalidez), sea exigible la misma diligencia a la hora de preguntar por otros hábitos de consumo relacionados con drogas notoriamente más dañinas para la salud como la heroína o la cocaína, lo que sin embargo no hizo».

La omisión de cuestionario o el que este sea incompleto es una falta de diligencia de la aseguradora o sus agentes de la que será esa aseguradora la única responsable (entre otras, SSTS núm. 106/2019, de 19 de febrero, núm. 81/2019, de 7 de febrero, núm. 53/2019, de 24 de enero y núm. 323/2018, de 30 de mayo); según señala la STS núm. 562/2018, de 10 de octubre, la aseguradora «no puede descargar sobre el asegurado las consecuencias de su propia desatención en la redacción o contenido del cuestionario, pues de ser así se estarían ampliando los conceptos legales de «dolo o culpa grave» hasta comprender, en perjuicio del asegurado, la negligencia no grave o la simple falta de previsión sobre las consecuencias futuras de sus hábitos».

III) Que el riesgo declarado sea distinto del real

Pero esa discordancia debe ser relevante de modo que las circunstancias en las que se basó la valoración del riesgo hubieran sido determinantes para la aceptación por el asegurador de la celebración del seguro y hubieran influido en las condiciones de ese seguro.

IV) Que el dato omitido o comunicado con inexactitud fuera conocido o debiera haber sido conocido con un mínimo de diligencia por el solicitante en el momento de realizar la declaración

V) Que el dato sea desconocido para la aseguradora en ese mismo momento

Lógicamente si se determina que el asegurador que conociera la declaración inexacta del tomador del seguro después de la firma del contrato, pero no insta su resolución en el plazo legal, no puede liberarse de la obligación de pago de la indemnización pues se entiende que ha considerado irrelevante esa declaración inexacta, no puede admitirse esa exoneración si ese conocimiento de la inexactitud u omisión del tomador tiene lugar antes de la propia firma del contrato al presentar el cuestionario.

VI) Que exista una relación causal entre la circunstancia omitida y el riesgo cubierto

Más específicamente, debe tenerse en cuenta que, dado que fundamentalmente los conflictos en esta materia surgen por el hecho de que tras producirse el siniestro la aseguradora se niega a pagar por entender que se ocultó una circunstancia o antecedente relevante, esa circunstancia omitida debe ser causa directa de la producción del siniestro, pues de lo contrario la pretensión de la aseguradora de cara a eludir su responsabilidad sería radicalmente injusta. Especial relevancia tendría esta cuestión en el ámbito de los seguros de vida en los que el riesgo cubierto es el fallecimiento y las causas del mismo son múltiples: pensemos, por ejemplo, que en un seguro de vida en el que no se informó en el momento de su suscripción de unas dolencias renales pero el fallecimiento se produjo por un tumor cerebral; al margen de la posibilidad de que en el cuestionario no se preguntara específicamente por esas dolencias renales, lo cierto es que la omisión de tal circunstancia en relación con un riesgo como es el fallecimiento, que puede ser resultado de múltiples causas, no puede decirse que impidiera a la aseguradora la delimitación del riesgo en relación con la circunstancia finalmente causante del fallecimiento (tumor cerebral). Cabe afirmar, en definitiva, que debe existir una relación de causalidad entre la circunstancia omitida y el riesgo cubierto y materializado en el siniestro.

Respecto de estos requisitos se advierte en la STS núm. 53/2019, de 24 de enero, que también deben concurrir en el supuesto del artículo 11 LCS, es decir, cuando el tomador deba comunicar al asegurador, durante el curso del contrato, todas las circunstancias que agraven el riesgo y sean de tal naturaleza que, si hubieran sido conocidas por este en el momento de la perfección del contrato, no lo habría celebrado o lo habría concluido en condiciones más gravosas. Ahora bien, en el marco de este artículo 11 LCS cabe advertir que existe una especialidad en relación con los contratos de seguro de personas: tal y como se señala en el

apartado 2 de este artículo 11 LCS, «en los seguros de personas el tomador o el asegurado no tienen obligación de comunicar la variación de las circunstancias relativas al estado de salud del asegurado, que en ningún caso se considerarán agravación del riesgo»; ciertamente sería un contrasentido.

IV. CONCLUSIONES

I. En caso de duda, oscuridad o confusión en su redacción, la cláusula delimitadora será interpretada a favor del asegurado adherente.

II. En cuanto a la transparencia contractual, el asegurador deberá proporcionar información suficiente sobre el objeto y el concreto riesgo cubierto por el seguro, lo que exige prestar información clara, oportuna y suficiente en relación con las cláusulas delimitadoras del riesgo cubierto y las de exclusión de cobertura, así como respecto a las limitativas de derechos del asegurado.

III. El deber de información o de declaración exigible al tomador del seguro es un deber de respuesta al cuestionario al que le somete precontractualmente la aseguradora (normalmente a través de agentes mediadores o corredores), en los propios términos específicos de ese cuestionario.

No puede calificarse de omisión (ni dolosa ni culposa ni de ningún tipo responsable) por el tomador de un dato cuando no hubiera sido requerido por la aseguradora mediante el correspondiente cuestionario y de manera clara, expresa y específica.

No se puede exigir al tomador informar sobre algo que no se le ha preguntado.

IV. Dada su profesionalidad, a la compañía de seguros le es exigible un plus de diligencia, específicamente materializada en un cuestionario en el que se precise muy claramente la información que considera relevante para la delimitación del riesgo que va a cubrir.

Es la compañía aseguradora la responsable (por sí o por la actuación de sus empleados o agentes mediadores o corredores) de la falta de cuestionario o de la presentación de un cuestionario incompleto, inexacto, impreciso o genérico, de modo que ante tales circunstancias no puede eludir el cumplimiento de la prestación debida tras la producción del siniestro.

Es a la aseguradora como profesional a quien le incumbe la oportuna delimitación de la cobertura; y su actuación negligente, incompleta o imprecisa (así como la de sus agentes mediadores o corredores) no puede provocar el traslado de efectos negativos para el tomador y el asegurado en cuanto al cumplimiento de la prestación debida tras la producción del siniestro asegurado.

V. Si la aseguradora conociera la declaración inexacta del tomador del seguro después de la firma del contrato, pero no insta su resolución en el plazo legal, se entiende que ha considerado irrelevante la declaración inexacta y, por lo tanto, si se produjera el siniestro, no puede liberarse de la obligación de pago de la indemnización alegando dolo o culpa grave del tomador del seguro al realizar la declaración de salud.

VI. En todo caso, la circunstancia omitida por el tomador debe ser causa directa y principal de la producción del siniestro finalmente acaecido para que pueda admitirse una reducción o exclusión de la responsabilidad de la aseguradora *ex* artículo 10 LCS en el pago de la prestación debida por la producción del siniestro asegurado.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES

- STS núm. 704/2006, de 7 de julio.
- STS núm. 853/2006, de 11 de septiembre.
- STS núm. 1050/2007, de 17 de octubre.
- STS núm. 516/2009, de 15 de julio.
- STS núm. 738/2009, de 12 de noviembre.
- STS núm. 601/2010, de 1 de octubre.
- STS núm. 598/2011, de 20 de julio.
- STS núm. 895/2011, de 30 de noviembre.
- STS núm. 82/2012, de 5 de marzo.
- STS núm. 157/2016, de 16 de marzo.
- STS núm. 273/2016, de 22 de abril.
- STS núm. 498/2016, de 19 de julio.
- STS núm. 541/2016, de 14 de septiembre.
- STS núm. 222/2017, de 5 de abril.
- STS núm. 590/2017, de 7 de noviembre.
- STS núm. 323/2018, de 30 de mayo.
- STS núm. 562/2018, de 10 de octubre.
- STS núm. 53/2019, de 24 de enero.
- STS núm. 81/2019, de 7 de febrero.
- STS núm. 106/2019, de 19 de febrero.

NOTAS

[1] En un contrato de seguro el uso de las cláusulas limitativas de derechos tiene como fin restringir, condicionar o modificar el derecho del asegurado y, con ello, su indemnización cuando el siniestro se hubiera producido (*vid*. SSTS núm. 590/2017, de 7 de noviembre, núm. 498/2016, de 19 de julio, y núm. 273/2016, de 22 de abril, entre otras). Esta limitación de derechos tiene lugar en relación a un riesgo y objeto de seguro ya delimitado: de ahí la diferenciación entre cláusulas delimitadoras de riesgos y cláusulas limitativas de derechos. Con las cláusulas limitativas de derechos se viene a alterar el marco contractual general acordado entre las partes en relación con el objeto de cobertura. Las limitaciones o restricciones previstas en el condicionado general del contrato de seguro, pero también en el condicionado particular, están sujetas a un control y a un régimen especial diferente al de las cláusulas delimitadoras (*vid*. art. 3 LCS).

[2] El artículo 3 LCS concreta en el ámbito del seguro las exigencias de transparencia de las condiciones generales de contratación en relación a sus requisitos formales de incorporación al contrato: «Las condiciones generales, que en ningún caso podrán tener carácter lesivo para los asegurados, habrán de incluirse por el asegurador en la proposición de seguro si la hubiere y necesariamente en la póliza de contrato o en un documento complementario, que se suscribirá por el asegurado y al que se entregará copia del mismo. Las condiciones generales y particulares se redactarán de forma clara y precisa. Se destacarán de modo especial las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, que deberán ser específicamente aceptadas por escrito». De este precepto se deriva que las cláusulas limitativas de derechos del asegurado se admiten en nuestro ordenamiento siempre y cuando se cumplan estas dos condiciones: a) Que se identifiquen en el contrato de forma destacada en relación al resto de cláusulas (como por ejemplo, el uso de tipografía diferente como letra en negrita, o poner estas cláusulas en un apartado separado y diferenciado del resto de cláusulas). b) Que sean específicamente aceptadas por escrito por el asegurado. A este respecto, no es suficiente con la firma de la póliza con la consecuente aceptación del clausulado contenido en ella

sino que se requiere lo que viene denominándose una doble firma o doble aceptación: la firma y aceptación del contrato con su contenido general; y la firma y aceptación expresa de las cláusulas limitativas de derechos. Estas exigencias formales se prevén como requisitos de admisibilidad de este tipo de cláusulas con el fin de garantizar que el asegurado tenga pleno conocimiento de las mismas y de su alcance efectivo en el contrato. Pero debe tenerse en cuenta lo previsto en el artículo 7 LCS: «Si el tomador del seguro y el asegurado son personas distintas, las obligaciones y los deberes que derivan del contrato corresponden al tomador del seguro, salvo aquellos que por su naturaleza deban ser cumplidos por el asegurado». De modo que si las personas del tomador y del asegurado son distintas, el principio de transparencia determina que las obligaciones del asegurador a ese respecto deben configurarse teniendo en cuenta la posición de tomador y asegurado en el contrato; y ello implica que las especiales exigencias formales del artículo 3 LCS deben interpretarse en consonancia con ese principio de transparencia contractual. Y en tal sentido debe tenerse en cuenta en este ámbito el diferente tratamiento de los seguros colectivos y los seguros individuales ante las cláusulas limitativas de derechos, su incorporación al contrato y su aceptación por el asegurado. Sobre ello se pronunció el Tribunal Supremo en su sentencia núm. 541/2016, de 14 de septiembre, con referencia a las SSTS de 18 de octubre de 2007 y de 25 de noviembre de 2013, entre otras.

1.6. Responsabilidad civil

La responsabilidad civil por la contaminación por hidrocarburos derivada del accidente del buque «Prestige»

Civil liability for oil pollution arising from the accident of the vessel «Prestige»

por

ELISEO SIERRA NOGUERO

Profesor agregado de Derecho mercantil de la Universidad Autónoma de Barcelona
Facultad de Derecho

RESUMEN: Se comentan las sentencias del Tribunal Supremo relativas a la responsabilidad civil resultante del accidente del buque «Prestige» (14 de enero de 2016 y 18 de diciembre de 2018), sobre los sujetos responsables y la determinación de las cuantías que corresponden a cada reclamante. El proceso ejecutivo es competencia de la Audiencia Provincial de A Coruña; su auto de 17 de noviembre de 2017 sigue parcialmente vigente en lo no anulado por la STS de 18 de diciembre de 2018. Estas tres sentencias, interpretadas conjuntamente, permiten conocer el alcance de la responsabilidad civil en el caso analizado. También corresponde a la AP de A Coruña librar y autorizar los mandamientos para la ejecución de las sentencias españolas en el Reino Unido, si el asegurador del buque, el club P&I The London, se niega al pago voluntario de 1.000 millones de dólares a que fue condenado por el Tribunal Supremo.

ABSTRACT: Rulings from the Supreme Court regarding the civil liability arising from the accident of the vessel «Prestige» (January 14, 2016 and December 18, 2018) are here discussed, with regard to the responsible parties and the amounts that correspond to each claimant. Jurisdiction over the execution belong to the Provincial Court of A Coruña, whose decision of November 17, 2017, is partially in force, after being declared partially null by the ruling of the Supreme Court of December 18, 2018. These three rulings must be interpreted as a group, to know the scope and terms of the civil liability arising from this accident. It belongs also to the Provincial Court of A Coruña the competence to request the execution of the Spanish rulings in the United Kingdom if the P&I club of the vessel refuses to voluntarily pay 1,000 million dollars to which it was condemned by the Supreme Court.

PALABRAS CLAVES: Buque «Prestige». Responsabilidad civil. Ejecución de sentencia española en otro país de la Unión Europea. FIDAC. Club P&I. Contaminación por hidrocarburos. Intereses. Fondos comunitarios. Impuesto sobre el Valor Añadido.

KEY WORDS: Vessel «Prestige». Civil liability. Execution of Spanish ruling in other country of the European Union. FIDAC. P&I club. Oil pollution. Interests. European Funds. Value-Added Tax.

SUMARIO: I. CONTEXTUALIZACIÓN.—II. LA STS DE 14 DE ENERO DE 2016: 1. Identificación de los responsables civiles. 2. Bases para la fijación de las indemnizaciones.—III. EL AUTO AP DE A CORUÑA DE 15 DE NOVIEMBRE DE 2017 Y LA STS DE 18 DE DICIEMBRE DE 2018, EN FASE DE EJECUCIÓN: 1. Derecho de los Estados español y francés a incluir el IVA en las indemnizaciones debidas. 2. El Estado español puede reclamar a los responsables civiles las ayudas percibidas de fondos comunitarios. 3. El Estado español puede reclamar intereses moratorios y procesales. 4. El FIDAC no responde de los daños no materiales. —IV. REFERENCIA A LA EJECUCIÓN EN EL REINO UNIDO FRENTE AL CLUB P&I.—V. CONCLUSIONES.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. CONTEXTUALIZACIÓN

El procedimiento ante los tribunales españoles para depurar las responsabilidades civiles y penales derivadas del siniestro del buque «Prestige» está siendo muy complejo. La instrucción comenzó en 2002. El proceso declarativo concluyó en 2016. El proceso ejecutivo no ha terminado todavía.

La responsabilidad civil derivada del accidente del buque resulta de dos sentencias del Tribunal Supremo, ambas son firmes y constituyen cosa juzgada. En primer lugar, el proceso declarativo terminó con la STS, Sala Segunda, de 14 de enero de 2016. El Alto Tribunal identifica a los responsables civiles de los daños y perjuicios causados, pero no fija la cuantía de las indemnizaciones de cada perjudicado, sino los criterios para su cuantificación en fase ejecutiva.

En segundo lugar, la ejecución de la sentencia del Tribunal Supremo corresponde, según las reglas de competencia jurisdiccional a la AP de A Coruña. Este órgano dictó un auto de 15 de noviembre de 2017, en la que cuantifica la compensación adeudada a cada perjudicado. Este auto fue objeto de recurso de casación en el marco del proceso ejecutivo y la STS, Sala Segunda, de 18 de diciembre de 2018 lo anula parcialmente, con pronunciamientos que sustituyen lo dispuesto en el citado auto. En concreto, el Tribunal Supremo modifica sustancialmente algunas cuantías de las indemnizaciones, como la debida al Estado español y francés, y excluye la responsabilidad del Fondo Internacional de Indemnización de Daños debidos a la Contaminación por Hidrocarburos de 1992 (en adelante, FIDAC) por los daños no materiales. En lo no anulado por la STS de 18 de diciembre de 2018, rige lo dispuesto en el auto de la AP de A Coruña de 15 de noviembre de 2017.

Se analizan aquí ambas sentencias del Tribunal Supremo y el citado auto de la AP de A Coruña. Este tribunal de instancia debe dar curso a la ejecución y también autoriza y libra los mandamientos necesarios para la ejecución forzosa de las sentencias frente al club P&I del buque «Prestige» en el Reino Unido si, como es previsible, este no satisface voluntariamente la indemnización de 1.000 millones de dólares a la que le condena el Tribunal Supremo.

II. LA STS DE 14 DE ENERO DE 2016

La STS, Sala Segunda, de lo Penal, de 14 de enero de 2016[1], declara la responsabilidad penal y civil derivada del accidente del buque «Prestige»[2]. En materia de responsabilidades civiles, casa y anula parcialmente la SAP de A Coruña de 13 de noviembre de 2013[3], que no admitió responsabilidad civil alguna. El Alto Tribunal, en cambio, admite la existencia de dicha responsabilidad civil y declara al capitán, al propietario del buque, al asegurador (club P&I) y al FIDAC, como responsables civiles, cada uno en base a diferentes fundamentos y por diversa cuantía. Además, la STS fija los criterios para que, en fase ejecutiva, la AP de A Coruña cuantifique la indemnización de cada perjudicado.

1. Identificación de los responsables civiles

En primer lugar, la STS sostiene que, tanto el capitán del buque como el propietario del mismo, son responsables civiles de los daños y perjuicios causados por la contaminación de hidrocarburos resultante del accidente. No tienen derecho a utilizar los límites indemnizatorios del Convenio Internacional sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a Contaminación por Hidrocarburos de 1992 (en adelante, CRC 1992). Ello se debe a que, con sus acciones y omisiones antes y durante el accidente (explicadas en detalle), por aplicación de los artículos III.4 *in fine* y V.2 CRC 1992, no tienen derecho a limitar la responsabilidad quienes «*actuaron con intención de causar esos daños, o bien temerariamente y a sabiendas de que probablemente se originarían tales daños*».

En nuestra opinión, el capitán y la sociedad propietaria del buque «Prestige» difícilmente van a poder asumir el pago de las indemnizaciones extraordinarias. Es claro respecto al capitán como persona física. Tampoco la propietaria del buque que, si aún existe, probablemente tenía como único patrimonio el buque hundido. En conclusión, en relación a estos responsables civiles, aunque se haya declarado su responsabilidad civil y de forma ilimitada, los pagos serían irrealizables, frustrando así el objeto del proceso.

En segundo lugar, la STS declara la responsabilidad civil directa del asegurador del buque, el club P&I *The London Steamship Mutual Insurance Association*. El seguro P&I (por *Protection and Indemnity*) que ofrece incluye entre sus amplias coberturas la de responsabilidad civil del propietario del buque. No obstante, a diferencia del capitán y del propietario del buque, el club P&I disfruta de un límite máximo de indemnización de 1.000 millones de dólares estadounidenses, como reconoce el Alto Tribunal. Este límite del que se beneficia el club P&I del buque «Prestige» proviene del contrato de seguro P&I que, para los daños por hidrocarburos, incluye esta suma asegurada. Naturalmente, esta cuantía es el máximo de indemnización, pero el club P&I no renunciaba a valerse de los límites legales de indemnización que sean aplicables, por debajo de esa cuantía tope. En concreto, para el caso «Prestige», el club P&I pretendía beneficiarse de las limitaciones globales por buque del Protocolo de 1996 que enmienda el Convenio sobre limitación de la responsabilidad nacida de reclamaciones de Derecho marítimo de 1996 (en adelante, Convenio LLMC 76/96) y de las del CRC 1992. Tan pronto como se produjo el siniestro, el club P&I depositó en los Juzgados de Corcubión, que conocían de la instrucción, un fondo de indemnización por unos 22 millones de euros (las cantidades de indemnización están redondeadas en millones a efectos del presente comentario), de acuerdo con las exigencias

del Convenio LLMC 76/96. Esta cuantía corresponde al límite de indemnización global que, según el arqueo del buque «Prestige», asume el propietario y el asegurador. Sin embargo, la STS no admite esta limitación y resuelve que el asegurador es responsable civil directo frente a los perjudicados hasta el límite de la indemnización convencionalmente pactada en el contrato de seguro (art. 117 Código Penal): los citados 1.000 millones de dólares estadounidenses previstos como suma asegurada para daños por contaminación de hidrocarburos.

Consideramos que el club P&I sí habría de ser suficientemente solvente para afrontar esta indemnización. Es un asegurador británico que, como tal, está sometido al control de solvencia. Además, el club P&I *The London* forma parte del Grupo Internacional de Clubs P&I, por el cual se establece un consorcio que permite al club exigir una contribución al resto de los clubs del Grupo Internacional. También han pactado colectivamente contratos de reaseguro con múltiples reaseguradores en el mercado londinense y fuera de él para prever específicamente el riesgo de estas indemnizaciones tan altas. El sector de riesgos de responsabilidades civiles marítimas sí está preparado con antelación para afrontar el pago de grandes indemnizaciones. Sin embargo, hasta ahora, el club P&I *The London* ha depositado solo el citado fondo de indemnización de unos 22 millones de euros, de acuerdo con los límites del citado Convenio LLMC 76/96. No se ha ofrecido a cumplir voluntariamente la STS de 14 de enero de 2016, por lo que habrá que proceder a la ejecución forzosa allá donde tenga patrimonio, en particular en el Reino Unido, donde tendría, al parecer, su sede social. El pago por el club P&I acreditaría la eficacia de los acuerdos en el seno del Grupo Internacional de Clubes P&I, de interés público como señaló la Comisión Europea, pues permiten ofrecer unas coberturas más amplias de lo que un asegurador podría ofrecer por sí solo (SIERRA NOGUERO, 2013, 794).

En tercer lugar, el Tribunal Supremo declara también que el FIDAC 1992 es responsable del pago de las indemnizaciones, pero hasta el límite que figura en su estatuto jurídico. En concreto, este Fondo nace del Convenio de constitución de un fondo internacional de indemnización de daños debidos a la contaminación por hidrocarburos de 1992 (en adelante, Convenio del Fondo 1992), como complemento del CRC 1992. La idea es que las indemnizaciones por contaminación de hidrocarburos deben ser financiadas no solo por la industria naviera, sino también por los intereses en la carga. El FIDAC responde cuando no haya responsabilidad del propietario del buque, cuando este sea insolvente o cuando la cuantía de la indemnización sea superior al límite fijado en el CRC 1992 (art. 4.1). Se financia con las contribuciones de los Estados miembros, según cuotas calculadas según las importaciones de hidrocarburos (art. 10 Convenio del Fondo 1992) y repercutidas a los usuarios. El Fondo tiene legitimación pasiva frente a los perjudicados (art. 7.1 Convenio del Fondo 1992) y puede beneficiarse de unos límites máximos de indemnización.

En concreto, el Tribunal Supremo condena al FIDAC al pago de hasta 135 millones de unidades de cuenta, salvo que sea procedente el límite de 200 millones por razón del gran número de las contribuciones recibidas en el periodo considerado (texto del artículo 4.4 Convenio del Fondo 1992 vigente en el momento del siniestro del «Prestige»[4]). El FIDAC ha señalado que no es aplicable este segundo límite, de modo que el importe de las indemnizaciones se limita a 135 millones de *unidades de cuenta*.

El tope indemnizatorio de 135 millones de cuenta incluye la suma efectivamente pagada por el propietario del buque o su asegurador en virtud del CRC 1992 (art. 4.4). Es importante determinar el importe máximo de la indemnización.

Para ello, primero de todo, hay que convertir las unidades de cuenta a moneda nacional. Así, las «unidades de cuenta» se corresponden, como regla general, con los *Derechos Especiales de Giro* (DEG o *SDR*, por *Special Drawing Rights*) del Fondo Monetario Internacional. Con la conversión del DEG en euros, según la fecha del accidente, la cuantía máxima de indemnización para el siniestro del «Prestige» en virtud del CRC de 1992 (propietario y asegurador) y el Convenio del Fondo de 1992 (FIDAC) es de 171.520.703 euros[5]. De estos, el propietario del buque y su asegurador asumen unos 22 millones de euros (ya depositados como fondo de indemnización); el FIDAC, los 149 millones de euros restantes.

El FIDAC informa que ya ha abonado indemnizaciones a los afectados y de forma principal al Estado español, por un montante global de 120,8 millones de euros y tiene disponibles otros 27,7 millones de euros para tal fin[6].

2. Bases para la fijación de las indemnizaciones

La STS de 14 de enero de 2016 establece las bases para cuantificar la indemnización debida a cada perjudicado en la fase de ejecución de la sentencia. Esta remisión al proceso ejecutivo lo justifica en una práctica histórica de la jurisdicción penal: cuando la respuesta al ejercicio de la acción civil, por una u otra circunstancia, no puede ser resuelta al tiempo de la sentencia inicial sobre la responsabilidad penal, puede dejarse aplazada a la fase de la ejecución de sentencia. Esta práctica judicial está positivizada en el artículo 115 del Código Penal, según el cual «los jueces y tribunales al declarar la existencia de responsabilidad civil, establecerán razonadamente en sus resoluciones *las bases que sirvan de presupuesto para la fijación de la cuantía de los daños e indemnizaciones* (la cursiva es nuestra), pudiendo fijarla en la propia resolución o en el momento de la ejecución».

En particular, el Tribunal Supremo estableció las siguientes bases para cuantificar la cuantía de cada reclamación: 1) El importe de la responsabilidad abarcará la restitución, la reparación del daño, tanto el emergente como el lucro cesante, incluido el daño medioambiental en sus distintos aspectos, así como la indemnización de perjuicios materiales y morales; 2) El importe concreto habrá de determinarse en ejecución de sentencia, previa valoración por parte del Tribunal sentenciador de las pruebas que se han practicado en relación a las distintas partidas que integran la misma, y con sometimiento a un procedimiento contradictorio que garantice la efectiva intervención de los afectados; 3) El límite máximo no excederá de lo solicitado por las partes acusadoras en sus conclusiones definitivas; 4) Son indemnizables los gastos certificados y también los que se acrediten por otros medios probatorios; 5) El importe de la reparación o indemnización se acredita por facturas o contabilidad no impugnadas o ratificadas en presencia judicial y refrendadas por peritos designados judicialmente; y, 6) No se excluyen los informes periciales realizados por peritos designados no judicialmente.

III. EL AUTO AP DE A CORUÑA DE 15 DE NOVIEMBRE DE 2017 Y LA STS DE 18 DE DICIEMBRE DE 2018, EN FASE DE EJECUCIÓN

La AP de A Coruña, sección 1.ª, es el órgano competente para la ejecución de la STS de 14 de enero de 2016, conforme al artículo 984.3 de la Ley de

Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECr). Este tribunal incoó de oficio la ejecución el 11 de febrero de 2016 y el trámite concluyó con el auto de la AP de A Coruña de 15 de noviembre de 2017[7]. Dicho auto reconoce el derecho de unos 265 perjudicados a ser indemnizados, cada uno con su cuantía específica. El importe total de las indemnizaciones es de unos 1.650 millones de euros[8].

El auto de la AP de A Coruña atribuye la indemnización principal y más elevada al Estado español, con 1.573 millones de euros, distribuidos del siguiente modo: 931 millones de euros por gastos; 280 millones de euros por daños ambientales; y, 363 millones por daños morales.

El importante volumen de la reclamación del Estado español en concepto de gastos patrimoniales se justifica en que ha adelantado las indemnizaciones a muchos afectados de acuerdo con el Real Decreto-ley 4/2003, de 20 de junio, sobre actuaciones para el abono de indemnizaciones en relación con los daños ocasionados por el accidente del buque «Prestige»[9]. El Estado español anticipó a través del Instituto de Crédito Oficial (ICO) una indemnización a particulares y Administraciones Públicas, subrogándose en los derechos de los perjudicados por esta cuantía mediante la firma de acuerdos transaccionales. Este Decreto-ley limitaba el importe global a 160 millones de euros (art. 1) y se condicionaba a recibir fondos del FIDAC u otros mecanismos de protección (art. 2)[10]. Estas condiciones resultaban inadecuadas, vistos los extraordinarios daños sufridos, de modo que el Real Decreto-ley 4/2004, de 2 de julio[11], suprimió tanto el límite de 160 millones de euros, por ser notoriamente insuficiente, como la condición de que el ICO recibiese antes los fondos del FIDAC u otro mecanismo de compensación. En conclusión, el Estado atendió por su cuenta los anticipos derivados de acuerdos y convenios transaccionales con los afectados que optaron por suscribirlos (art. 1)[12]. Ello no significa que hayan cobrado íntegramente la indemnización por los daños sufridos. En la parte cobrada del Estado español, este se ha subrogado en sus derechos contra los responsables civiles. En el resto no cobrado, la legitimación activa corresponde siempre al perjudicado. En la ejecución de la sentencia, hay que garantizar la coordinación de los cobros ya realizados y pendientes. No obstante, el grueso de la indemnización corresponderá, al dividir a prorrata, siempre al Estado español. Incluso si el club P&I es obligado al pago de los citados 1.000 millones de dólares.

En comparación con el Estado español, en efecto, el resto de reclamaciones reconocidas por el auto de la AP de A Coruña son muy reducidas. Frente a los 1.573 millones del Estado español, se reconoce al Estado francés el derecho a una reclamación de 61 millones de euros; a la Xunta de Galicia, 1.8 millones de euros. A continuación, el auto admite indemnizaciones de unos miles de euros cada una a empresas y particulares dedicados a la pesca, marisqueo y acuicultura, a empresas turísticas, así como a numerosos municipios, ayuntamientos y diputaciones provinciales francesas.

El auto de AP de A Coruña fue recurrido en casación por el Estado Español, el Estado francés, y otros perjudicados, así como por algunos de los responsables civiles, dictando así la STS de 19 de diciembre de 2018. El Tribunal Supremo señala que el auto de ejecución recurrido es un complemento de la sentencia que declaró la existencia de la responsabilidad civil en su sentencia de 14 de enero de 2016. Por ello, el auto dictado en ejecución es recurrible ante el propio Tribunal Supremo.

A la vista de las razones alegadas por los recurrentes, el Alto Tribunal casa y anula parcialmente el auto de la AP de A Coruña de 17 de noviembre de 2017, principalmente en los aspectos comentados a continuación.

1. Derecho de los Estados español y francés a incluir el IVA en las indemnizaciones debidas

La STS de 18 de diciembre de 2018 declara que es procedente: «*5. Estimar el recurso del Estado francés declarando procedente la inclusión en las indemnizaciones dispuestas de las cantidades correspondientes al Impuesto del Valor Añadido (IVA)* …(y) *7. Estimar el recurso interpuesto por la Abogacía del Estado. Consecuentemente, debe incluirse en la indemnización al Estado español el importe del IVA satisfecho*».

El Tribunal Supremo anula así la parte del auto de la AP de A Coruña que niega el derecho de los Estados español y francés a incluir en sus reclamaciones el IVA que habían abonado a las empresas contratadas por estos Estados para prestar los servicios de recuperación y reparación del daño sufrido. El auto lo justifica en que es un importe que el propio Estado recupera cuando el contratista liquida el IVA con la Hacienda Pública. En otras palabras, si el Estado lo cobra también al responsable civil, se estaría cobrando dos veces por el mismo concepto.

El Tribunal Supremo no acepta este argumento. Tal y como había alegado el Estado francés, recuerda que la responsabilidad civil se rige por el principio de la *restituto in integrum*, según los artículos 109 y siguientes. Código penal, y artículos 1092, 1101 y 1157 del Código civil. En su virtud, la reparación ha de ser de los gastos y consecuencias económicas en su integridad. No cabe establecer ninguna excepción al principio de la *restituto in integrum* cuando es un Estado el que ha realizado el gasto a causa de un acto imputable al responsable civil. Por consiguiente, como el IVA es una consecuencia directa del hecho generador de la indemnización, han de asumirlo los responsables civiles de tales hechos dañosos.

El Tribunal Supremo añade que no cabe compensación entre el IVA pagado al contratista y el IVA que el contratista ingresa en la Hacienda Pública. No se trata de deudas similares y tienen dos presupuestos distintos. Una deuda proviene del hecho que genera la indemnización. Las operaciones realizadas a la reparación de los daños están sujetas al IVA y el Estado lo ha pagado al contratista. El otro importe surge de una actividad económica y genera una obligación tributaria a cargo del contratista. Cuando este abona el impuesto está trasladando ese importe al causante del daño. El Estado, cuando cobra del responsable civil, no cobra dos veces, sino que recupera por la indemnización la prestación del servicio de reparación y cobra el impuesto por el desarrollo de la actividad económica sujeta al mismo.

La STS cifra el IVA a favor del Estado español en 43,6 millones de euros. La parte correspondiente al IVA a favor del Estado francés deberá fijarse por la AP de A Coruña en el marco de la continuación del proceso ejecutivo.

2. El Estado español puede reclamar a los responsables civiles las ayudas percibidas de fondos comunitarios

La STS declara que procede «*7. Estimar el recurso interpuesto por la Abogacía del Estado (…) No deben ser descontadas de la indemnización las cantidades recibidas por el Estado por el concepto de Ayudas procedentes de los Fondos comunitarios*».

El Tribunal Supremo anula la parte del auto de la Audiencia Provincial de A Coruña que daba la razón al club P&I y descontaba de la reclamación del Estado español los 275 millones de euros percibidos ya de Fondos comunitarios. Se

revierte este descuento y se justifica en el derecho del Estado español a reclamar a los responsables civiles el total de la indemnización debida, con independencia de si los daños y gastos han sido sufragados con dinero del Estado español o de los Fondos comunitarios. Señala que, de acuerdo con el principio de subsidiariedad, el Estado español asume la defensa de los intereses económicos y de los recursos financieros de la Unión Europea, pues esta no se ha personado como perjudicado, por lo que no ha podido actuar su derecho al resarcimiento. En consecuencia, es el Estado español quien actúa ese interés de resarcimiento y a la Unión Europea, en su caso, le corresponde reclamar al Estado.

Como puede verse, junto al IVA que se reconoce al Estado español, el importe de la indemnización a su favor continúa creciendo. A los 1.573 millones de euros reconocidos por la AP de A Coruña, se la ha de sumar los 43,6 millones de euros, más los 275 millones de euros que se le habían descontado. Unas cifras desorbitantes, que acreditan tanto el gran desastre producido por el hundimiento del buque «Prestige», como el rol esencial del Estado español como perjudicado esencial del mismo.

3. El Estado español puede reclamar intereses moratorios y procesales

La STS dispone que las indemnizaciones a favor del Estado español deben comprender «*los intereses legales por los daños y perjuicios (art. 1108 CC), desde la reclamación, y los intereses devengados a partir del pronunciamiento sobre responsabilidad civil (art. 575 LECr, sic* Ley de enjuiciamiento civil)». Se anula la parte del auto de la Audiencia Provincial de A Coruña que disponía que «*los intereses legales solo se calcularán desde la firmeza del auto, al ser imprescindible la cuantificación que aquí se contiene a efectos de cálculo*».

En tema de intereses, el Tribunal Supremo recuerda su cambio jurisprudencial desde 1997 hasta la actualidad sobre la interpretación del brocardo *in illiquidis non fit mora*. Basta que se trate de un daño preexistente, susceptible de determinación, para que surja la obligación de pagar intereses. Este principio no rige cuando de un modo u otro la cantidad reclamada esté determinada o pueda determinarse, aunque sea con aproximación. Se distingue entre *intereses moratorios* e *intereses procesales*.

El Tribunal Supremo condena al abono de los *intereses moratorios* desde el escrito de conclusiones provisionales donde se inste al pago de las cantidades. En este momento es cuando se fijan los límites del objeto del juicio oral, a través de las correspondientes pretensiones civiles y penales.

Los intereses moratorios se devengan hasta la fecha de la sentencia. Entendemos que el pronunciamiento tuvo lugar con la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de enero de 2016, que reconoció la responsabilidad civil, no con el auto de la Audiencia Provincial de A Coruña de 15 de noviembre de 2017, que se limitó a cuantificar el importe de cada indemnización.

A partir de la fecha de la sentencia ya operan por ley los *intereses procesales* del artículo 576 Ley de enjuiciamiento civil: «*Desde que fuere dictada en primera instancia, toda sentencia o resolución que condene al pago de una cantidad de dinero líquida determinará, en favor del acreedor, el devengo de un interés anual igual al del interés legal del dinero incrementado en dos puntos…*». Recuerda que la doctrina científica de forma pacífica entiende que los intereses procesales obedecen a la intención de disuadir al condenado de llevar a cabo maniobras dilatorias. La finalidad es que el perjudicado no soporte los costes de la dilación vinculada

al cobro de su deuda y se mantenga el valor de aquello a lo que condena la sentencia. Al efecto, los intereses procesales nacen *ex lege*, sin necesidad de que la parte lo pida o, incluso, sin necesidad de que a ellos condene la sentencia y sin que sea necesario que la sentencia sea firme. Por ello, casa el auto en lo relativo a su exigencia desde la firmeza del mismo, y sitúa el nacimiento de los intereses legales desde «el pronunciamiento sobre responsabilidad civil».

Sin que conste la explicación en la STS analizada, únicamente el Estado español se beneficia de este cambio respecto a los intereses, pues el resto de perjudicados tienen derecho a los intereses conforme a lo dispuesto en el citado auto: «*los intereses legales solo se calcularán desde la firmeza del auto, al ser imprescindible la cuantificación que aquí se contiene a efectos de cálculo*».

4. El FIDAC no responde de los daños no materiales

La STS también procede a «*8. Estimar el recurso del Fondo Internacional de indemnizatoria de daños debidos a contaminación por hidrocarburos (FIDAC). En el particular referido al motivo primero de su recurso, no incluyendo en la condena por responsabilidad civil de lo que denomina daños no materiales*».

El Tribunal Supremo solo excluye estos daños no materiales de la responsabilidad del FIDAC, que deberán ser asumidos por el resto de responsables civiles. La razón es que admite la alegación del FIDAC sobre el concepto de «daños ocasionados por contaminación» del artículo I.6 CRC 92. La responsabilidad cuasi objetiva, legal y tasada del FIDAC incluye las denominadas operaciones de limpieza y daños a los bienes, que incluyen los costes objetivos y razonables las operaciones de limpieza, los daños a bienes, las operaciones de salvamento, y todas aquellas que comprendan lo que es la reposición de lo destruido a causa del hecho generador de la responsabilidad civil. También se incluyen las pérdidas puramente económicas causadas a personas que no hayan sido físicamente afectadas por el vertido, pero sí en su actividad comercial. También deben incluirse los daños al medio ambiente, en cuyo contexto figuran los costes de las medidas razonablemente adoptadas para la regeneración, recuperación y reparación del medio ambiente afectado por el vertido. Sin embargo, no se comprenden los daños de naturaleza distinta, como los daños no materiales o los daños morales, al quedar fuera del estatuto jurídico del FIDAC.

Desde un punto de vista del importe de la indemnización a satisfacer por el FIDAC, esta decisión del Tribunal Supremo no altera el tope de la indemnización. Los daños sufridos por los afectados, y principalmente por el Estado español, en conceptos cubiertos por el FIDAC son de tal importancia que cubren sobradamente los 149 millones de euros que asume como máximo este organismo. Los daños no materiales o los daños morales no son necesarios para alcanzar estos topes indemnizatorios a cargo del FIDAC. La importancia para este organismo es no sentar un precedente judicial donde ha sido condenado al pago de unos daños no cubiertos por el CRC y el Convenio del Fondo de 1992.

IV. REFERENCIA A LA EJECUCIÓN EN EL REINO UNIDO FRENTE AL CLUB P&I

El auto de la AP de A Coruña de 15 de noviembre de 2017 indica que «*para la ejecución de esta resolución en el Reino Unido, las partes podrán pretender su*

ejecución ante las autoridades de aquel país en los términos de la legislación de la UE». El Tribunal Supremo anula esta decisión y declara que procede «*1. Estimar el recurso del Ministerio fiscal y en su consecuencia declarar que para la ejecución de la sentencia se aplicarán las disposiciones establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y será el juez de la ejecutoria, quien autoriza y libra lo procedente conforme a la normativa de ejecución del derecho comunitario*».

El Tribunal Supremo justifica este criterio en el artículo 984.3 LECr, que indica de forma taxativa la actuación de oficio del juez penal encargado de la ejecutoria civil en todo caso[13]. Por tanto, es la AP de A Coruña, no los interesados, la que debe adoptar las resoluciones necesarias para la ejecución de la sentencia en el Reino Unido. Según consta en diferentes medios de publicación[14], este tribunal ya ha requerido de pago a los condenados como responsables civiles. Si el club P&I u otro responsable civil no pagan voluntariamente, la AP de A Coruña, según dispone el Tribunal Supremo, debe autorizar y librar lo procedente contra la normativa de ejecución del Derecho comunitario.

La ejecución forzosa de las sentencias españolas contra el club P&I por los 1.000 millones de dólares en el Reino Unido va a alargar previsiblemente el proceso ejecutivo. No cabe renunciar a este trámite, pues en realidad es la única garantía que tienen los perjudicados de poder cobrar una parte relevante de sus indemnizaciones.

El club P&I *The London* ya conocía desde hace tiempo que este trámite de ejecución tendría lugar y con anterioridad ha sentado las bases para evitar la ejecución forzosa de las sentencias españolas. El club P&I comenzó un arbitraje en Londres contra España y Francia, conforme a las reglas del seguro P&I. La finalidad fue obtener una declaración conforme el club P&I, como asegurador de la responsabilidad civil del «Prestige», no debe responder por encima del límite del CRC y, subsidiariamente, que su responsabilidad no fuese superior al límite de la suma asegurada en las reglas para daños por contaminación por hidrocarburos: 1.000 millones de dólares. El club P&I también solicitó la aplicación de la cláusula de pago previo (*pay to be paid*) de las reglas del seguro. Según esta cláusula, típica del seguro P&I; el asegurador solo debe pagar la indemnización al asegurado y cuando acredite haber pagado previamente a los perjudicados. El tribunal arbitral aceptó esta petición del club P&I y dictó los laudos arbitrales de 13 de febrero de 2013 (contra España) y de 3 de julio de 2013 (contra Francia), señalando que ambos países están obligados por el convenio arbitral de las reglas del seguro P&I.

Como complemento de esta estrategia, el club P&I solicitó de los tribunales británicos, al amparo del artículo 66 de la *Arbitration Act* 1996, una autorización para aplicar ambos laudos arbitrales como sentencias y/o disponer de sentencias con sus términos. El Estado español y el Estado francés intervinieron como demandados, oponiéndose a la pretensión del club P&I. Sin embargo, la *High Court of Justice Queen's Bench Division Commercial Court* dictó sentencia en 2013, por la que aceptaba la solicitud del club P&I (ALBA y GABALDÓN GARCÍA, 2016, 349-351). El tribunal británico estima que, aunque el derecho a reclamar está previsto en el CRC, la acción directa contra el asegurador viene delimitada por el contrato de seguro, de modo que el club P&I puede oponer al perjudicado las excepciones previstas en el mismo[15].

Este es el panorama judicial que muy probablemente se encuentre la AP de A Coruña al intentar la ejecución forzosa de las sentencias españolas en el Reino Unido contra el club P&I. El Brexit, de tener lugar, no habría de aplicarse a hechos anteriores. En particular, el procedimiento judicial británico se inició

mucho después de la instrucción del caso «Prestige» en España en 2002. Al aceptar convalidar los laudos arbitrales, el tribunal británico habría incurrido en una vulneración de las reglas de litispendencia dispuestas en el entonces vigente Reglamento (CE) 44/2001.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ya ha tenido la oportunidad de pronunciarse de otro supuesto de interferencia británica en la jurisdicción de otro Estado de la Unión Europea para proteger su arbitraje. En el caso «West Tankers», declaró en contra de la potestad de los tribunales británicos de emitir *anti-suit injunctions* para exigir a un tribunal de otro país de la Unión Europea que se abstuviese de seguir conociendo cuestiones que una parte del litigio consideraba sometidas a arbitraje. El Tribunal de Justicia señaló que la *anti-suit injunction* dictada para proteger el cumplimiento de un convenio arbitral es incompatible con el Derecho comunitario. La razón es que impide que un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro ejerza las competencias que tiene atribuidas por el Reglamento núm. 44/2001, frustrando el efecto útil de sus normas de distribución de competencia judicial internacional. Asimismo, impide al demandante que considere que dicho pacto es nulo, ineficaz o inaplicable el acceso al órgano jurisdiccional ante el que hubiera acudido en virtud del mismo Reglamento y, por tanto, se vería privado de una forma de tutela judicial a la que tiene derecho[16].

En el caso del siniestro del buque «Prestige», ciertamente el tribunal británico se abstuvo prudentemente de emitir una *anti-suit injunction* para paralizar el proceso judicial español contra el club P&I. Tras la decisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, hubiera sido claramente contraria a la legislación comunitaria. Sin embargo, la sentencia británica tiene el mismo efecto de proteger el convenio arbitral en detrimento de las normas de jurisdicción comunitarias. Por ello, la consideramos inoponible a la ejecución forzosa de las sentencias españolas por vulnerar las reglas de la litispendencia y por aplicación analógica la doctrina de la *anti-suit injunction* británica del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (caso «West Tankers»).

V. CONCLUSIONES

I. La responsabilidad civil derivada del accidente del buque «Prestige» resulta de la STS de 14 de enero de 2016, que ha sido completada en fase ejecutiva por la STS de 18 de diciembre de 2018, que anula parcialmente el auto de la AP de A Coruña de 15 de noviembre de 2017. En el marco de la ejecución, a cargo de la AP de A Coruña, probablemente serán necesarias nuevas resoluciones hasta la completa ejecución. En concreto, le corresponde: 1) Cuantificar exactamente el importe adeudado al Estado español y al Estado francés, en el caso del IVA que pueden reclamar a los responsables civiles 2) Reconocer el importe de la indemnización al Estado español que incluya también las ayudas comunitarias recibidas. 3) Calcular los intereses moratorios y legales que el Tribunal Supremo ha reconocido a favor del Estado español, así como los intereses correspondientes, inexplicablemente distintos, para el resto de reclamantes. 4) Proceder al reparto a prorrata entre los reclamantes de 22,7 millones de euros depositados por el club P&I en concepto de fondo de indemnización conforme al Convenio LLMC 76/96. 5) Descontar las cuantías que cada reclamante ha percibido ya por parte del FIDAC sobre el total de su indemnización. Este organismo ha evaluado el importe anticipado en unos 120,8 millones, estando pendientes de abonar otros 27,7 millones de euros.

II. El Estado español es el principal afectado por los responsables civiles del accidente del buque «Prestige». En buena medida, porque buena parte de los gastos asumidos derivan de haber adelantado las indemnizaciones a entidades públicas y privadas y subrogarse en sus derechos. En total, el Estado español monopoliza, según cifras reconocidas por la Audiencia Provincial de A Coruña, el 95% de la reclamación (1573 millones de euros sobre 1650 millones de euros en total). Esta cifra de reclamación y porcentaje a favor del Estado español aumenta tras la sentencia del Tribunal Supremo, pues le reconoce el derecho a reclamar 43,6 millones de euros por IVA, a que no se descuenten los 275 millones de euros percibidos de ayudas comunitarias y a exigir intereses moratorios y legales. Esta enorme deuda a favor del Estado español, al aplicar la regla de prorrata con los demás reclamantes, supone que el Estado español percibirá la mayor parte del fondo de indemnización del club P&I (22,7 millones de euros) y de la parte aún disponible del FIDAC (27,7 millones de euros). En ambos casos, los demás reclamantes quedarán frustrados por la insuficiencia de fondos disponibles para la compensación de sus indemnizaciones judicialmente reconocidas.

III. La única opción real de satisfacción de los perjudicados es la ejecución forzosa contra el club P&I del buque «Prestige», por importe de 1.000 millones de dólares, hasta el límite de la póliza de seguros, según condena de la STS de 14 de enero de 2016. La AP de A Coruña ya le ha requerido de pago, sin resultado. Si resultase necesario promover la ejecución forzosa en el país de la sede del club P&I, en el Reino Unido, el órgano encargado de librar y autorizar los mandamientos necesarios es la AP de A Coruña. Consideramos que no es oponible la sentencia inglesa de 2013 que pretende dar cobertura al club P&I y procede la ejecución forzosa de las sentencias españolas en el Reino Unido: 1) Por aplicación de las reglas de la litispendencia del Derecho comunitario; y, 2) Por la aplicación analógica de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de prohibición de las *anti-suit injunction* en la esfera comunitaria (caso «West Tankers»).

VI. BIBLIOGRAFÍA

ALBA, M. y GABALDÓN, J.L. (2016). Affaire du Prestige: Le capitaine est condamné pour délit d'imprudence contre l'environment et ne peut beneficier, tout comme l'armateur et en presence d'un «soupçon de dol», de la limitation de responsabilité, *Le Droit Maritime Français*, núm. 779, abril, 338-351.

BETANCOR RODRÍGUEZ, A. (2018). *Responsabilidad y aseguramiento por daños ambientales. El caso Prestige*. Madrid: *BOE*.

GARCÍA-PITA y LASTRE, J.L. (2016). Las sentencias «Prestige» último acto (¿una gloriosa primavera, un breve estío o el invierno de nuestro descontento?), *Revista de Derecho del Transporte: Terrestre, marítimo, aéreo y multimodal*, núm. 17, 11-57.

SIERRA NOGUERO, E. (2013). El Grupo Internacional de Clubes de Protección e Indemnización. En: A. Puetz (coord.), *La nueva ordenación del mercado del transporte*. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Universitat Jaume I y Marcial Pons.

— (2016). *El seguro de responsabilidad civil derivada de la navegación de buques*. Madrid: Fundación Mapfre.

NOTAS

[1] La sentencia del Tribunal Supremo de 14 de enero de 2016 está disponible en la web del Poder Judicial español, en https://bit.ly/2TSAIE5.

[2] ALBA, M. y GABALDÓN, J.L. (2016). Affaire du Prestige: Le capitaine est condamné pour délit d'imprudence contre l'environment et ne peut beneficier, tout comme l'armateur et en presence d'un «soupçon de dol», de la limitation de responsabilité, *Le Droit Maritime Français*, núm. 779, abril, 338-351; BETANCOR RODRÍGUEZ, A. (2018) *Responsabilidad y aseguramiento por daños ambientales. El caso Prestige*. Madrid: BOE; GARCÍA-PITA y LASTRE, J.L. (2016). Las sentencias «Prestige» último acto (¿una gloriosa primavera, un breve estío o el invierno de nuestro descontento?), *Revista de Derecho del Transporte: Terrestre, marítimo, aéreo y multimodal*, núm. 17, 11-57: SIERRA NOGUERO, E. (2016). *El seguro de responsabilidad civil derivada de la navegación de buques*. Madrid: Fundación Mapfre, 233-236.

[3] Disponible en https://bit.ly/2YPJ3vS.

[4] En octubre de 2000, el Comité Jurídico de la Organización Marítima Internacional (OMI) adoptó dos Resoluciones incrementando en un 50,37% los límites que constan en el CRC 1992 y el Convenio del Fondo de 1992. Estas enmiendas entraron en vigor el 1 de noviembre de 2003, elevando la cuantía máxima pagadera por el Fondo de 1992 a 203 millones de DEG, tal y como informa FIDAC en https://bit.ly/ 2WN4xeC. Estos aumentos de los límites, como la creación del Fondo Complementario de 2003 no son aplicables al siniestro del buque «Prestige», ocurrido en noviembre de 2002, si bien la preocupación resultante de este desastre facilitó el consenso sobre la insuficiencia de los instrumentos entonces vigentes y la aprobación de estas reformas.

[5] Información extraída de la página web del FIDAC: https://bit.ly/ 2WN4xeC.

[6] Disponible en https://bit.ly/2Z1kv36.

[7] Disponible en https://bit.ly/2Uh2eA1. Parte del contenido del auto fue aclarado por auto de 11 de enero de 2018. El contenido del auto de aclaración está reproducido en la sentencia del Tribunal Supremo, suprime algunas pequeñas indemnizaciones inicialmente concedidas, aclara algún error material y condiciona a una parte perjudicada su derecho a indemnización si prueba no haberla cobrado del Estado español.

[8] La cantidad resulta de sumar las cantidades reconocidas por el Auto de la Audiencia Provincial de A Coruña de 15 de noviembre de 2017, con las modificaciones introducidas en el Auto de la misma Audiencia de 11 de enero de 2018.

[9] En *Boletín Oficial del Estado (BOE)*, de 21 de junio de 2003.

[10] Se completa con el Real Decreto 1053/2003, de 1 de agosto, con normas de desarrollo (en *BOE* de 2 de agosto de 2003), por ejemplo, con la documentación a presentar por cada reclamante. También por la Orden HAC/114/2004, de 27 de enero (en *BOE* de 29 de enero de 2004).

[11] En *BOE* de 3 de julio de 2004.

[12] De acuerdo con el auto de la Audiencia Provincial de A Coruña de 15 de noviembre de 2017, las cantidades abonadas por el Estado español en virtud de los acuerdos con particulares ascienden a 25.546.413 euros. El acuerdo transaccional con la Comunidad Autónoma de Galicia es de 51.331.166 euros; con la Comunidad Autónoma de Asturias, de 7.517.850 euros, con la Comunidad Autónoma de Cantabria, de 42.657.376 euros, con la Comunidad Autónoma del País Vasco, de 43.541.403 euros, y con los Ayuntamientos de municipios de Galicia, de 4.848.151 euros. Se han de sumar 128 millones de euros por subvenciones directas al sector pesquero. Todos estos importes fueron reclamados por el Estado español a los encausados. El FIDAC también ha adelantado el importe de una parte de las indemnizaciones a algunos perjudicados.

[13] El Tribunal Supremo indica que el artículo 984.3 LECr. No es contradictorio con el artículo 38.2 del Reglamento CE 44/2001 (vigente al tiempo del siniestro), que atribuye la ejecución en el Reino Unido, a instancia de la parte interesada, pues es una norma específica del proceso penal, según la cual es este el que debe realizar la ejecución, directamente, sin ceder su ejercicio a los perjudicados. Refuerza su argumento con los artículos 16 y 17 de la Directiva 2012/29 UE, cuyos artículos 16 y 17 señalan las prevenciones en orden a la ejecución y al derecho a las indemnizaciones.

[14] No se ha tenido acceso a las resoluciones judiciales todavía. La noticia puede consultarse, por ejemplo, en la agencia de noticia Europa Press: https://bit.ly/2P92QC3.

[15] *Vid The London Steam-Ship Owners' Mutual Insurance Association Ltd v The Kingdom of Spain & The French State [2013] EWHC 3188 (Comm) (22 October 2013).*

[16] *Vid* Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Gran Sala), de 10 de febrero de 2009, asunto C-185/07, entre *Allianz Spa y Generali Assicurazioni Generali SpA v. West Tankers Inc.* Conocida como la sentencia «West Tankers».

1.7. Concursal Civil

Decisiones de los tribunales sobre aspectos controvertidos en la exoneración del pasivo insatisfecho establecido en el artículo 178 *bis* de la Ley Concursal

Judicial interpretations of some controversial issues regarding the discharge of debts for individuals established in article 178 bis of the Spanish Insolvency Act

por

LAURA GURREA MARTÍNEZ

Abogada y economista

Doctoranda del Programa de Derecho y Economía de CEU Escuela Internacional de Doctorado

RESUMEN: El presente artículo analiza, a través de las soluciones propuestas por los tribunales, la respuesta a las diversas controversias surgidas desde la introducción en nuestro ordenamiento jurídico de lo que se ha denominado «segunda oportunidad» o *fresh start*. Esta nueva normativa posibilita al deudor persona física sobreendeudada, siempre que se cumplan una serie de requisitos, la condonación de su deuda, permitiéndole encauzar nuevamente su vida sin tener que soportar el lastre de la misma durante toda su existencia.

A pesar de que esta normativa se desarrolló más ampliamente a través del RDL 1/2015, de 27 de febrero, convalidado por la Ley 25/2015, de 28 de julio, la aplicación práctica de la misma continúa dando problemas de interpretación que los tribunales están tratando de solventar.

ABSTRACT: This article analyses, based on the solutions adopted by courts, some controversial issues of the discharge of debts existing for individuals under Spanish Insolvency Law. Under the Spanish Insolvency Act, an individual may enjoy the benefits of the discharge of debt during an insolvency proceeding provided that certain requirements are met. This debt forgiveness allows individual debtors to emerge from bankruptcy without carrying pre-existing debts. Therefore, individual debtors in bankruptcy will be allowed to have a second chance after the end of the insolvency proceeding.

Despite the fact that the discharge of debts for individuals was introduced in the Spanish Insolvency Act in 2015, its application involves many practical issues that courts have been trying to solve in the past years.

PALABRAS CLAVE: Exoneración del pasivo insatisfecho. Segunda oportunidad. Exoneración del crédito público. Concurso de persona física. Condonación de deudas.

KEY WORDS: Discharge of debt. Second chance. Fresh start. Discharge of public claims. Personal insolvency. Debt forgiveness.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II EL PROCEDIMIENTO DE EXONERACIÓN: 1. El concepto de deudor de buena fe: *A) Requisitos generales. B) Requisito alternativo:* a) Modelo de exoneración definitiva o automática. b) Modelo de exoneración provisional o diferida. 2. Solicitud, oposición, aprobación y extensión de la exoneración. 3. Revocación.—III. SOLUCIONES JUDICIALES SOBRE ALGUNOS ASPECTOS CONTROVERTIDOS EN LA EXONERACIÓN DE DEUDAS: 1. El «intento» de acuerdo extrajudicial de pagos y la no aceptación de mediador concursal. 2. La exoneración del crédito público. 3. La posibilidad de exoneración existiendo bienes y/o derechos del concursado: *A) La existencia de salario. B) La existencia de un plan de pensiones. C) La existencia de otros bienes carentes de valor.*—IV. CONCLUSIONES.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS. —VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

A través de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, se introdujo por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico el régimen del *fresh start* o segunda oportunidad que permitió al deudor persona natural la exoneración de su deuda siempre que, siendo empresario y dentro de un procedimiento concursal, se cumplieran ciertos requisitos. En concreto, se establecían tres: (i) que el concurso concluyera por liquidación del patrimonio o insuficiencia de masa activa; (ii) que el concurso no hubiera sido declarado culpable ni el deudor condenado por un delito del artículo 260 del Código Penal; y (iii) que se hubieran satisfecho la totalidad de los créditos contra la masa y privilegiados, en el caso de haber intentado un acuerdo extrajudicial de pagos o, en caso contrario, haber satisfecho —además de los anteriores créditos— el 25 por ciento de los créditos ordinarios.

Esta primera normativa fue modificada a través del Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social, tramitándose, posteriormente, como Ley 25/2015 de 28 de julio. Esta Ley amplió el beneficio de exoneración a las personas naturales no comerciantes y estableció el actual sistema de segunda oportunidad.

De acuerdo con la Exposición de Motivos[1], el objetivo no es otro que «una persona física, a pesar de un fracaso económico empresarial o personal, tenga la posibilidad de encarrilar nuevamente su vida e incluso de arriesgarse a nuevas iniciativas, sin tener que arrastrar indefinidamente una losa de deuda que nunca podrá satisfacer». La misma se encuadra como un mecanismo desincentivador de la economía sumergida y favorecedor de la cultura empresarial al permitir la exoneración de parte de la deuda no satisfecha al deudor de buena fe que ha liquidado la totalidad de su patrimonio en beneficio de sus acreedores, al tiempo que establece un sistema que permite la revocación de este beneficio en el caso de que el deudor viniera a mejor fortuna en un plazo determinado.

II. EL PROCEDIMIENTO DE EXONERACIÓN

El artículo 178 *bis* de la Ley Concursal es el que delimita los requisitos exigidos para lograr el beneficio de la exoneración. Estos requisitos se pueden enumerar en tres: (i) que el concursado sea persona natural (ya sea empresario[2] o consumidor); (ii) que haya concluido —o solicitado la conclusión— por insuficiencia de masa o por finalización de la liquidación; y (iii) que se trate de un deudor de buena fe.

Respecto al concepto de qué se entiende por deudor de buena fe, la Ley Concursal es clara al establecer que será aquel que cumpla —a su vez— tres requisitos, de los cuales dos son genéricos y el tercero es alternativo entre dos opciones, lo que ha supuesto el desarrollo de dos modelos diferenciados.

1. El concepto de deudor de buena fe[3]

A) Requisitos generales

Los requisitos generales[4] que debe cumplir todo deudor persona física, independientemente a la alternativa de exoneración que se acoja, para ser considerado de buena fe, son los siguientes:

1.º Que el concurso no haya sido declarado culpable. No obstante, se permite conceder el beneficio si, en el caso de haber sido declarado culpable por aplicación del artículo 165.1.1.º LC (incumplimiento del deber de solicitar concurso), atendiendo a las circunstancias, no se apreciara dolo o culpa grave del deudor[5].

2.º Que el deudor no haya sido condenado en sentencia firme por delitos contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores en los 10 años anteriores a la declaración de concurso. Asimismo, si existiera un procedimiento penal pendiente, el juez del concurso debe suspender su decisión respecto a la exoneración solicitada hasta que exista sentencia penal firme[6].

B) Requisito alternativo

Como se ha expuesto anteriormente, además de los requisitos anteriores, se debe optar por una de las siguientes alternativas. Por un lado, estaría la exoneración definitiva o automática (en la que habría que cumplir los requisitos del artículo 178 *bis*.3.4.º LC); y, por otro, la exoneración provisional o diferida (aquella en la que el deudor debe someterse a un plan de pagos y que viene regulada en el apartado 5.º del mismo precepto)[7]. A continuación, se exponen las condiciones de ambas modalidades:

a) Modelo de exoneración definitiva o automática

La exoneración definitiva también se ha denominado «modalidad A» o con umbral de pasivo mínimo. Esta modalidad engloba a los deudores más solventes que finalizan su concurso por liquidación del patrimonio —excluyendo la

insuficiencia—. Las condiciones que debe cumplir un deudor para conseguir el beneficio de exoneración por esta vía es satisfacer todos los créditos contra la masa y los privilegiados —generales o especiales—. No obstante, si previamente no se ha intentado un acuerdo extrajudicial de pagos, además, deberá satisfacer el 25% de los créditos ordinarios, exonerándosele de manera automática el resto de los créditos pendientes.

b) Modelo de exoneración provisional o diferida

Este tipo de exoneración también se le denomina «modalidad B» o de sometimiento a un plan de pagos. En este caso, no se necesita haber satisfecho una cuantía mínima del pasivo, es decir, a este tipo de exoneración podrían acudir tanto aquellos que tengan que concluir el concurso por insuficiencia de masa, como los que no puedan satisfacer con el producto de la liquidación los créditos contra la masa y los privilegiados o, en el caso de que no hayan intentado un acuerdo extrajudicial de pagos, también el 25% adicional de créditos ordinarios. Por tanto, la exoneración se extendería a todos los créditos ordinarios —salvo que no se hubiese intentado acuerdo, afectando, en este caso, al 75% de los ordinarios— y a los créditos subordinados.

Para acceder a esta modalidad, la Ley exige al deudor que cumpla unos requisitos adicionales: i) que acepte someterse a un plan de pagos; (ii) que no haya incumplido las obligaciones de colaboración establecidas en el artículo 42 de la Ley Concursal; iii) que no haya obtenido este beneficio dentro de los diez últimos años; iv) que no haya rechazado dentro de los cuatro años anteriores a la declaración de concurso una oferta de empleo adecuada a su capacidad; y v) que acepte de forma expresa, en la solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho, que la obtención de este beneficio se hará constar en la sección especial del Registro Público Concursal por un plazo de cinco años[8].

La ley establece que el deudor deberá presentar una propuesta de plan de pagos que, oídas previamente las partes por plazo de 10 días, será aprobada por el juez en los términos en que hubiera sido presentada o con las modificaciones que estime oportunas.

Se ha cuestionado si para la solicitud de exoneración bastaría solo con manifestar la aceptación de someterse a un plan de pagos, así como en qué momento se debe presentar. En este sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Secc. 15.ª), de 29 de junio de 2018, concluye que sería suficiente manifestar el compromiso a someterse a un plan de pagos. Por otra parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Secc. 9.ª), de 16 de octubre de 2018, manifiesta que la proposición del plan, su contradicción y aprobación debe ser posterior a la solicitud de exoneración, pero anterior a la sentencia que la resuelva. En este sentido, no exige que el plan se proponga con la solicitud, pero sí que se haga durante la tramitación del expediente y con anterioridad a la resolución, para que esta pueda evaluar la buena fe del deudor atendiendo a la valoración del plan (cita esta resolución como ejemplo de exigencia de tramitación coetánea las SSAP de Baleares —Secc. 5.ª— de 21 de septiembre de 2016 y la de Madrid —Secc. 28.ª— de 2 de enero de 2018). No obstante, existen autores[9] que entienden que la propuesta de plan de pagos debe presentarse en los diez días siguientes al auto que haya decretado la exoneración provisional.

Respecto al alcance de los créditos exonerados en esta modalidad, se extiende a los créditos ordinarios y subordinados pendientes a la fecha de conclusión del

concurso (incluyendo los no comunicados), exceptuando los de derecho público —posteriormente se hará mención especial a su alcance— y por alimentos. Asimismo, en cuanto a los créditos con privilegio especial, se exonerará la parte de los mismos que no haya podido satisfacerse con la ejecución de la garantía (salvo que el sobrante tuviera otra clasificación diferente a la de crédito ordinario o subordinado).

Las deudas no exoneradas, no pueden generar intereses y deben ser satisfechas por el concursado dentro de los cinco años siguientes a la conclusión del concurso, salvo que tuvieran un vencimiento posterior.

Aunque, en principio, el cumplimiento del plan de pagos es obligatorio, la normativa permite, atendiendo a las circunstancias del caso y previa audiencia de los acreedores, declarar la exoneración sin haber cumplido íntegramente con el mismo, siempre que el deudor hubiese destinado a su cumplimiento, al menos, la mitad de los ingresos percibidos durante el plazo de cinco años desde la concesión provisional del beneficio que no tuviesen la consideración de inembargables, o la cuarta parte de dichos ingresos cuando concurriesen en el deudor las circunstancias previstas en el artículo 3.1, letras a) y b), del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, respecto a los ingresos de la unidad familiar y circunstancias familiares de especial vulnerabilidad.

2. Solicitud, oposición, aprobación y extensión de la exoneración

Respecto al momento en el cual el deudor debe solicitar la exoneración del pasivo insatisfecho, la Ley es clara al establecer que la debe instar el deudor ante el juez del concurso dentro del plazo de audiencia concedido a las partes para que formulen oposición a la conclusión del procedimiento concursal.

Una vez presentada la misma, el letrado de la Administración de Justicia debe dar traslado a la Administración concursal y a los acreedores personados por un plazo de cinco días para que aleguen lo que consideren oportuno respecto a la exoneración. En el caso de que mostrasen conformidad o no se opusieran, se concederá, con carácter provisional el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho por el juez del concurso. En caso de oposición (que solo podrá fundarse en la inobservancia de alguno o algunos de los requisitos del apartado 3 del art. 178 *bis* LC), no podrá dictarse auto de conclusión del concurso hasta que gane firmeza la resolución que recaiga en el incidente reconociendo o denegando el beneficio.

Mientras que la exoneración no se extiende a los derechos que tengan los acreedores frente a los obligados solidariamente con el concursado —fiadores o avalistas—, sí lo hace al cónyuge que tuviere un régimen económico matrimonial de gananciales u otro de comunidad y no se hubiese procedido a la liquidación de dicho régimen.

3. Revocación

Finalmente, una vez que el juez resuelve favorablemente sobre la exoneración, si se dan ciertos supuestos, esta podría ser revocada.

Se puede solicitar la revocación (a través del trámite de juicio verbal establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil) durante los cinco años siguientes a la

concesión de exoneración, siempre que se constatase la existencia de ingresos, bienes o derechos del deudor ocultados (a excepción de los inembargables[10]).

También podrá solicitarse la revocación si durante el plazo fijado para el cumplimiento del plan de pagos el deudor:

a) Incurriese en alguna de las circunstancias del artículo 178 *bis*.3 de la Ley Concursal que habría impedido la concesión de exoneración.
b) Incumpliese la obligación de pago de las deudas no exoneradas conforme a lo dispuesto en el plan de pagos.
c) O mejorase sustancialmente su situación económica por causa de herencia, legado o donación, o juego de suerte, envite o azar; de manera que pudiera pagar todas las deudas pendientes sin detrimento de sus obligaciones de alimentos.

Si el juez acordara la revocación, los acreedores están facultados para ejercitar acciones frente al deudor, a fin de hacer efectivos la parte no satisfecha de sus créditos.

Una vez transcurrido el plazo fijado para el cumplimiento del plan de pagos sin haberse revocado, el juez del concurso, a petición del deudor concursado, dictará auto reconociendo con carácter definitivo la exoneración del pasivo insatisfecho.

III. SOLUCIONES JUDICIALES SOBRE ALGUNOS ASPECTOS CONTROVERTIDOS EN LA EXONERACIÓN DE DEUDAS

Muchas son las dudas generadas en torno a la interpretación y aplicación de algunos preceptos de la Ley de mecanismo de segunda oportunidad, lo que está generando una cantidad de litigios que están llegando ahora —dado el escaso periodo de aplicación de la norma— a manos del Tribunal Supremo.

A continuación, se exponen algunas de estas controversias y cómo los tribunales están resolviendo en estos casos.

1. El «intento» de acuerdo extrajudicial de pagos y la no aceptación de mediador concursal

Como se ha comentado anteriormente, una de las alternativas para conseguir la exoneración de todos los créditos subordinados y ordinarios de forma automática —solo teniendo que pagar los créditos contra la masa y privilegiados— exige que el deudor haya intentado previamente a la solicitud de concurso un acuerdo extrajudicial de pagos.

La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en sentencia de 13 de marzo de 2019 se ha pronunciado sobre qué se entiende por haber intentado un acuerdo extrajudicial de pagos. En este caso, el deudor proponía una quita del 100% de los créditos, ¿podría decirse que se ha intentado alcanzar un acuerdo? En este sentido, se muestra conforme el Alto Tribunal con los argumentos esgrimidos por el órgano jurisdiccional *a quo* (SAP de La Rioja —Secc. 1.ª—, de 29 de julio de 2016), que establecía la necesidad de una propuesta real, en la que se ofrezca a los acreedores ordinarios algo más que la condonación total de sus créditos, al margen de que no fuera aceptada por ellos. Y ello con el argumento

de que, con esta Ley, lo que se pretende es incentivar la aceptación de acuerdos extrajudiciales de pago, presionando, en cierta forma, a los acreedores, bajo la premisa que, de no alcanzar un acuerdo, podrían perder su derecho de cobro si el deudor satisfaciera la totalidad de los créditos contra la masa y privilegiados. Por tanto, la sentencia concluye que, para que sea válido el requisito de intento de acuerdo extrajudicial, no sirve con un mero planteamiento formal, sino que debe acreditarse que este acuerdo se ha basado en negociaciones serias, tendentes a alcanzar el mismo.

Por otro lado, también han resultado problemáticos los casos de no aceptación, renuncia o dimisión del mediador concursal.

El Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Secc. 15.ª), de 31 de enero de 2019, resuelve sobre la inadmisión de un concurso consecutivo al no haber aceptación de mediador concursal. En este sentido, argumenta que esta carencia de trámite extrajudicial por no existir aceptación de mediador no puede determinar la inadmisión del concurso consecutivo por no ser causa imputable al deudor. Asimismo, la misma Sección de dicho Tribunal, en auto de 27 de diciembre de 2018, estableció que este concurso consecutivo lo podía instar el propio deudor.

Con diferente criterio respecto al tipo de concurso, ha resuelto la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Cádiz (autos de 14 de febrero y 18 de junio de 2018 y, 11 de febrero de 2019), que considera que si no se ha aceptado por el mediador no cabe entender que se haya cumplido con el trámite o circunstancia específica para estimar la existencia o procedencia del concurso consecutivo, por tanto, procedería presentar o solicitar un concurso voluntario, sin perjuicio de que se considerará intentado el acuerdo extrajudicial de pagos a los efectos del requisito previsto en el artículo 178 *bis*.3.3.º de la Ley Concursal.

Por último, traemos a colación la tesis sostenida por el auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 4 de Madrid, de 31 de julio de 2015, que entiende que la presentación de una propuesta de convenio, antes de que estuviera vigente la posibilidad de un acuerdo extrajudicial de pagos, sería equivalente al intento de presentación del acuerdo[11].

2. La exoneración del crédito público

Son numerosas las sentencias que se han pronunciado recientemente sobre la posibilidad de exoneración de crédito público en el modelo provisional o diferido.

Las controversias han surgido por una de las limitaciones de exoneración que establece el artículo 178 *bis*.5 LC, en concreto en su apartado 1.º, cuando dispone que el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho concedido a los deudores del número 5.º del apartado 3 se extenderá a la parte insatisfecha de los créditos ordinarios y subordinados pendientes a la fecha de conclusión del concurso —incluso los no comunicados— a excepción de los créditos de derecho público y por alimentos. Por este motivo, se entendía que el crédito público estaba excluido del plan de pagos y debía satisfacerse en su totalidad si se accedía a la exoneración por esta vía[12].

Una de las sentencias pioneras en pronunciarse sobre la posibilidad de exoneración del crédito público y su inclusión en el plan de pagos fue la supra citada de la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, de 21 de septiembre de 2016. La misma justifica, basándose en el objetivo perseguido por la Ley 25/2015 en su Exposición de Motivos, que no es lógico que, para que los que cumplen el primer sistema de exoneración (definitiva, «modelo A» o con

umbral mínimo), esté prevista la exoneración de todo el pasivo —incluyendo el público— y, sin embargo, para los que tienen menor capacidad de pago (los del apartado 5.º que no pueden satisfacer el umbral mínimo), tengan que someterse a un plan de pagos que excluya el crédito público.

También la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Secc. 15.ª), de 19 de julio de 2018, se ha pronunciado en el mismo sentido. Entiende que el plan de pagos debe incluir todas las deudas que no queden exoneradas, incluyendo las de créditos de derecho público, pues, de lo contrario, difícilmente se podría valorar la conveniencia de un plan de pagos que no contemplara todas las deudas a satisfacer por el concursado. Ahora bien, establece que, una vez aprobado el plan de pagos, deberá tramitarse el aplazamiento o fraccionamiento de los créditos públicos que se incorporen en la propuesta, ajustándose a lo establecido en la normativa concursal respecto a que tiene que ser satisfechas por el concursado dentro de los cinco años siguientes a la conclusión del concurso salvo que tuvieran un vencimiento posterior, ante el organismo público correspondiente. Por otro lado, también establece que la solicitud del beneficio o de la aprobación del plan de pagos puede ser simultánea a la solicitud de aplazamiento o fraccionamiento de los créditos públicos que se incorporen a la propuesta de plan de pagos. En definitiva, concluye que el aplazamiento y fraccionamiento de créditos públicos forma parte del plan de pagos previsto en el artículo 178 *bis*.6 de la Ley Concursal, ajustándose a los criterios establecidos en el mismo. No obstante, cabe su tramitación y resolución ante el organismo correspondiente, con carácter posterior a la incorporación de los créditos públicos al plan de pagos.

La Sala Primera del Tribunal Supremo ha clarificado estas cuestiones en su reciente sentencia de 2 de julio de 2019. Por un lado, determina el alcance de la exoneración de créditos públicos de la vía alternativa del ordinal 5.º (alternativa provisional). En este sentido, entiende que la exoneración plena de los cinco años está supeditada, al igual que en el supuesto de la exoneración inmediata (alternativa del ordinal 4.º), al pago de los créditos contra la masa y con privilegio general, si bien, en este caso, debe de estar afecta a un plan de pagos que permita un aplazamiento y fraccionamiento a lo largo de cinco años. Así, basándose en la finalidad que guía la norma (plena exoneración de deudas), entiende que la exoneración también alcanza a todos los créditos ajenos al plan de pagos. Además, añade que, en los casos en que se advirtiera imposible el cumplimiento de este reembolso parcial, «*el juez podría reducirlo para acomodarlo de forma parcial a lo que objetivamente podría satisfacer el deudor durante ese plazo legal de cinco años, en atención a los activos y la renta embargable o disponible del deudor, y siempre respetando el interés equitativo de estos acreedores (contra la masa y con privilegio general), en atención a las normas concursales de preferencia entre ellos*». En definitiva, el plan de pagos únicamente debe contener todos los créditos contra la masa y privilegiados generales, si bien, el juez podría reducirlo atendiendo a la capacidad económica del deudor.

Por otro lado, esta sentencia también esclarece lo relativo al apartado 6 del artículo 178 *bis*, que establece que la tramitación de las solicitudes de aplazamiento o fraccionamiento de créditos públicos se debe regir por lo dispuesto en su normativa específica. En este sentido, expone que la norma contiene una contradicción al prever, por un lado, la aprobación judicial de un plan de pagos para asegurar que se satisfagan los créditos contra la masa y privilegiados en cinco años y, por otro lado, remitirse a los mecanismos administrativos para la concesión por el acreedor público del fraccionamiento y aplazamiento de pago de sus créditos. Así, declara que «*aprobado judicialmente el plan de pagos, no es*

posible dejar su eficacia a una posterior ratificación de uno de los acreedores, en este caso el acreedor público. Aquellos mecanismos administrativos para la condonación y aplazamiento de pago carecen de sentido en una situación concursal. Esta contradicción hace prácticamente ineficaz la consecución de la finalidad perseguida por el artículo 178 bis LC (que pueda alcanzarse en algún caso la exoneración plena de la deuda), por lo que, bajo una interpretación teleológica, ha de subsumirse la protección perseguida del crédito público en la aprobación judicial. El juez, previamente, debe oír a las partes personadas (también al acreedor público) sobre las objeciones que presenta el plan de pagos, y atender solo a aquellas razones objetivas que justifiquen la desaprobación del plan». Por tanto, una vez aprobado el plan de pagos judicialmente, el acreedor público no podría modificar las condiciones contenidas en el mismo, teniendo que aceptar, en cualquier caso, lo acordado por el juez del concurso.

3. La posibilidad de exoneración existiendo bienes y/o derechos del concursado

A continuación, se exponen algunos supuestos en los que se ha permitido la exoneración del pasivo insatisfecho existiendo bienes y derechos titularidad del concursado.

A) La existencia de salario

La Audiencia Provincial de Barcelona (Secc. 15.ª) ha resuelto en sentencia de 5 de abril de 2018, sobre la procedencia de la exoneración por la vía de la exoneración definitiva cuando el deudor percibe un salario. En este sentido, indica que el hecho de que el deudor perciba un salario, no puede impedir la conclusión del concurso por finalización de la liquidación de su patrimonio una vez satisfecho todos los créditos contra la masa y privilegiados. Así, razona que, si no se concluyera el mismo exonerando al deudor de la deuda pendiente, el esfuerzo que se le exigiría manteniendo el embargo del salario durante toda la vida, sería desproporcionado con el exiguo beneficio que obtendrían los acreedores, que es lo que quiere evitar el precepto.

B) La existencia de un plan de pensiones

El artículo 8.8.º del Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones establece que «*los derechos consolidados del partícipe en un plan de pensiones no podrán ser objeto de embargo, traba judicial o administrativa, hasta el momento en que se cause el derecho a la prestación o en que sean disponibles en los supuestos de enfermedad grave o desempleo de larga duración o por corresponder a aportaciones realizadas con al menos diez años de antigüedad*». Por tanto, ¿sería posible concluir el concurso y obtener la exoneración existiendo un plan de pensiones? Sobre esta cuestión se ha pronunciado la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Secc. 15.ª) de 21 de septiembre de 2016. Se analizaba el caso de un deudor próximo a la jubilación, resolviendo que, si bien el plan de pensiones no puede embargarse como tal, estando próxima la jubilación del concursado, lo lógico es demorar la conclusión del concurso —rechazando la

exoneración en ese momento— hasta que se liquiden esos derechos que sí son embargables y realizables.

C) La existencia de otros bienes carentes de valor

La sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia (Secc. 4.ª) de 10 de enero de 2019, resuelve sobre la solicitud de exoneración de pasivo insatisfecho realizada por dos deudores cuyo concurso concluía por insuficiencia de masa activa. Una de las causas por la que se opusieron los acreedores fue porque no se había liquidado la totalidad del patrimonio de los concursados. Este motivo fue desestimado por el Tribunal razonando que el hecho de que existan activos pendientes de liquidar (fincas con gravamen hipotecario pendientes de adjudicación, participaciones de una sociedad limitada sin actividad y con fondos propios negativos o los derechos consolidados de dos fondos de pensiones), no es óbice para denegar el beneficio de exoneración puesto que la misma se ha solicitado por insuficiencia para atender los créditos contra la masa que es uno de los supuestos, junto a la liquidación, que la Ley contempla para habilitar la solicitud de exoneración.

IV. CONCLUSIONES

De lo expuesto en los apartados anteriores podemos extraer las siguientes conclusiones:

I. Es necesaria una modificación de la normativa que clarifique las diversas controversias que están encontrando los tribunales en la aplicación práctica del artículo 178 *bis* de la Ley Concursal. En otro caso, dado el escaso tiempo de aplicación de la referida norma, tendremos que esperar a que la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo cree jurisprudencia sobre la misma, puesto que ahora están comenzando a resolverse los primeros recursos, sin que haya aún más de una resolución en el mismo sentido.

II. Para que exista exoneración se deben cumplir tres requisitos: (i) que el concursado sea persona natural, (ii) que el concurso concluya por finalización de la liquidación o por insuficiencia de masa activa; y (iii) que se trate de un deudor de buena fe.

III. A su vez, para que un deudor sea considerado de buena fe se exige: (i) que el concurso no sea calificado culpable; (ii) que el deudor no haya sido condenado en sentencia firme por delitos contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores en los 10 años anteriores a la declaración de concurso y, (iii) que se cumpla alguna de esta de estas dos condiciones: a) si se hubiera intentado un acuerdo extrajudicial de pagos, se debe satisfacer en su integridad los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados y, si no, además de los anteriores, se deberá satisfacer, al menos, el 25 por ciento del importe de los créditos concursales ordinarios (exoneración automática o definitiva); o b) acepte someterse a un plan de pagos (exoneración diferida o provisional).

IV. Respecto a la exoneración del crédito público cabe extraer dos conclusiones de acuerdo con la única sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo

que hay sobre esta materia. La primera, sobre el alcance de los créditos que debe incluir el plan de pagos al que se tienen que someter los deudores que opten por la exoneración provisional. En este sentido, nuestro Alto Tribunal manifiesta que, el plan de pagos (fraccionado hasta cinco años) únicamente incluirá los créditos contra la masa y privilegiados (incluyendo los públicos), si bien, la cuantía de los mismos puede ser susceptible de rebaja por el juez atendiendo a la capacidad económica del deudor. En segundo lugar, establece que es el Juzgado de lo Mercantil quien decidirá, oídas las partes, sobre el fraccionamiento y aplazamiento de los créditos públicos, es decir, una vez aprobado el plan, su eficacia es plena, no quedando supeditado a una posterior ratificación de los acreedores públicos.

V. Finalmente, se ha expuesto la posibilidad de la exoneración de deuda sin haber liquidado la totalidad del patrimonio del deudor (existencia de salario, plan de pensiones y otros bienes carentes de valor), concluyéndose que sería exonerable la deuda en los supuestos analizados, si bien, en el caso del plan de pensiones, dependerá de la disponibilidad del mismo en el momento de la solicitud.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES

1. Sala de lo Civil del Tribunal Supremo

- STS de 2 de julio de 2019
- STS de 13 de marzo de 2019

2. Audiencias provinciales

- AAP de Barcelona de 31 de enero de 2019
- SAP de Murcia de 10 de enero de 2019
- AAP de Barcelona de 27 de diciembre de 2018
- SAP de Valencia de 16 de octubre de 2018
- SAP de Barcelona de 19 de julio de 2018
- SAP de Barcelona de 29 de junio de 2018
- SAP de Barcelona de 20 de junio de 2018
- AAP de Cádiz de 18 de junio de 2018
- SAP de Barcelona de 5 de abril de 2018
- AAP de Cádiz de 14 de febrero de 2018
- SAP de Madrid de 2 de enero de 2018
- SAP de Baleares, Sede Palma de Mallorca de 21 de septiembre de 2016
- SAP de Barcelona de 21 de septiembre de 2016
- SAP de La Rioja, Sede Logroño de 19 de julio de 2016

3. Juzgados

- SJM núm. 3 de Madrid de 14 de enero de 2019
- SJM de Córdoba de 2 de enero de 2019
- SJM núm. 7 de Barcelona de 31 de enero de 2018
- SJM núm. 1 de Murcia de 10 de marzo de 2016

VI. BIBLIOGRAFÍA

CAMPUZANO LAGUILLO, A.B. (2019). Concurso de acreedores consecutivo a un expediente de acuerdo extrajudicial de pagos, disponible en https://dictumabogados.com/nvntia-las-noticias-de-dictum/concurso-de-acreedores-consecutivo-a-un-expediente-de-acuerdo-extrajudicial-de-pagos/20404/

CUENA CASAS, M. (2016). La exoneración del pasivo insatisfecho. En: Prats Albentosa, L. (coord.), *Comentarios a la Ley de Segunda Oportunidad*. Pamplona: Aranzadi, 65-162.

— (2014). Le Ley de emprendedores y exoneración de deudas o *fresh start*. *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 31, 123-159.

FERNÁNDEZ SEIJÓ, J.M. (2015). *La reestructuración de las deudas en la ley de segunda oportunidad*. Barcelona: Bosh.

— (2017). La reestructuración de las deudas en la ley de segunda oportunidad. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 760, 1127-1131.

HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M.M. (2015). *La segunda oportunidad: La superación de la crisis de insolvencia.*

JIMÉNEZ PARÍS, T.A. (2015). El régimen de segunda oportunidad introducido por el Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 750, 2365-2384.

LÓPEZ SENOVILLA, A. (2017). Crédito público y segunda oportunidad. *Revista Consumo y Empresa*, núm. 4.

NIÑO ESTÉBANEZ, R. (2018). La segunda oportunidad económica para las personas físicas: una aproximación crítica a sus aspectos más controvertidos. *Revista jurídica sobre consumidores y usuarios*, núm. 2, 20-34.

PINAZO PETIT, M. (2019). La segunda oportunidad y la exoneración de la deuda pública, disponible en https://dictumabogados.com/e-dictum-publicaciones-derecho-mercantil/la-segunda-oportunidad-y-la-exoneracion-de-la-deuda-publica/20250/

PUELLES VALENCIA, J.M. (2019). *Guía práctica de la segunda oportunidad de las personas físicas*. Madrid: Sepin.

PULGAR EZQUERRA, J. (2015). Refinanciación de deuda, emprendedores y segunda oportunidad. *Diario la Ley*, núm. 8141, 1-20.

VIVERO PORRAS, C. (2019). *Ley de segunda oportunidad. Dejar atrás las deudas para volver a empezar*. Madrid: Ley 57.

NOTAS

[1] No termina el legislador de abandonar el acompañar las leyes con Exposiciones de Motivos, cuando deberían ser Preámbulos, pues la Exposición de Motivos es la que precede a los textos prelegislativos y no a las leyes.

[2] De acuerdo con la Ley Concursal (art. 231.1) se considera empresario a efectos de lo regulado en la misma, no solo a aquellas personas físicas que tuvieran tal condición respecto a la legislación mercantil, sino también a aquellos que ejerzan actividades profesionales o tengan esa consideración a efectos de la normativa de la Seguridad Social, así como los trabajadores autónomos.

[3] La sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Murcia, de 10 de marzo de 2016, determina que la condición de deudor de buena fe no es una facultad discrecional del juez, sino que es una presunción *iuris tantum* condicionada al cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 178 *bis*.3 LC.

[4] No se ha tenido en cuenta el requisito del artículo 178 *bis*.3.3.º LC (haber celebrado o, al menos, intentado un acuerdo extrajudicial de pagos) por carecer de sentido respecto al apartado siguiente. En este sentido, este apartado 4.º de este precepto permite también el beneficio de exoneración a aquellas personas físicas que no han intentado alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos.

[5] Como ha comentado la doctrina, es difícil que se puede dar este supuesto ya que, para que un concurso se califique culpable, es necesario que concurra dolo o culpa grave del deudor, v*id*. CUENA CASAS, M. (2016). La exoneración del pasivo insatisfecho. En: Prats Albentosa, L. (coord.), *Comentarios a la Ley de Segunda Oportunidad*. Pamplona: Aranzadi, 96. Parece que la única posibilidad que existe para poder aplicarse sería en el caso de una persona física incapaz, cuando la conducta hubiere sido realizada por su representante legal.

[6] Lo que, en algunos casos, podría tardar años.

[7] Entre otras resoluciones, la sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Secc. 5.ª), de 21 de septiembre de 2016, define estas dos modalidades independientes de exoneración, distinguiendo entre definitiva y provisional.

[8] Como expresa el precepto, únicamente tendrán acceso a esta sección del Registro Público Concursal las personas que tengan interés legítimo en averiguar la situación del deudor, entendiéndose en todo caso que tienen interés quienes realicen una oferta en firme al deudor ya sea de crédito o de cualquier otra entrega de bienes o prestación de servicios, que tenga que ser remunerada o devuelta por este y que esté condicionada a su solvencia, así como las Administraciones Públicas y órganos jurisdiccionales habilitados legalmente para recabar la información necesaria para el ejercicio de sus funciones. La apreciación de dicho interés se realizará por quién esté a cargo del Registro Público Concursal.

[9] *Vid*. CUENA CASAS, M. (2016). La exoneración del pasivo insatisfecho. En: *ob. cit*. 114 y 115. En el mismo sentido, FERNÁNDEZ SEIJÓ, J.M. (2015). *La reestructuración de las deudas en la ley de segunda oportunidad*. Barcelona: Bosh, 264.

[10] A los efectos de este artículo, se entiende por ingresos inembargables los establecidos en el artículo 1 del Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa.

[11] De la misma forma se convino en las conclusiones del seminario de segunda oportunidad del Consejo General del Poder Judicial celebrado en Madrid, del 25 al 27 de enero de 2016.

[12] Tanto la doctrina como los tribunales se pronunciaban en la imposibilidad de exoneración del crédito público si se optaba por la alternativa de sometimiento al plan de pagos. *Vid*. CUENA CASAS, M. (2016). La exoneración del pasivo insatisfecho. En: *ob. cit*. 126-128. Y entre las resoluciones judiciales, *ad exemplum*, la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Madrid de 14 de enero de 2019.

2. DERECHO MERCANTIL
DERECHO DE CONTRATOS

La fecha de devengo del pago de intereses en la nulidad de la cláusula de gastos hipotecarios

The accrual date of the payment of interest in the nullity of the spending clause

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.
Profesor de Derecho civil y Abogado

RESUMEN: La sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2018, razona que el efecto restitutorio derivado del artículo 6.1 de la Directiva 93/13 no es directamente reconducible al artículo 1303 del Código civil cuando se trata de la cláusula de gastos, en tanto que no son abonos hechos por el consumidor al banco que este deba devolver (como intereses o comisiones), sino pagos hechos por el consumidor a terceros (notario, registrador de la propiedad, gestoría, tasador, etc.), en virtud de la imposición contenida en la cláusula abusiva. En consecuencia, para dar efectividad al tan mencionado artículo 6.1 de la Directiva, en lo que respecta a los intereses que han de devengar las cantidades que debe percibir el consumidor, resulta aplicable analógicamente el artículo 1896 del Código civil, puesto que la calificación de la cláusula como abusiva es equiparable a la mala fe del predisponente. Conforme a dicho precepto, cuando haya de restituirse una cantidad de dinero deberá abonarse el interés legal desde el momento en que se recibió el pago indebido —en este caso, se produjo el beneficio indebido.

ABSTRACT: The Judgment of the First Chamber of the Supreme Court of December 19, 2018, reasons that the restorative effect derived from art. 6.1 of Directive 93/13 is not directly applicable to art. 1303 CC when it comes to the clause of expenses, insofar as they are not payments made by the consumer to the bank that he must return (such as interest or commissions), but payments made by the consumer to third parties (notary, property registrar, agency, appraiser, etc.), by virtue of the imposition contained in the abusive Consequently, to give effect to the aforementioned art. 6.1 of the Directive, with regard to the interests that must accrue the amounts that the consumer must receive, it is applicable analogically the art. 1896 CC, since the qualification of the clause as abusive is comparable to the bad faith of the predisponent. According to that precept, when a quantity of money has to be reimbursed, the legal interest must be paid from the moment in which the undue payment was received —in this case, the undue benefit was produced.

PALABRAS CLAVE: Pago de intereses en la nulidad de la cláusula de gastos hipotecarios.

KEY WORDS: Payment of interest in the nullity of the spending clause.

SUMARIO: I. RESUMEN DE LOS HECHOS.—II. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO.—III. CONCLUSIÓN.—IV. BIBLIOGRAFÍA.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. RESUMEN DE LOS HECHOS

Según el FD 1.º de la sentencia 725/2018:

1. El 12 de septiembre de 2012, Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. (BBVA), como prestamista, y D. Lucas, como prestatario, suscribieron una escritura pública de préstamo con garantía hipotecaria, en la que se incluyó una cláusula que atribuía al prestatario el pago de todos los gastos generados por el contrato.

2. El Sr. Lucas presentó una demanda de juicio ordinario contra la entidad prestamista, en la que, en lo que ahora interesa, solicitó la nulidad de la mencionada cláusula y la restitución de las cantidades indebidamente abonadas como consecuencia de su aplicación. Tras la oposición de la parte demandada, la sentencia de primera instancia estimó en parte la demanda, declaró la nulidad de la cláusula y condenó a la entidad prestamista a abonar al prestatario diversas cantidades en concepto de gastos de tasación y gestoría, más sus intereses legales desde la fecha en que el consumidor hizo tales pagos.

3. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación formulado por el Banco, en el único particular de determinar que el interés que debían devengar las cantidades a abonar por el banco sería el del artículo 1108 del Código civil, desde la fecha de la reclamación extrajudicial.

En el caso de la sentencia 725/2018, la magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Oviedo dictó sentencia núm. 571/2017, de 2 de noviembre, con la siguiente parte dispositiva:

«Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales D. Javier FRAILE MENA, en nombre y representación de D. Lucas, frente a la entidad BBVA:

«1. Se declara la nulidad de la cláusula 5.ª, "gastos", y de la cláusula 6.ª bis a), "vencimiento anticipado del préstamo", contenidas en la escritura pública de préstamo con garantía hipotecaria de fecha 12 de septiembre de 2012».

«2. Se condena a la entidad demandada a abonar a la parte actora la cantidad de 2018,1 euros, correspondientes a gastos de Notaría, Registro de la Propiedad, tasación y gestoría abonados por el actor en aplicación de la cláusula 5.ª declarada nula, más los intereses legales desde la fecha de abono y hasta la presente sentencia y, desde la misma y hasta el completo pago, los intereses legales incrementados en dos puntos».

La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A.

La resolución de este recurso correspondió a la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Oviedo, que lo tramitó con el número de rollo 4/2018 y tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia en fecha 21 de marzo de 2018, cuya parte dispositiva dice:

«Estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto, revocamos parcialmente la sentencia del Juzgado de Primera Instancia en el particular extremo de determinar que la cantidad objeto de condena devengará el interés prevenido en el fundamento séptimo de la presente resolución, sin imposición de costas del recurso de apelación».

El motivo del recurso de casación por interés casacional fue:

«*Único.- Infracción del artículo 1303 del Código civil, en cuanto a los efectos derivados de la nulidad declarada, en este caso, por abusividad de condiciones generales de la contratación*».

II. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO

El efecto restitutorio derivado del artículo 6.1 de la Directiva 93/13 no es directamente reconducible al artículo 1303 del Código civil cuando se trata de la cláusula de gastos, en tanto que no son abonos hechos por el consumidor al banco que este deba devolver (como intereses o comisiones), sino pagos hechos por el consumidor a terceros (notario, registrador de la propiedad, gestoría, tasador, etc.), en virtud de la imposición contenida en la cláusula abusiva.

La sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2018 para establecer su doctrina jurisprudencial, parte del análisis de que una vez declarada la abusividad de la cláusula que atribuye exclusivamente al consumidor el abono de los gastos generados por el contrato de préstamo hipotecario y su subsiguiente nulidad (arts. 8.2 LCGC y 83 TRLGCU), hay que decidir cómo ha de distribuirse entre las partes el pago de tales gastos. Es decir, decretada la nulidad de la cláusula y su expulsión del contrato, habrá de actuarse como si nunca se hubiera incluido en el contrato, debiendo afrontar cada uno de los gastos discutidos la parte a cuyo cargo corresponde, según nuestro ordenamiento jurídico.

El efecto restitutorio derivado del artículo 6.1 de la Directiva 93/13 no es directamente reconducible al artículo 1303 del Código civil cuando se trata de la cláusula de gastos, en tanto que no son abonos hechos por el consumidor al banco que este deba devolver (como intereses o comisiones), sino pagos hechos por el consumidor a terceros (notario, registrador de la propiedad, gestoría, tasador, etc.), en virtud de la imposición contenida en la cláusula abusiva. No obstante, como el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 exige el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula, debe imponerse a la entidad prestamista el abono al consumidor de las cantidades, o parte de ellas, que le hubieran correspondido pagar de no haber mediado la estipulación abusiva.

Es decir, con acierto comienza el Tribunal Supremo desechando la aplicación del artículo 1303 del Código civil en el presente caso en el que han de analizarse los efectos restitutorios de una cláusula como la de gastos declarada abusiva, no porque no se aplicable con carácter general la referida consecuencia restitutoria de la nulidad prevista en el artículo 1303 sino porque en el caso particular no

procede su aplicación por el hecho de la limitación general de la restitución *inter partes* en la nulidad contractual.

Pero comencemos por lo general para acudir luego a lo particular, ¿resulta aplicable el régimen del artículo 1303 del Código civil a la nulidad predicable de la cláusula abusiva? En nuestra opinión, sí.

Coincidimos con MIQUEL GONZÁLEZ[1] que tanto en casos de nulidad de las condiciones generales *ex.* artículo 8.1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación como para los casos de la nulidad de la cláusula abusiva en el ámbito de la contratación con consumidores y usuarios, *ex.* artículo 8.2 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y del artículo 83 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, nos encontramos ante una nulidad relativa, al producirse la nulidad solo en perjuicio del adherente y que la nulidad de las cláusulas abusivas solo determina la nulidad parcial del contrato (art. 83TR-LGDCU).

Decantándose sin ambages por la aplicación del artículo 1303 del Código civil, CAÑIZARES LASO[2] para el caso de la cláusula suelo dice que declarada la nulidad de la cláusula «En efecto, consecuencia de la nulidad es la restitución de las prestaciones, de acuerdo con el artículo 1303 del Código civil. Así tras la declaración de nulidad lo que procede es la restitución recíproca de las prestaciones ejecutadas».

Sin embargo, no es menos cierto que en cierto sector doctrinal se ha mantenido la inaplicación del artículo 1303 del Código civil a la nulidad de la cláusula abusiva sobre la base de la distinción entre las categorías de ineficacia estructural e ineficacia funcional. Así, GARCÍA LOMAS[3] se pronuncia al respecto: «De esta forma, la "nulidad de pleno derecho" con que sanciona el artículo 83 del TRLGDCU (LA LEY 11922/2007) las cláusulas abusivas no es propiamente una ineficacia estructural, sino una ineficacia funcional. Y si entendemos esta naturaleza, podremos entender la controvertida declaración de la STS Pleno de 9 de mayo de 2013 respecto de los efectos de la declaración de nulidad de una cláusula suelo, ya que no podemos acudir, como hacen las sentencias críticas con esta declaración del TS, al régimen legal del artículo 1303 del Código civil (LA LEY 1/1889), pues es un precepto definidor de los efectos de la nulidad estructural, que no funcional».

No obstante, lo anterior, hemos de recordar que la pretendida ubicación de la nulidad de la cláusula abusiva dentro de la categoría de la nulidad funcional lo fue en el ámbito de determinado sector jurisprudencial para sostener la inaplicabilidad de la retroactividad que sanciona el artículo 1303 del Código civil a los efectos restitutorios de la nulidad.

Como conocemos dicha limitación temporal fue denegada por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016 que declaró que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva, de una cláusula contenida en un contrato celebrado con un consumidor por un profesional, circunscribiendo tales efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión.

Además, incluso las sentencias de determinadas Audiencias Provinciales que acogieron la anterior ubicación de la nulidad de la cláusula abusiva dentro de la

ineficacia funcional para limitar la retroactividad del artículo 1303 del Código civil, ni siquiera llegaron a propugnar una inaplicabilidad del mismo al supuesto, postulándose más bien por una modulación de sus efectos. En este sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1.ª), de 6 de marzo de 2014, citada por la sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares (Sección 5.ª), de 31 de marzo de 2014, razona lo siguiente: «*Una cosa es que, como regla general, la nulidad del contrato o de alguna cláusula específica comporte la restitución prevista en el artículo 1303 del Código civil (LA LEY 1/1889), al haber quedado sin validez el título de la atribución patrimonial a que dieron lugar (lo que es nulo no produce ningún efecto), dado que esta se queda sin causa que la justifique, y otra cosa muy distinta es que esta regla opere en todo caso y sin tener en cuenta el concreto resultado a que conduciría la vuelta atrás de la reglamentación negocial*».

Sin embargo, en el concreto ámbito restitutorio BELLO TORRES y FARIÑA FARIÑA[4] exponen el siguiente argumento contrario a la aplicabilidad del artículo 1303 del Código civil a los efectos restitutorios de la nulidad en este tipo de supuestos, con el siguiente tenor: «Dicho de otra manera, la condición de aplicación del artículo 1303 del Código civil es la nulidad del íntegro contrato. Un caso de nulidad de una cláusula contractual no reúne las condiciones de aplicación de la norma, y solo forzando la interpretación del artículo se puede sostener su aplicación».

No coincidimos con lo anterior, ya que si bien es cierto que el artículo 1303 del Código civil fue ideado por el legislador para el alcance restitutorio de la nulidad del contrato de compraventa, no es menos cierto que del mismo necesariamente hemos de predicar una generalidad en su aplicación a supuestos más amplios del régimen clásico y estricto de la ineficacia contractual no solo por su propia literalidad (*nulidad de la obligación*) sino también por el carácter de la nulidad de pleno derecho impuesta por la Ley que se impone como reacción por parte del ordenamiento jurídico en aras de buscar la protección de la parte más débil del contrato. El mantenimiento de una opinión contraria a lo anterior, como efectúan las anteriores autoras BELLO TORRES y FARIÑA FARIÑA podría conllevar incluso a la inaplicación del artículo 1303 del Código civil a los supuestos de nulidad parcial del contrato (diferentes a los particulares existentes con la condición general cuya nulidad se predique), no existiendo ningún argumento positivo para sostener que el régimen general restitutorio se aplique tan solo a la nulidad total y no a la nulidad parcial del contrato.

Tampoco el argumento de estas autoras BELLO TORRES y FARIÑA FARIÑA acerca de que el artículo 1303 del Código civil esté pensado solo sobre la base de la reciprocidad de las prestaciones lo cual no sucede según esta opinión con el contrato de préstamo del que trae causa la cláusula nula (gastos) puede sostenerse tras la sentencia de Pleno del Tribunal Supremo 432/2018 de 11 de julio de 2018 que efectivamente considera aplicable el artículo 1124 del Código civil al contrato de préstamo razonando lo siguiente*: «Por lo que se refiere al préstamo (mutuo), que es el contrato que aquí nos interesa, si el prestatario no asume otro compromiso diferente de la devolución de la cosa (señaladamente dinero), no es aplicable el artículo 1124 del Código civil. En todo caso, si se produce alguna de las circunstancias previstas en el artículo 1129 del Código civil, el prestatario (mutuario) pierde el derecho a utilizar el plazo, de modo que el crédito será ya exigible. La situación es diferente cuando el prestatario que recibe el dinero asume, junto al de devolverlo, otros compromisos. En estos casos, el que el prestamista haya entregado el dinero con antelación no suprime la realidad de que su prestación*

no aparece aislada, como una obligación simple, y la razón de su prestación se encuentra en la confianza de que la otra parte cumplirá sus compromisos. Esto es así incluso en los casos de préstamos sin interés en los que el prestatario haya asumido algún compromiso relevante para las partes (como el de dedicar el dinero a cierto destino o devolver fraccionadamente el capital, en ciertos plazos fijados). La afirmación de la posibilidad de que el prestamista pueda resolver el contrato, supone un reconocimiento de que se encuentra en la misma situación que tendría quien ya ha cumplido la obligación que le incumbe. En particular, en el préstamo con interés cabe apreciar la existencia de dos prestaciones recíprocas y, por tanto, es posible admitir la posibilidad de aplicar, si se da un incumplimiento resolutorio, el artículo 1124 del Código civil, que abarca las obligaciones realizadas o prometidas. Este precepto no requiere que las dos prestaciones se encuentren sin cumplir cuando se celebra el contrato ni que sean exigibles simultáneamente. El simple hecho de que el contrato de préstamo devengue intereses es un indicio de que el contrato se perfeccionó por el consentimiento, con independencia de que tal acuerdo se documente con posterioridad, como sucede en el caso litigioso que da lugar al presente recurso de casación. De este modo, quien asume el compromiso de entregar el dinero lo hace porque la otra parte asume el compromiso de pagar intereses, y quien entregó el dinero y cumplió su obligación puede resolver el contrato conforme al artículo 1124 del Código civil si la otra parte no cumple su obligación de pagar intereses. Pero, aun en los casos en los que, en atención a las circunstancias, pudiera entenderse que el contrato no se perfeccionó hasta la entrega, de modo que no hubiera podido el prestatario exigirla, la prestación de entrega del dinero es presupuesto de la de restituirlo y hay reciprocidad entre el aplazamiento de la recuperación por parte del prestamista y el pago de los intereses por el prestatario».

Por tanto, no comprendemos como tras la sentencia de Pleno del Tribunal Supremo 432/2018 de 11 de julio de 2018 que efectivamente considera aplicable el artículo 1124 del Código civil al contrato de préstamo, esta sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2018, siga manteniendo lo siguiente: «*aunque en nuestro Derecho nacional no existe una previsión específica que se ajuste a esta obligación de restablecimiento de la situación jurídica y económica del consumidor, ya que el artículo 1303 del Código civil presupone la existencia de prestaciones recíprocas*». Existe por tanto una contradicción argumental al respecto entre las dos sentencias plenarias que carece por completo de explicación por nuestra parte.

Ahora bien, el hecho de que defendamos con carácter general la aplicación del artículo 1303 del Código civil a la nulidad legal, parcial y relativa de la condición general nula, no significa que en el particular caso analizado (cláusula de gastos) estemos de acuerdo en su aplicación, ya que efectivamente hemos de atender, como con acierto, nos recuerda el TS en esta plenaria que los efectos restitutorios de la nulidad no pueden alcanzar a terceros, o sea, que no pueden darse cuando la prestación no se encuentre en poder de las partes contratantes ya que el efecto restitutorio por sí previsto en el artículo 1303 no puede predicarse más que a las partes contractuales y no a terceros.

La extensión de los efectos de la nulidad contractual a terceros que no fueron parte del contrato nulo, es una excepción a la regla general que limita los efectos restitutorios de la nulidad a las partes del contrato nulo, prevista en el artículo 73 de la Ley Concursal, siendo otra excepción a dicha regla general del artículo 1303 del Código civil lo previsto en el artículo 111 del Código Penal que extiende también el efecto restitutorio al tercero, salvo la irreivindicabilidad.

Limitando los efectos de la cláusula de gastos frente a terceros recordamos, la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, de fecha 29 de enero de 2016 (*JUR* 2016, 61386), que efectivamente, dice: «*…Una vez declarada la nulidad de la cláusula, con estimación de la primera de las acciones ejercitadas por la parte demandante, procede determinar cuáles son los efectos que se derivan de esta declaración… como se dijo en la sentencia de esta Sala de 23 de diciembre de 2015, una cosa es el control de la cláusula en cuestión y su expulsión de la norma del contrato, y otra las condiciones concretas en que se hayan determinado las obligaciones de las partes en cada relación contractual… dicho de otro modo, expulsar la estipulación nula del contrato no significa atribuir necesariamente al predisponente el pago de los concretos gastos reclamados en el presente litigio, pues ello dependerá bien de la exigencia de una norma imperativa, bien de norma que regule el concreto gasto en que el acreedor es un tercero ajeno al contrato, o bien del concreto pacto contractual concertado con pleno conocimiento de sus consecuencias, como producto de la negociación individual. Resulta posible que en el caso concreto al margen de las estipulaciones abstractas de la estipulación contractual, las partes hayan convenido que el adherente consumidor soporte el pago del arancel notarial devengado por el otorgamiento de la escritura, o inscripción en el Registro de la Propiedad. Y este pacto en concreto …que individualiza una obligación derivada del contrato, no necesariamente ha de resultar nulo si no causa desequilibrio ni sorprende al buena fe del consumidor, de forma que respete el control de trasparencia y el control de incorporación… A mayor abundamiento, no es posible confundir los efectos de la nulidad de la cláusula, en tanto que expulsada del contrato, cuando la cláusula únicamente ha tenido efectos entre las propias partes, con la situación que se plantea cuando la aplicación de la cláusula no se ha limitado a los contratantes sino que afecta a terceros, en este caso, los profesionales destinatarios del pago… en suma, la afectación de un tercero, que no ha sido parte en el procedimiento y que no ha podido alegar y probar en su defensa lo que considerara pertinente, impide hacer una aplicación acrítica del artículo 1303 del Código civil (LEG 1889, 27)*».

Ahora bien, ¿qué actuación tendría que observar el consumidor frente al Banco o frente al profesional que ha sido el destinatario del pago efectuado por el consumidor? La respuesta a este interrogante pasa por entender la llamada aplicación analógica que ofrece el Tribunal Supremo al problema en cuestión de lo previsto en el artículo 1896 del Código civil.

En cuanto a la aplicación analógica del artículo 1896 del Código civil, afirma esta sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2018 sobre el particular: «*nos encontraríamos ante una situación asimilable a la del enriquecimiento injusto, en tanto que el banco se habría lucrado indebidamente al ahorrarse unos costes que legalmente le hubiera correspondido asumir y que, mediante la cláusula abusiva, desplazó al consumidor. Puesto que la figura del enriquecimiento sin causa, injusto o injustificado tiene como función corregir un desplazamiento o ventaja patrimonial mediante una actuación indirecta: no se elimina o anula la transacción que ha generado el desplazamiento patrimonial (el pago al notario, al gestor, etc.), pero se obliga al que ha obtenido la ventaja a entregar una cantidad de dinero al que, correlativamente, se ha empobrecido.*

Y también tiene similitudes analógicas con el pago de lo indebido, en los términos de los artículos 1895 y 1896 del Código civil, en cuanto que el consumidor habría hecho un pago indebido y la entidad prestamista, aunque no hubiera recibido directamente dicho pago, se habría beneficiado del mismo, puesto que, al haberlo asumido indebidamente el prestatario, se ahorró el pago de todo o parte de lo que le correspondía».

En primer lugar, discrepamos con el Tribunal Supremo en que no es que nos encontremos ante una «*situación asimilable a la del enriquecimiento injusto*», sino que realmente nos encontramos ante un verdadero enriquecimiento injusto pero en su vertiente negativa, por lo que no debe haber ningún recurso a la analogía en esta materia, sino que la aplicación normativa de los artículos 1895 y 1896 del Código civil entendemos que ha de ser mediante una interpretación extensiva de estas normas jurídicas (superando el tenor literal de las mismas para entender su concepción desde un punto de vista más amplio que su mera literalidad) ya que efectivamente el ahorro de costes puede observarse dentro de la regulación positiva del cobro de lo indebido en el propio artículo 1897 del Código civil cuando prescribe la necesidad de que se restituirá «*…en cuanto por ellas se hubiese enriquecido*», en cuanto a la obligación de restituir la utilidad obtenida por el enriquecido.

Así, MOISSET DE ESPANES[5] nos explicó el enriquecimiento negativo razonando lo siguiente: «Esta segunda variedad de enriquecimiento consiste en la no disminución del patrimonio, en los casos que debía disminuir; por esa razón la denominamos «daño cesante». Algunos lo denominan también enriquecimiento por ahorro, o economía de gastos, porque el enriquecido se beneficia evitándose la salida de valores que tenían que egresar de su patrocinio, de manera tal que se economiza gastos. Supongamos que una persona debe realizar un desembolso, como ser el pago de la contribución territorial de un departamento de propiedad horizontal, y se economiza dicho gasto porque uno de sus vecinos, por error ha pagado ese impuesto; también es frecuente el caso de las personas que aprovechan los servicios de otro y no los pagan; o usan de una cosa ajena, ahorrándose gastos, como hace el propietario de hacienda que pone a pastar sus animales en una heredad vecina».

O sea, estamos ante lo que se conoce también como «*ahorro de gastos*» a los que hace referencia el *Draft Common Frame of Reference* de la siguiente forma en sede de enriquecimiento: VII.-5:103: Valor pecuniario del enriquecimiento; (2) Ahorro de gastos es la disminución de activo o el aumento de pasivo que el enriquecido hubiera sufrido de no haber obtenido el enriquecimiento.

Ahora bien, la ubicación del problema dentro de la doctrina del enriquecimiento injusto nos hace plantearnos al menos la subsidiariedad de la acción de enriquecimiento injusto que tradicionalmente se ha predicado de esta acción.

Tal subsidiariedad de la acción de enriquecimiento no es así en el *Draft Common Frame of Reference* que prevé la compatibilidad del ejercicio de la acción de enriquecimiento injusto con otro tipo de acciones como es la restitutoria o indemnizatoria, previendo que el ejercicio de una acción disminuirá la cuantía de la otra en la parte en que coincidan, regulándose por tanto lo siguiente:

VII.-7:102: Pretensiones concurrentes

(1) Cuando la persona a cuya costa se haya obtenido el enriquecimiento tenga:

a) una pretensión restitutoria del enriquecimiento injustificado en virtud de lo dispuesto en este libro; y
b) (i) una pretensión de indemnización de la desventaja sufrida (ya sea frente a la persona enriquecida o frente un tercero); o bien
(ii) una pretensión restitutoria del enriquecimiento injustificado en virtud de otras normas de derecho privado, la satisfacción de una de estas pretensiones reducirá la otra en la misma cuantía.

(2) Lo mismo ocurre cuando una persona usa un activo de otra, a cuya costa se enriquece un tercero y, aplicando las reglas del presente libro:

a) la persona que usa el activo debe responder ante la persona a cuya costa fue usado; y
b) el receptor del activo debe responder ante la persona a cuya costa se enriqueció.

Pese a ello, no es menos cierto que la jurisprudencia española mantiene el requisito de la subsidiariedad de la acción por enriquecimiento injusto. Así lo hace la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2007, según la cual solo cabe acudir a la aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto en defecto de acciones específicas, como remedio residual o subsidiario, «pues si existen acciones específicas, estas son las que deben ser ejercitadas y "ni su fracaso ni su falta de ejercicio" legitiman para el ejercicio de la acción de enriquecimiento, como se dice en las sentencias de 19 de febrero de 1999 o de 28 de febrero de 2003, que recogen una amplia doctrina, si bien se ha de destacar que otras sentencias sientan un criterio distinto, como la ya citada de 19 de marzo de 1993, y las de 14 de diciembre de 1994, 18 de diciembre de 1996, 5 de marzo de 1997, si bien como ha señalado la sentencia de 19 de febrero de 1999, la negación de la subsidiariedad constituye en tales decisiones un *obiter dictum*». Y las sentencias de 4 de junio de 2007, 30 de abril de 2007, 19 de mayo de 2006, 3 de enero de 2006 y 21 de octubre de 2005 mantienen igualmente el requisito de la subsidiariedad, declarando la de 2006 que solo puede acudirse a la acción por enriquecimiento injusto cuando no exista una acción que concreta y específicamente se otorgue por el legislador para remedio de un hipotético enriquecimiento sin causa.

Solo con toda claridad ha admitido el Tribunal Supremo la confluencia ante un mismo supuesto fáctico de la acción de enriquecimiento y la aquiliana del artículo 1902 del Código civil en sus sentencias de 12 de abril de 1955 *(RJ* 1955, 1126), 10 de marzo de 1958 *(RJ* 1958, 1068), 22 de diciembre de 1962 *(RJ* 1962, 4966) y 5 de mayo de 1964 *(RJ* 1964, 2208), aunque la sentencia de 5 de octubre de 1985 *[RJ* 1985, 4840] estime cuestionable la acumulación de la acción de indemnización y la de enriquecimiento, cuando razona lo siguiente: «*existiendo entre ambas acciones notables diferencias que la Jurisprudencia ha señalado con ocasión de perfilar el enriquecimiento injusto o sin causa, derivándolo del Derecho Natural según la tradición romana y la doctrina científica, en copiosas sentencias que afirman que la acción de restitución por enriquecimiento torticero tiene sustantividad propia frente a la originada por la culpa aquiliana la cual sobre requerir (lo que ahora no importa) la ilicitud de la conducta del agente del daño contrariamente al enriquecimiento para el que basta el desplazamiento patrimonial indebido que puede producirse con ignorancia y hasta con buena fe, por otra parte, supone siempre en el demandado un incremento de patrimonio que no es indispensable en el supuesto de la aquiliana; rigiéndose la indemnización por diferentes patrones, pues, si la acción de enriquecimiento tiene por ámbito el efectivamente obtenido por el deudor, sin que pueda excederlo, tiene también otro límite infranqueable igualmente y que recuerda acertadamente la Audiencia para fundamentar su fallo, que es el constituido por el correlativo empobrecimiento del actor, de suerte que, aun cuando el demandado se haya enriquecido sin causa, no podrá aquel reclamar sino hasta el límite de su propio empobrecimiento; hallándose además sujetas a diferentes plazos de prescripción por estarlo la aquiliana al año del artículo 1968;*

siguiéndose en orden a juzgar de los motivos del recurso fundados en infracción de ley que, aun cuando los hechos se ofrezcan a una concurrencia de normas originadoras de diversas acciones que por no excluirse entre sí hubieran podido deducirse acumulativamente, sin embargo hubieran debido serlo, en esa tesis, según el orden que se juzgara más adecuado, no siendo procesalmente correcto cambiar, en la fundamentación misma más que en la alegación, el punto de vista jurídico instalado en la fase expositiva del juicio, sustituyéndolo, con trascendencia a la identificación de la acción ejercitada, por otro, con base en el cual se pide la anulación del fallo que se fundará precisamente en la parcial estimación de la demanda por sus propios fundamentos; todo ello aparte ser al menos cuestionable que las dos acciones de indemnización y de enriquecimiento injusto sean acumulables ya que la última es subsidiaria de las expresamente conferidas por el ordenamiento jurídico, figurando entre estas la aquiliana, que acaso no quiso utilizarse en el caso para evitar el efecto de la prescripción corta a que se halla sujeta».

¿Pero existe alguna acción prioritaria a la que se debiera acudir en función de la subsidiariedad de la acción de enriquecimiento injusto? A *priori* y en función de lo argumentado, tenemos dos acciones en las que pensar: la acción indemnizatoria y la acción reivindicatoria.

En cuanto a la acción indemnizatoria, vemos como la misma nos llevaría necesariamente a la aplicación del artículo 1108 del Código civil (ya que como regla general en las reclamaciones dinerarias la indemnización de daños y perjuicios consiste en la percepción de un interés) y a la aplicación del criterio de que el interés se devengaría desde la fecha de la reclamación extrajudicial que fue la pretensión aducida por el Banco demandado en el pleito que dio lugar a esta sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2018, frente al criterio establecido finalmente por esta sentencia plenaria en aplicación de lo previsto en el artículo 1896 del Código civil, o sea, el interés debido lo es desde el momento en que se recibió el pago indebido.

La propia plenaria de 19 de diciembre de 2018 recoge también que «*la sentencia 331/1959, de 20 de mayo, declaró, en un supuesto de pago de lo indebido con mala fe del beneficiado, que la deuda de este se incrementa con el interés legal desde la recepción, así como que la regla específica de intereses del artículo 1896 del Código civil excluye, «por su especialidad e incompatibilidad», la general de los artículos 1101 y 1108 del Código civil (preceptos considerados aplicables por la sentencia recurrida)*».

Por tanto la subsidiariedad de la acción no puede presidir el criterio temporal del devengo de interés ya que por vía de esta preconizada subsidiariedad llegaríamos al efecto de desvirtuar el pago de lo indebido en cuanto al *dies a quo* del devengo del interés. Es decir, si el caso es calificado de enriquecimiento injusto, la especialidad normativa no puede quedar desvirtuada por la aplicación de una acción indemnizatoria que tampoco es la prevista específicamente por nuestro Derecho interno para el restablecimiento de la situación jurídica y económica del consumidor en función del conocido principio de subsidiariedad de la acción de enriquecimiento injusto, ya que la pretensión indemnizatoria no es propiamente llamada para lograr el restablecimiento del interés del consumidor, puesto que como dice la citada sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de enero de 2017, el artículo 6.1 «*se trata de una disposición imperativa que pretende 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*», o sea el artículo 6.1 de la Directiva persigue un efecto restitutorio para restablecer la situación de hecho y de Derecho, lo que no se consigue mediante

el otorgamiento del interés desde la reclamación extrajudicial (art. 1108 CC) sino solo desde que se percibió la cantidad injustamente pagada, en este caso, desde que se produjo el enriquecimiento negativo del ahorro de costes (art. 1896 CC).

Por tanto, defender la aplicación del artículo 1108 del Código civil en detrimento del artículo 1896 del Código civil en cuanto al *dies a quo* para el cómputo del devengo del interés debido en función de la tradicional subsidiariedad de la acción de enriquecimiento injusto supondría 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 supondría 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).

El caso de la acción reivindicatoria, también tiene problemas añadidos. Desde un punto de vista dogmático la concesión de la acción reivindicatoria en supuestos de pago de lo indebido no ha dejado de ser una cuestión bastante discutida doctrinalmente. En este sentido, RODRÍGUEZ ROSADO[6] recapitula su opinión al respecto razonando que: «Desde el punto de vista textual, los artículos 1896 y 1897 responden perfectamente a la tesis del título putativo. La interpretación a la que parece abocar el inciso final del artículo 1897 es que el tercer adquirente de un *accipiens indebiti* de buena fe no va a ser alcanzado por la reivindicatoria del *solvens*. La explicación más lógica de esta irreivindicabilidad es que el tercero ha adquirido de propietario, y está como tal protegido. En cambio, del artículo 1896 español se deduce que el *solvens indebiti* tiene acción contra cualquier tercero —independiente por tanto de la buena o mala fe del tercero— que sea causahabiente del *accipiens* de mala fe. El pago de lo indebido no transmite entonces la propiedad y por ello no excluye la reivindicatoria contra tercero.

Esa regulación de los artículos 1896 y 1897 encuentra pleno encaje, sin necesidad de adaptación ninguna, con la tesis del título putativo: el cobro de lo indebido de buena fe transmite la propiedad, porque el título falso o erróneo pero creído existente es suficiente para la transmisión, si bien da lugar a una acción personal que no alcanza a terceros para recuperar lo indebidamente entregado».

O sea, si como dice el Tribunal Supremo en esa plenaria de 19 de diciembre de 2018 nos encontramos ante un caso de *accipiens* de mala fe *(…ya que la calificación como abusiva es equiparable a la mala fe del predisponente…),* ¿tendría el consumidor que interponer primero una acción reivindicatoria antes que la acción de enriquecimiento injusto para respetar con el principio jurisprudencial de subsidiariedad de la acción de enriquecimiento injusto? El dinero, por su condición de bien fungible, sustituible, y representado en valores al portador, es a menudo un objeto sobre el cual es difícil determinar su titularidad o propiedad, más allá de la evidencia de la posesión del mismo, que conforme al artículo 464 del Código civil si es adquirida de buena fe equivale al título; lo cual no ha de impedir en sede de principio la acción reivindicatoria del propietario no poseedor contra el poseedor no propietario.

Pero a nuestro juicio, no nos encontramos ante el mismo caso que prevé el artículo 1896 del Código civil que por otro lado parece estar pensado para el enriquecimiento positivo y no para el enriquecimiento negativo. Es decir, si llegamos a la aplicabilidad de dicha norma jurídica mediante una interpretación extensiva de la misma, la reivindicabilidad estaría pensada para que el *solvens* accionara contra el tercero que adquiere del *accipiens,* mientras que en nuestro caso, el tercero (vgr. notario, registrador…) no adquiere del *accipiens* (Banco)

sino directamente del *solvens* a través de otra persona que actúa por su cuenta (gestoría), por lo que la restitución basada en una acción personal que no real por parte del *solvens* (consumidor) frente al que recibe directamente el pago (en realidad, un *accipiens* en nuestro caso y no un tercero) vendría dada en todo caso por la aplicabilidad del artículo 1897 del Código civil, por lo que siendo el *accipiens* de buena fe adquiere la propiedad y frente a él solo cabría a lo sumo la restitución del cobro de lo indebido en base a una acción personal.

Por tanto, en el caso del consumidor que genera un enriquecimiento injusto negativo (ahorro de costes) en la entidad de crédito contratante mediante una cláusula abusiva nula de reparto de gastos no goza de acción real (reivindicatoria) contra el *accipiens* sino que la acción existente del consumidor frente a la entidad de crédito es la acción personal propia del enriquecimiento negativo por ahorro de costes, de ahí que ninguna infracción de subsidiariedad pueda predicarse tampoco por la concesión de la acción del cobro de lo indebido en este supuesto. 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), puesto que se impediría el restablecimiento de la situación fáctica y jurídica entre el predisponente y adherente a lo que obliga la declaración de nulidad de la condición general de la contratación (cláusula abusiva).

III. CONCLUSIÓN

En conclusión, nos parece correcto el Fallo analizado en cuanto a la aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto al efecto restitutorio necesario como consecuencia de la obligación de restablecimiento de la situación entre partes de la cláusula abusiva de reparto de gastos notariales a que nos lleva la aplicación de la normativa comunitaria de protección de consumidores para el necesario restablecimiento de la situación previa de hecho y de derecho existente entre las partes antes de la contratación habida. Ningún argumento a la necesaria subsidiariedad de la acción de enriquecimiento puede predicarse al no caber acción indemnizatoria ni reivindicatoria en este caso con los efectos de restablecimiento citados entre las partes en atención al mandato comunitario de restablecimiento citado.

IV. BIBLIOGRAFÍA

BLANCO GARCÍA-LOMAS. La adaptación del régimen jurídico de la nulidad de las cláusulas abusivas al derecho de la Unión Europea (art. 83 TRLGDCU). *LA LEY mercantil, núm. 3,* Sección Contratación mercantil, comercio electrónico y TICs, junio de 2014, Editorial LA LEY.

BELLO TORRES y FARIÑA FARIÑA. Algunas consideraciones sobre el régimen general de las cláusulas suelo y la fundamentación jurídica de la obligación de restituir las cantidades indebidamente cobrada por los bancos. ¿Derecho de contratos o cobro indebido? *Revista de Derecho Civil,* vol. IV, núm. 2 (abril-junio de 2017), Ensayos.

CAÑIZARES LASO. Efectos restitutorios de la nulidad de la cláusula suelo. STJUE de 21 de diciembre de 2016. *Revista de Derecho Civil,* vol. III, núm. 4 (octubre-diciembre, 2016), Ensayos.

MIQUEL GONZÁLEZ. La nulidad de las condiciones generales. Principal, *2006 (Especial Coloquio) NUL. Estudios sobre invalidez e ineficacia. Nulidad de los actos jurídicos*.

MOISSET DE ESPANES. Notas sobre el enriquecimiento sin causa. *Doctrina Judicial* (La Ley), 1979, núm. 10.

RODRÍGUEZ ROSADO. Cobro de lo indebido, tradición y usucapión: estudio de los artículos 464 y 1897 del Código civil y 35 de la Ley Hipotecaria. *Anuario de Derecho Civil,* Vol. 57, núm. 3, 2004.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES

- STJ de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016
- STJ de la Unión Europea de 26 de enero de 2017
- STS de 12 de abril de 1955
- STS de 10 de marzo de 1958
- STS de 22 de diciembre de 1962
- STS de 5 de mayo de 1964
- STS de 5 de octubre de 1985
- STS de 22 de febrero de 2007
- STS de 11 de julio de 2018
- Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2018
- SAP de Pontevedra, de fecha 29 de enero de 2016
- SAP de Pontevedra de 6 de marzo de 2014
- SAP de las Islas Baleares de 31 de marzo de 2014
- SAP de Asturias de 21 de marzo de 2018
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de 2 de noviembre de 2017

NOTAS

[1] MIQUEL GONZÁLEZ. La nulidad de las condiciones generales. Principal, *2006 (Especial Coloquio) NUL. Estudios sobre invalidez e ineficacia. Nulidad de los actos jurídicos*.

[2] CAÑIZARES LASO. Efectos restitutorios de la nulidad de la cláusula suelo. STJUE de 21 de diciembre de 2016. *Revista de Derecho Civil,* vol. III, núm. 4 (octubre-diciembre, 2016), Ensayos, 110.

[3] GARCÍA LOMAS. La adaptación del régimen jurídico de la nulidad de las cláusulas abusivas al derecho de la Unión Europea (art. 83 TRLGDCU) *LA LEY mercantil, Núm. 3,* Sección Contratación mercantil, comercio electrónico y TICs, junio de 2014, Editorial LA LEY.

[4] BELLO TORRES y FARIÑA FARIÑA. Algunas consideraciones sobre el régimen general de las cláusulas suelo y la fundamentación jurídica de la obligación de restituir las cantidades indebidamente cobrada por los bancos. ¿Derecho de contratos o cobro indebido? *Revista de Derecho Civil,* vol. IV, núm. 2 (abril-junio de 2017), Ensayos, 177 y 178.

[5] MOISSET DE ESPANES. Notas sobre el enriquecimiento sin causa. *Doctrina Judicial (La Ley),* 1979, núm. 10.

[6] RODRÍGUEZ ROSADO. Cobro de lo indebido, tradición y usucapión: estudio de los artículos 464 y 1897 del Código civil y 35 de la Ley Hipotecaria. *Anuario de Derecho Civil,* Vol. 57, núm. 3, 2004.

3. URBANISMO

La intervención del Ministerio Fiscal en los procedimientos de expropiación forzosa a propósito de la Circular 6/2019, de 18 de marzo, de la Fiscalía General del Estado

The intervention of the public prosecutors in the obligatory expropriation procedures regarding the Circular No. 6/2019, of 18 march 2019, of the General Prosecutor's Office

por

VICENTE LASO BAEZA

Laso & Asociados Despacho Jurídico y Urbanístico

RESUMEN: La Circular 6/2019, de 18 de marzo, de la Fiscalía General del Estado, sobre la intervención del Ministerio Fiscal en los procedimientos expropiatorios, a la que se refiere una resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 11 de abril de 2019, resulta de indudable interés en cuanto efectúa una relectura del papel que le corresponde jugar en dichos procedimientos cuando, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5.1 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, no comparecieran en el expediente los propietarios o titulares, o estuvieran incapacitados y sin tutor o persona que les represente, o la propiedad fuera litigiosa, cuestión igualmente relevante desde el orden registral a la vista de la extensión de la calificación registral de los documentos administrativos, entre otros extremos, al cumplimiento de los trámites o incidencias esenciales del procedimiento administrativo.

ABSTRACT: The Circular No. 6/2019, of 18 march 2019, of the General Prosecutor's Office about the intervention of the Public Prosecutors in the obligatory expropriation procedures, referred by a resolution of the General Directorate of Registers and Notaries of 11 april 2019, is definitely of interest because it implies a re-reading of the role of the Public Prosecutors in the expropriatory procedures, in accordance with article 5.1 of the Obligatory Expropriation Act of 16 december, if the owners didn't appear or were legally incapacitated without a legal tutor, or if the property was contentious. This question is equally relevant from the point of view of the Land Registry because of the extension of the registry control of administrative documents to the completion of the essential formalities and rules of administrative procedures.

PALABRAS CLAVE: Ministerio Fiscal. Expropiación forzosa. Registro de la Propiedad.

KEY WORDS: Public Prosecutor. Land Registry. Obligatory expropriation.

SUMARIO: I. CONSIDERACIÓN INICIAL.—II. MARCO NORMATIVO DE LA INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL EN LOS PROCEDIMIENTOS EXPROPIATORIOS.—III. LA RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE 11 DE ABRIL DE 2019: 1. El alcance de la cuestión debatida en la resolución de 11 de abril de 2019. 2. La posición de la resolución.—IV. SOBRE LA CIRCULAR 6/2019, DE 18 DE MARZO, DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, SOBRE INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL EN LOS PROCEDIMIENTOS DE EXPROPIACIÓN FORZOSA: 1. Consideración inicial. 2. La justificación de la Circular. 3. Sobre la intervención del Ministerio Fiscal en el procedimiento ordinario. 4. Sobre la intervención del Ministerio Fiscal en el procedimiento de urgencia. 5. La intervención del Ministerio Fiscal a la vista de los supuestos del artículo 5 de la LEF.—V. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA POSICIÓN DE LA CIRCULAR Y LA RESOLUCIÓN EN CUANTO A LA INTERVENCIÓN DEL FISCAL EN LAS EXPROPIACIONES URBANÍSITCAS: 1. La necesaria verificación de la eventual obligada intervención del Ministerio Fiscal para la inscripción de la expropiación. 2. La omisión en la Circular de la referencia al procedimiento de tasación conjunta. 3. Sobre el carácter litigioso de la propiedad.

I. CONSIDERACIÓN INICIAL

Una reciente resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 11 de abril de 2019 relativa a la inscripción de un acta de ocupación y consignación de una finca urbana se ha hecho eco de una Circular de la Fiscalía General del Estado que apenas diez días antes fue objeto de publicación en el Boletín Oficial del Estado, en concreto el núm. 78 de 1 de abril de 2019.

Así lo ha hecho, en efecto, en relación con el análisis de uno de los defectos impeditivos opuestos por el registrador consistente en la falta de acreditación de la intervención del Ministerio Fiscal ante la incomparecencia de determinados titulares registrales y los causahabientes de titulares en un procedimiento expropiatorio, cuestión de la que, en unión con otras, justamente se ha ocupado por extenso dicha Circular, que es la 6/2019, de 18 de marzo, denominada sobre la intervención del Ministerio Fiscal en los procedimientos expropiatorios.

Pues bien, teniendo en cuenta la doctrina de la Dirección General sobre el alcance de la calificación registral de los documentos administrativos con base en el artículo 99 del Reglamento Hipotecario (RH) y la gran circunstancia de que la aparición de la Circular responde a una «*relectura*» de la tarea asignada al Ministerio Fiscal por la Ley de Expropiación Forzosa (LEF) a fin de «*dotar precisamente de sentido constitucional a (su) presencia*» en el procedimiento expropiatorio, cobra sin duda un gran interés el conocimiento de su alcance, incluso más allá del limitado ámbito en el que se desenvuelve la resolución.

En este sentido, seguidamente, tras una primera descripción del régimen normativo sobre la intervención del Ministerio Fiscal en el procedimiento expropiatorio, se dará cuenta de la resolución de 11 de abril de 2019 para después, previa exposición del contenido de la Circular, analizar alguno de sus aspectos más relevantes en cuanto se refiere a su aplicación en relación con la expropiación por razón de urbanismo.

Así se efectúa advirtiendo en todo caso que la relevancia de la Circular no se agota en cuanto se refiere a los procedimientos expropiatorios toda vez que, también para los de carácter reparcelatorio en ejecución del planeamiento urbanístico, ofrece aspectos de interés dado que también en ellos, en concreto desde el Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio (art. 10.2), se efectúa una llamada al Ministerio Fiscal para el caso de las fincas de origen cuyo titular estuviera en ignorado paradero que sintonizaría con la relectura del artículo 5.1 de la LEF preconizada desde la Circular.

II. MARCO NORMATIVO DE LA INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL EN LOS PROCEDIMIENTOS EXPROPIATORIOS

El marco normativo sobre la intervención del Ministerio Fiscal en los procedimientos expropiatorios es el siguiente:

a) Conforme al artículo 124 de la Constitución (CE), «*El Ministerio Fiscal (…) tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley (…)*».

b) A su vez, la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, reguladora del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, atribuyó al Ministerio Fiscal, en la redacción de su artículo 3.7 vigente hasta el 25 de junio de 2003, la función consistente en «*Asumir, o en su caso, promover, la representación y defensa en juicio y fuera de él, de quienes por carecer de capacidad de obrar o de representación legal, no puedan actuar por sí mismos (…)*», regulación que, por encontrarse en la actualidad sustituida por la de «*Intervenir en los procesos civiles que determine la ley cuando esté comprometido el interés social o cuando puedan afectar a personas menores, incapaces o desvalidas en tanto se provee de los mecanismos ordinarios de representación*», determina que la participación del Ministerio Fiscal en los procedimientos expropiatorios haya de entenderse más bien procedente del apartado 16 del mismo artículo 3, el cual remitiría al artículo 5 de la LEF al referirse a «*las demás funciones que el ordenamiento jurídico estatal le atribuya*»[1].

c) De igual modo cabe citar el artículo 5 del Reglamento Orgánico del Estatuto del Ministerio Fiscal aprobado por Decreto 437/1969, el cual dispone que «*En general, cuando intervengan en representación de personas incapaces (…) actuarán como el más celoso defensor, y cuando intervengan sin representar a persona determinada para velar por un interés público o social en litigios en que los particulares sostengan encontradas pretensiones, procurarán armonizar la más diligente y decidida defensa del interés general a ellos encomendado con la más prudente neutralidad en cuanto a los intereses en pugna (…)*».

d) Por fin, ya en el ámbito estrictamente expropiatorio, es el ya citado artículo 5.1 de la LEF en el que dispone que, en la tramitación de los procedimientos expropiatorios, «*Se entenderán las diligencias con el Ministerio Fiscal cuando, efectuada la publicación a que se refiere el artículo 18, no comparecieren en el expediente los propietarios o titulares, o estuvieren incapacitados y sin tutor o persona que les represente, o fuere la propiedad litigiosa*», a lo cual se añade, en el artículo 51.c de su Reglamento, que el importe del justiprecio habrá de consignarse «*cuando comparezca el Ministerio Fiscal*», circunstancia que, como sostiene la doctrina[2], determina que no alcance la plena condición de representante del expropiado. Respecto del citado artículo 5.1 de la LEF se ha señalado[3], en lo que constituye

una posición compartida por la Circular según se verá más adelante, que tiene como finalidad evidente «*la de garantizar la viabilidad misma de la expropiación, y evitar su paralización*».

III. LA RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE 11 DE ABRIL DE 2019

1. El alcance de la cuestión debatida en la resolución de 11 de abril de 2019

La cuestión debatida, en efecto, recae sobre la procedencia de la inscripción en el Registro de la Propiedad de un acta de ocupación y consignación del justiprecio correspondiente a la expropiación de una finca a partir de los siguientes antecedentes:

a) La finca objeto de expropiación figuraba inscrita en el Registro, en el momento de la presentación del título, por terceras e iguales partes indivisas a favor de Don J. R. A. F., Don S. T. F., y Doña M. C. T. F.

b) Respecto de los anteriores titulares registrales, el acta de ocupación y consignación expresó lo siguiente: «*De otra, D. J. R. A. F (…) heredero único y universal de D.ª E. F. T., según escritura de manifestación y adjudicación de herencia a su favor de fecha 26 de Abril de 2012 (…); D. S. T. F., fallecido, siendo herederos: D. S. T. G. (…) D. D. J. T. G. (…) D.ª M. A. T. G (…), no aportan título (…) Consta también D. M. A. B. L., titular de usufructo de carácter vitalicio, según certificación de dominio y cargas expedida por el Registrador de la Propiedad (…) [se acompaña certificado de defunción de este último]. Ninguno de ellos comparecen tras citación remitida con fecha 27 de septiembre de 2018 (núm. registro de salida 1621) y acuse de recibo de fecha 28 de Septiembre de 2018)*».

c) Con fecha 24 de octubre de 2014 uno de los copropietarios de la finca (Don S. T. F.) solicitó la «*"desasignación"* [sic] del carácter dotacional de la misma», manteniendo su calificación de suelo urbano y el aprovechamiento reflejado en el Catastro, con expresa advertencia de inicio de expediente de justiprecio en caso de no ser aceptada dicha solicitud, conforme a la regulación sobre legitimación para el inicio de expedientes expropiatorios prevista en el artículo 87.3 de la Ley 2/2001, de 25 de junio, de Ordenación Territorial y Régimen Urbanístico del Suelo de Cantabria.

d) Rechazada la petición de supresión del carácter de equipamiento comunitario de la finca señalada e iniciado el expediente de justiprecio, con fecha de 18 de noviembre de 2017 se adoptó acuerdo de fijación de justiprecio por el Jurado Provincial de Expropiación que, recurrido en reposición, determinó un importe final de 76.572,49 euros a cuyo abono se prestó conformidad por el Ayuntamiento expropiante con cargo a la correspondiente partida presupuestaria.

e) Por no comparecer en el expediente ninguno de los titulares e interesados antes señalados, el Ayuntamiento procedió a consignar el justiprecio a disposición de los herederos conforme al artículo 51.1.b) del REF, formalizando acto seguido la toma de posesión de la finca conforme a lo previsto en los artículos 48 a 50 de la LEF mediante el acta de ocupación.

Presentada en el Registro el acta de ocupación y consignación, fue suspendida su inscripción por falta de constancia de la intervención en el expediente del titular registral Don J. R. A. F. y de los causahabientes de Don S. T. F. (es decir, Don S., Don D. J. y Doña M. A. T. G.), por no acreditar dicha cualidad de

herederos con el título sucesorio, por falta de intervención de los causahabientes de la titular registral Doña M. C. T. F. así como de su identidad y por falta de intervención del Ministerio Fiscal dada la falta de comparecencia de los anteriores, haya intervenido en el expediente el Ministerio Fiscal. A ello se añadieron las objeciones de que no constara que el acuerdo de necesidad de ocupación hubiera sido publicado en el correspondiente Boletín Oficial y en el tablón de anuncios del Ayuntamiento, la no indicación del carácter demanial o patrimonial de la finca objeto de expropiación y que las actas no se hubieran presentado en el Registro por duplicado.

2. La posición de la resolución

Tras reflejar la doctrina de la Dirección General en relación con la calificación registral de los documentos administrativos, en la resolución se destaca que «*el procedimiento de expropiación se ha seguido exclusivamente con uno de los comuneros de la finca expropiada (don S. T. F.), y ello solo en la fase inicial del procedimiento al haber instado el mismo la incoación del expediente de justiprecio por concurrir el supuesto habilitante previsto en el artículo 87.3 de la Ley 2/2001, de 25 de junio, de Ordenación Territorial y Régimen Urbanístico del Suelo de Cantabria, cotitular que falleció sobrevenidamente durante la tramitación del expediente, sin que se haya acreditado fehacientemente, a través de los correspondientes títulos sucesorios (vid. arts. 14 y, 16 LH y, 76 RH), quiénes son sus herederos, en contra de la exigencia contenida en el artículo 32.2.ª de este Reglamento*». De igual modo, se hace constar que en el levantamiento del acta de ocupación ni a lo largo de la tramitación del expediente comparecieron los causahabientes de la cotitular Doña E. F. T., así como tampoco el otro cotitular registral Don J. R. A. F.

La resolución rechaza también el argumento del recurrente según el cual quien promovió el expediente, Don S. T. F., lo hizo en nombre propio y en beneficio de la comunidad propietaria de la totalidad de la finca, rechazo justificado con base en el artículo 399 del Código civil toda vez que al cotitular le corresponde «*la plena propiedad de su parte y la de los frutos y utilidades que le correspondan, pudiendo en su consecuencia enajenarla, cederla o hipotecarla, y aun sustituir a otro en su aprovechamiento*».

A partir de este punto y siendo justamente esta la parte de la resolución que resulta aquí de interés, se analiza la cuestión de la ausencia de intervención del Ministerio Fiscal invocada en la calificación recurrida, análisis del que cabe destacar lo siguiente:

a) En primer lugar, se hace referencia a la resolución de 17 de diciembre de 1999 que confirmó la calificación impugnada al considerar imprescindible la intervención del Ministerio Fiscal por el desconocimiento del domicilio de uno de los titulares registrales así como de los herederos de una titular fallecida, destacando de ella la afirmación de que la presencia de alguno de los supuestos previstos por el artículo 5 de la LEF presupone su convocatoria «*desde que se dicta el acuerdo de necesidad de ocupación y en tiempo oportuno para posibilitar su impugnación*»[4].

b) Sobre la consideración del recurrente en relación con la especialidad que supone la expropiación por razón de urbanismo en la medida en que la declaración de utilidad pública y la necesidad de ocupación se produce de modo implícito con el acto de aprobación de los instrumentos de planeamiento urbanístico en los términos

al efecto dispuestos por el artículo 42.2 del Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana de 30 de octubre de 2015 (TRLSRU), la resolución hace suyas las tesis de la Circular cuando en su conclusión 11.ª afirma que sus criterios resultan aplicables a la expropiación por razón de urbanismo, conclusión que remite al apartado 6 del que la resolución comienza por reproducir el siguiente texto:

«*Las especialidades derivadas de esas normas no inciden de manera sustancial en las consideraciones de la presente Circular. Como puede deducirse de lo expuesto al tratar de las modalidades ordinaria y urgente del procedimiento general de expropiación regulado por la LEF, lo relevante desde la perspectiva del Fiscal es que las actuaciones que requieren la intervención, participación o conocimiento de los sujetos mencionados en el artículo 5 de dicha Ley se lleven a cabo con todas las garantías necesarias para asegurar la efectividad de sus derechos. Esa pauta permanece invariable en la medida en que dichas normas especiales, ya sea por constituir meras variaciones del procedimiento general de la LEF, ya sea por remitir a sus disposiciones, obviamente incluido el citado artículo 5 (vid. arts. 42 y sigs. del vigente Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana), permiten la aplicación mutatis mutandis de cuanto se ha expuesto en los anteriores apartados*».

A estos efectos, la resolución, remitiéndose nuevamente a la Circular, afirma que en todos esos casos especiales «*deberán entenderse las diligencias con el fiscal tan pronto como el órgano expropiante tenga conocimiento de que concurre uno de los supuestos del artículo 5 de la Ley sobre expropiación forzosa*», razonamiento en virtud del cual, ante la ausencia en el acta de toda referencia a la indagación realizada para la averiguación de los herederos de los titulares registrales, sus identidades, sus títulos sucesorios y sus respectivos domicilios, se confirma la calificación registral «*en lo relativo a la necesidad de intervención en el expediente de los causahabientes de los titulares registrales, o de sus legítimos representantes, o bien supletoriamente la del Ministerio Fiscal*».

Sucesivamente, la resolución rechaza la innecesariedad de la intervención del Ministerio Fiscal por el carácter implícito de la declaración de utilidad pública y necesidad de ocupación con el acto de aprobación de los instrumentos de planeamiento, conclusión a la que llega al destacar lo siguiente:

«*Si bien es cierto que el artículo 87 de la Ley 2/2001, de 25 de junio, de Cantabria, dispone que la aprobación de los planes urbanísticos implicará la declaración de necesidad de ocupación de los terrenos a los efectos de su expropiación, sin embargo no lo es menos que el artículo 24 apartado 1 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, sobre inscripción de actos de naturaleza urbanística, establece: "Cuando la administración optare por la inscripción individualizada de las fincas registrales o de alguna de las incluidas en la unidad expropiada, el título inscribible estará constituido por el acta de ocupación y pago, conforme a lo dispuesto por la legislación general de expropiación forzosa", remisión a "lo dispuesto por la legislación general de expropiación forzosa" que incluye en su ámbito las publicaciones previstas en el artículo 18 de la Ley sobre expropiación forzosa, que no pueden verse desplazadas o suplidas por la publicidad del proyecto del plan en que se asigna una determinada calificación urbanística de la finca que puede terminar determinando su expropiación cuando dicha calificación no asigne aprovechamiento apropiable ni sea susceptible de cesión obligatoria por no ser posible la distribución de los beneficios y cargas en los términos previstos en esta Ley, que responde a un procedimiento y finalidad, por*

tanto, distintas. Obsérvese que el citado artículo 18 se refiere a un trámite de información pública que no solo tiene por objeto la relación de bienes afectados (lo que en el caso de un expediente instado por uno de los propios interesados puede parecer innecesario), sino también la determinación de los interesados (vid. art. 17.2 de la ley), lo que en el presente caso resultaba a todas luces muy conveniente y necesario para garantizar el derecho de defensa y tutela judicial efectiva de dichos interesados».

Finalmente, la resolución se ocupa del último de los defectos impeditivos de la inscripción referido a la falta de indicación del carácter demanial o patrimonial del suelo objeto de expropiación, recordando, con cita de una resolución de 15 de marzo de 2016 y con fundamento en la legislación protectora del dominio público, «*la obligación legal a cargo de los registradores de la propiedad de tratar de impedir la práctica de inscripciones que puedan invadir el dominio público*».

En este sentido se hace igualmente referencia en la resolución al artículo 61 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP) como base normativa del que identifica como «*principio de colaboración de los registradores con la protección de la integridad e indemnidad de los bienes demaniales*», principio que se concretaría en el deber de la Administración de inscribir los bienes y derechos de su patrimonio (art. 36 de la LPAP), en el deber de comunicar a la Administración la existencia de bienes y derechos de su patrimonio que no estuvieran inscritos debidamente (art. 39 de la LPAP), en el caso de la inmatriculación de fincas de las que fueran titulares las Administraciones Públicas o las entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de ellas en que se contempla la necesidad de que la correspondiente certificación administrativa exprese su «*naturaleza patrimonial o demanial*» (art. 206.1 de la LH) y, en fin, la necesaria reiteración de esta última indicación en los títulos por los que se transmitieran terrenos a la Administración (art. 27.5 del TRLSRU).

IV. SOBRE LA CIRCULAR 6/2019, DE 18 DE MARZO, DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, SOBRE INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL EN LOS PROCEDIMIENTOS DE EXPROPIACIÓN FORZOSA

1. Consideración inicial

Aun cuando ciertamente el contenido de la Circular excede notoriamente de lo tratado en la resolución, la importancia de la cuestión en ella analizada y su trascendencia a la vista del alcance de la calificación registral sobre los documentos administrativos justifica detenerse, como se hace seguidamente, en aquellas cuestiones más relevantes que determinan la justificada intervención del Ministerio Fiscal en el procedimiento expropiatorio.

2. La justificación de la Circular

Con motivo de la que denomina necesaria actualización y concreción de los criterios uniformes de actuación que han de presidir la definición y regulación de la intervención del Ministerio Fiscal en los procedimientos de expropiación forzosa desde una relectura del artículo 5.1 de la Ley de Expropiación Forzosa, la Fiscalía General del Estado ha emitido la extensa y prolija Circular 6/2019, de 18 de marzo (*BOE* de 1 de abril de 2019).

Alcanzar «*la exigible unidad de criterio en el interior de la institución*» y «*clarificar* ad extra *el sentido y los hitos concretos de esa actuación, facilitando con carácter oficial y público a las Administraciones (no solo a los órganos expropiantes, sino también a los registradores, etc.) y a los propios ciudadanos las claves para una eficaz interacción con la Fiscalía*», se presenta por la Circular como el propósito al que pretende dar respuesta desde la constatación previa de la «*indefinición normativa de la tarea que la LEF asigna al Ministerio Fiscal*» de la que se dice que queda presidida por el único objetivo de eliminar todos los obstáculos procesales que pudieran alzarse contra la expropiación.

De igual modo, como justificación de su emisión, la Circular apela a las cautelas contenidas en la Recomendación (2012) 11 del Consejo de Ministros del Consejo de Europa sobre el papel del Ministerio Fiscal más allá del sistema de justicia penal, Recomendación en cuyo Apéndice (apartado C.3) establece que «*las competencias y los poderes de los fiscales fuera del sistema de justicia penal deben ser establecidos en todos los casos por la ley y claramente definidos para evitar cualquier ambigüedad*», a lo cual se añade el principio recogido en su apartado B.2 según el cual «*cuando el ordenamiento jurídico nacional confiera a los fiscales competencias y poderes fuera del sistema de justicia penal, su misión debería ser la de representar el interés general o público (…)*».

A estos efectos el sentido y finalidad que se atribuye a la intervención del Ministerio Fiscal se sitúa en la necesidad de preservar las garantías legales del procedimiento a las que se refiere el artículo 33.3 de la CE (STC 166/1986, de 19 de diciembre, FJ 13), no siendo por lo tanto su función defender al propietario «*sino los derechos fundamentales del ciudadano afectado por una actuación administrativa (que) no se halla en condiciones de asumir por sí mismo*». De ahí que lo que la Circular destaca como genuina tarea del Ministerio Fiscal sea justamente «*Asegurarse de que la Administración respeta las garantías exigibles, y hacer uso de los instrumentos que el ordenamiento jurídico ofrece a tal fin, promoviendo en su caso la acción de la Justicia*».

3. Sobre la intervención del Ministerio Fiscal en el procedimiento ordinario

Analiza en este punto la Circular el momento exacto en el que la Administración ha de requerir la intervención del Ministerio Fiscal.

A tal fin, se detiene en el sentido que ha de darse al artículo 5.1 de la LEF al precisar que el entendimiento de las diligencias con el Ministerio Fiscal se producirá «*cuando, efectuada la publicación a que se refiere el artículo 18*», se diera alguno de los supuestos en dicho artículo previstos, señalando el artículo 18 que la apertura de la información pública tendrá lugar una vez «*recibida la relación*» del artículo 17.1 en la que han de describirse «*los bienes o derechos (…) de necesaria expropiación*». Con mayor detalle, el artículo 16.2 del Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa (REF) señala que en la relación habrá de expresarse, además del estado material y jurídico de cada uno de los bienes o derechos, «*los nombres de los propietarios o de sus representantes, con indicación de su residencia y domicilio*».

De esta manera la finalidad de la información pública consiste, conforme al artículo 19.1 del REF, en que «*cualquier persona*» pueda «*aportar por escrito los datos oportunos para rectificar posibles errores en la relación publicada (…)*».

Pues bien, la Circular, toda vez que la intervención del Ministerio Fiscal no parece razonable que haya de tener lugar inmediatamente después de la información pública de la relación por ser preciso un previo análisis de los datos, documentos y alegaciones obtenidos durante su celebración, se remite al artículo 20 de la LEF

según el cual, tras dicho análisis por un plazo de veinte días, la Administración ha de resolver sobre la necesidad de ocupación «*designando nominalmente a los interesados con los que hayan de entenderse los sucesivos trámites*».

En suma, es con el acuerdo de necesidad de ocupación que da inicio al expediente expropiatorio cuando la Administración puede verificar la concurrencia de los supuestos del artículo 5.1 de la LEF, lo que determinaría que hubiera de acudirse al fiscal poniendo en su conocimiento dicha concurrencia, contemplando la Circular que le fuera notificado el acuerdo de necesidad de ocupación con su inclusión en la lista de sujetos con los que hubieran de seguirse los trámites sucesivos, ello sin perjuicio de su posible personación en el procedimiento con antelación si los supuestos se manifestaran antes del acuerdo o con posterioridad si se presentaran de modo sobrevenido.

Sucesivamente la Circular se detiene en las circunstancias que se derivan de la intervención del Ministerio Fiscal según tenga lugar o bien antes de adoptarse el acuerdo de necesidad de ocupación, o bien de modo coetáneo o posterior a la notificación de dicho acuerdo.

En el primer caso se considera que lo procedente será la incoación de diligencias preprocesales (arts. 4.5 y 5.3 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal) a fin de verificar la concurrencia del supuesto legal y de trasladar a la Administración la necesidad de que se le notifique el acuerdo de necesidad de ocupación para comprobar el cumplimiento de sus indicaciones con vistas, en su caso, a la interposición de recurso de alzada conforme al artículo 22.1 de la LEF.

En el segundo caso, la constatación de la presencia de alguna irregularidad a la vista de la notificación del acuerdo de necesidad de ocupación, determinará el deber del fiscal de interponer recurso de alzada contra él, acto recurrible como recuerda la Circular conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS de 9 y 12 de marzo de 1993, y de 5 de noviembre de 1985).

Por fin, en cuanto se refiere al régimen de recursos en el procedimiento ordinario y a la posibilidad de que por el Ministerio Fiscal fuera planteado incidente de nulidad de actuaciones con base en el artículo 74 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, nos remitimos a lo que al respecto viene expuesto en la Circular.

4. Sobre la intervención del Ministerio Fiscal en el procedimiento de urgencia

La posibilidad ofrecida por la LEF de acudir al procedimiento de urgencia en el que se prescinde de la declaración de necesidad de ocupación «*como tal acto formal, autónomo y expreso*» conforme resulta de su artículo 52.1, el cual dispone que «*se entenderá cumplido (…) según el proyecto y replanteo aprobados y los reformados posteriormente*», es también analizado en la Circular desde la perspectiva de la identificación del momento en que procede la intervención del Ministerio Fiscal.

A estos efectos, la Circular, con cita tanto del mencionado artículo 52 de la LEF como del 56 del REF, afirma que «*previamente a la declaración de urgencia la Administración viene obligada a publicar la relación de bienes expropiables y oír a los afectados*», llevando sucesivamente a cabo las notificaciones del apartado 2 del primero de los artículos sobre el día y hora en que ha de levantarse el acta previa a la ocupación, trámite cuya celebración (art. 52.3 de la LEF) supone el cierre del proceso de determinación del objeto y los sujetos afectados con la consiguiente posibilidad de verificación de la eventual concurrencia de alguno de los supuestos

del artículo 5 de la LEF, artículo, por lo demás, expresamente citado por dicho apartado 2 con expresión de uno de los supuestos en él previstos al referir el caso de no haber sido hallado el propietario del inmueble pero sí sus arrendatarios, colonos y ocupantes a fin de hacerles entrega de la correspondiente cédula.

Siendo así, por lo tanto, que la Administración ha de tener en cuenta en el acuerdo de declaración de la urgente ocupación el resultado de la información pública sobre la relación de los bienes objeto de la expropiación, será en ese momento en el que podrá verificar la concurrencia de alguno de los supuestos del artículo 5 de la LEF a fin de dirigirse, en su caso, al Ministerio Fiscal para el correspondiente conocimiento por su parte de tal circunstancia.

En este sentido resultan de particular interés las valoraciones efectuadas más adelante por la Circular cuando, al tratar de su ámbito de aplicación, se refiere a la expropiación por razón de urbanismo, especialidad en relación con la cual, además de referir la necesaria complementación del artículo 43.3 del TRLSRU con lo dispuesto en el artículo 5 de la LEF en orden a la identificación del propietario del bien objeto de expropiación, reitera las mismas consecuencias ya apuntadas sobre la intervención del fiscal en cuanto se refiere al carácter implícito de la necesidad de ocupación con motivo del acto de aprobación de los instrumentos de planeamiento urbanístico.

La Circular advierte sobre la improcedencia de la convocatoria del fiscal al levantamiento del acta previa a la ocupación, el cual, si es que no obstante fuera convocado al efecto, habrá de manifestar las razones de tal improcedencia y la solicitud de la remisión de copia del acta con el eventual reflejo en ella de aquellas circunstancias que pudieran determinar la concurrencia de alguno de los supuestos del artículo 5 de la LEF.

Por lo demás, igual que en el caso del procedimiento ordinario, en cuanto se refiere al régimen de recursos en el procedimiento ordinario y al planteamiento de un incidente de nulidad de actuaciones, también nos remitimos a lo manifestado al respecto por la Circular.

5. La intervención del Ministerio Fiscal a la vista de los supuestos del artículo 5 de la LEF

A) Incomparecencia de los propietarios o titulares

La Circular, que comienza rechazando la justificación de la intervención del Ministerio Fiscal por incomparecencia del titular o propietario fuera o no conocido, localizado o notificado del procedimiento, distingue las siguientes situaciones:

a) En el caso de falta de identificación del titular, si se tratara de incomparecencia de persona mayor de edad y con plena capacidad de obrar debidamente notificado «*el Fiscal deberá abstenerse de cualquier intervención*».

De lo que se tratará, por lo tanto, será de verificar por parte del fiscal, más allá de los motivos aducidos por la Administración, si tal falta de identificación pudiera deberse a una insuficiente o incorrecta actividad de indagación que permitiera «*averiguar quién actúa como titular del bien*», lo que exige respetar el orden de prioridades que para la búsqueda resulta del artículo 3 de la LEF, acudiendo, en primer lugar, al Registro de la Propiedad, después a los registros fiscales y, en último término, a otras posibles vías tales como facturas de consumos, pago de tasas, precios públicos, etc.

Destaca igualmente la Circular, de un lado, el supuesto del titular identificado como fallecido y la consiguiente necesaria verificación de si la Administración ha realizado alguna actuación para localizar a sus herederos y, de otro, el del titular desconocido y la consiguiente aplicación, en tal caso, del artículo 17 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas a fin de promover que fuera dejado sin efecto el procedimiento expropiatorio si el órgano expropiante formara parte de la Administración del Estado, o, de tratarse de otra Administración, considerarla propietaria del bien.

b) En el caso de falta de localización del titular se hace necesario verificar previamente si su identificación ha sido realizada de modo correcto y, sucesivamente, cuáles han sido las actuaciones llevadas a cabo para su localización, actuaciones de las que, en el caso de la expropiación urgente, no queda relegada la Administración expropiante por la previsión contenida en el artículo 52 de la LEF sobre la entrega de la cédula «*al inquilino, colono y ocupante del bien*».

c) En cuanto al régimen de notificaciones, la Circular refiere las normas específicas previstas en el artículo 20 del REF al tiempo que advierte que «*en todo caso resulta de aplicación, en general, el régimen establecido por los artículos 40 y siguientes de la Ley 39/2015*», destacando en particular, como síntesis de la doctrina de los Tribunales, la recogida en la sentencia de la Audiencia Nacional de 21 de enero de 2016[5].

A este respecto se destaca también por la Circular que la función del Ministerio Fiscal se extiende a la verificación de la correcta realización por la Administración de las actuaciones dirigidas a la identificación, localización y notificación de quienes hubieran de intervenir en el expediente, a cuyo fin es igualmente relevante que, detectada por su parte la defectuosa realización de alguno de los trámites, le sea notificada la resolución respectiva a fin de verificar su subsanación en orden a su eventual impugnación.

En consecuencia, al Ministerio Fiscal, que finalmente habrá de comparecer con los efectos de los artículos 50.1 de la LEF y 51.1 del REF[6] si hubieran fracasado las actuaciones de identificación, localización y notificación, la función que en ningún caso le corresponderá será la de «*defensa y representación de los intereses patrimoniales de personas con plena capacidad de obrar en un expediente administrativo*».

B) Propietarios o titulares con discapacidad y sin tutor o persona que los represente

La Circular comienza precisando que la mención del artículo 5.1 de la LEF a los incapacitados «*hoy ha de entenderse referida a todas las personas discapaces que carezcan de apoyo que complementen su capacidad jurídica, en los supuestos que respectivamente contempla el Código civil, y tan solo en la medida en que la decisión judicial de modificación de la capacidad pueda afectar al ejercicio de los derechos del propietario o titular de un bien en el procedimiento expropiatorio*», debiéndose considerar igualmente que en el ámbito de aplicación de dicho precepto figuran los menores que carezcan de representación legal, para los cuales, pese al régimen automático del artículo 239 del Código civil, el Ministerio Fiscal constituye un «*mecanismo de cierre*» de la tutela de sus derechos.

A su vez, la Circular, recordando una vez más la concepción de la normativa expropiatoria desde el objetivo primordial de simplificación de la tramitación del procedimiento expropiatorio, vuelve a rechazar que el Ministerio Fiscal haya de velar por las «*cuestiones de naturaleza eminentemente económica y patrimonial de los intereses en juego*», correspondiéndole, en cambio, «*esencialmente (…) instar*

y facilitar la pertinente provisión de los instrumentos legales de protección» a los menores y mayores con capacidad de obrar limitada.

Por ello, la forma de articulación de la intervención del Ministerio Fiscal en el presente supuesto se prevé en la Circular que deba pasar por la comunicación del fiscal especialista en materia contencioso-administrativa a los fiscales especialistas en protección de menores o en discapacidades a fin «*de que a la mayor brevedad posible puedan adoptar o instar en vía judicial, si procede, la adopción de la medida pertinente para asegurar la defensa de los intereses patrimoniales del afectado en el proceso expropiatorio*», lo que en todo caso debe efectuarse con el conocimiento simultáneo de la Administración expropiante.

Por lo demás, para situaciones excepcionales como sería, por ejemplo, «*la expropiación de la vivienda habitual, sin recurso alternativo disponible*», la Circular contempla que, en el marco de la Ley 39/2015, el fiscal pudiera instar, hasta la adopción de aquellas medidas que fueran necesarias para asegurar la defensa de los derechos del expropiado, la suspensión de la tramitación del procedimiento en la medida en que esas consecuencias pudieran ser de difícil reparación.

C) Propiedad litigiosa

La Circular comienza afirmando que la existencia de un conflicto sobre la titularidad de un bien objeto de expropiación entre mayores de edad con plena capacidad de obrar y conocedores del procedimiento expropiatorio queda al margen del ámbito de actuación del fiscal al ser una cuestión propia de «*la esfera patrimonial privada de los afectados y el ejercicio de su derechos como ciudadanos plenamente hábiles para la defensa de sus intereses frente a la Administración expropiante*».

A su vez, dado que el artículo 5.2 de la LEF dispone que serán parte del expediente quienes presenten títulos contradictorios sobre el bien objeto de expropiación con la consiguiente, dice la Circular, «*preservación ex lege*» de sus derechos, en ella se afirma que la intervención del fiscal constituiría «*una inconcebible intromisión*» en su ejercicio, afirmación que la lleva a concluir con que, en el caso de que la Administración requiriera la intervención de la Fiscalía ante el carácter litigioso de la propiedad, esta «*deba limitarse a exponer (…) las razones por las que tal intervención no procede*».

V. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA POSICIÓN DE LA CIRCULAR Y LA RESOLUCIÓN EN CUANTO A LA INTERVENCIÓN DEL FISCAL EN LAS EXPROPIACIONES URBANÍSTICAS

1. La necesaria verificación de la eventual obligada intervención del Ministerio Fiscal para la inscripción de la expropiación

Tal y como pone de manifiesto la resolución de 11 de abril de 2019, el alcance de la calificación registral de los documentos administrativos consiste en que, pese a la ejecutividad y la presunción legal de validez y eficacia de los actos administrativos, por virtud del artículo 99 del RH su extensión alcanza, entre otros extremos, a «*los trámites e incidencias esenciales*»[7] del procedimiento administrativo de que en cada caso se trate.

Lo anterior resulta particularmente relevante en el ámbito de la expropiación forzosa en cuanto se refiere al conjunto de actuaciones que han de seguirse con el expropiado dada su «*condición de parte principal e inexcusable del expediente*» desde el momento en que «*su presencia en el mismo, en su caso suplida por el Fiscal, es esencial, sine qua non, esto es, que si se prescindiese de ella se daría una verdadera vía de hecho y no una expropiación*»[8].

En este sentido, el carácter contradictorio del procedimiento expropiatorio a fin de garantizar la posibilidad de una defensa eficaz del expropiado pasa, como afirma la Circular, por habilitarle todos los instrumentos de alegación e impugnación contemplados desde la propia LEF pues, como dice el Tribunal Supremo en su sentencia de 18 de febrero de 2011, «*no parece excesivo pedir que, si la Administración decide privar a un ciudadano de su propiedad, al menos le permita realmente realizar las alegaciones oportunas respecto de la procedencia de tal privación y la posibilidad de alternativas que no pasen por aquella (…)*».

Quiere decirse por lo tanto que la presencia en un expediente expropiatorio de alguno de los supuestos justificadores de la intervención del Ministerio Fiscal sin que, sin embargo, hubiera tenido lugar, sería causa justificadora del rechazo de la inscripción del correspondiente título.

2. La omisión en la Circular de la referencia al procedimiento de tasación conjunta

Desde el precedente planteamiento, cuando la resolución de 11 de abril de 2019 atiende a las especialidades derivadas del carácter urbanístico de la expropiación en ella considerada se detiene exclusivamente, como también lo hace la Circular, en la circunstancia del carácter implícito de la declaración de utilidad pública y necesidad de ocupación con motivo de la adopción del acto de aprobación de los instrumentos de planeamiento urbanístico.

A tal fin, confirmada en la resolución la nota de calificación en el extremo referido a que no quedó acreditada la intervención del Ministerio Fiscal siendo así que en el expediente no constó la intervención de los titulares registrales, ni de sus causahabientes ni de persona alguna que los representara, por toda valoración sobre las particularidades de la expropiación urbanística se limita a sostener que las consideraciones de la Circular sobre el procedimiento de urgencia y el carácter implícito de la declaración de necesidad de ocupación conforme al artículo 52.1.ª de la LEF resulta, *mutatis mutandis*, de aplicación a aquella.

De esta manera y sin perjuicio de no afectar al sentido desestimatorio de la resolución, es lo cierto que tanto en ella como en la propia Circular se pasa por alto que en el orden urbanístico, junto al sistema de tasación individual de la LEF, está previsto el de tasación conjunta[9].

En este sentido, las referencias al momento de intervención del Ministerio Fiscal en el procedimiento de urgencia contenidas en la Circular y, por remisión a ella, en la resolución, pese a lo que en ambos pronunciamientos se afirma se desprende claramente inaplicables al procedimiento de tasación conjunta toda vez que, como se desprende de sus reglas procedimentales (art. 202 del Reglamento de Gestión Urbanística —RGU—), no puede estar vinculado con el instante de formalización del acta previa a la ocupación a que se refiere el artículo 52.3.ª de la LEF por constituir un trámite inexistente en el caso de procedimiento de tasación conjunta.

Y es que en este último la tramitación se desarrolla a partir de la elaboración de un proyecto de expropiación que habrá de ser objeto de información pública

con la consiguiente posible formulación de alegaciones en materia de titularidad o valoración de los derechos, a lo cual se añade la necesaria notificación individual de las tasaciones a quienes aparecieran como titulares de bienes o derechos en el expediente en orden, igualmente, a la formulación de alegaciones. A su vez, informadas las alegaciones es cuando procede la aprobación del proyecto que, según establece el artículo 203.1 del RGU, «*implicará la declaración de urgencia de la ocupación de los bienes y derechos afectados*».

En este sentido, conforme a las peculiaridades procedimentales de la tasación conjunta y siguiendo en este punto lo manifestado por la Circular, el momento de la intervención del Ministerio Fiscal, por ser justamente el momento en el que resulta posible comprobar por su parte la eventual presencia de alguno de los supuestos del artículo 5.1 de la LEF, vendrá definido por aquel en que, concluidos los trámites de información pública y audiencia, fuera aquella requerida por el órgano expropiante.

3. Sobre el carácter litigioso de la propiedad

Según ha quedado ya señalado, la Circular considera, en cuanto se refiere al último de los supuestos previstos por el artículo 5.1 de la LEF, el de la propiedad litigiosa, que la existencia de un conflicto sobre la titularidad de un bien objeto de expropiación entre mayores de edad con plena capacidad de obrar y conocedores del procedimiento expropiatorio queda al margen del ámbito de actuación del fiscal por cuanto constituiría «*una inconcebible intromisión*» en su ejercicio que se traduce en la instrucción de la oposición a su intervención. Es decir, opta aquí la Circular por una interpretación que encajaría pacíficamente con la solución dada por el RGU y el Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, a la situación de las llamadas, respectivamente, titularidades litigiosas, dudosas y controvertidas a las que nos hemos referido recientemente[10].

Así se recoge por la Circular a la vista también de la regulación contenida en el apartado 2 del mismo artículo 5 según el cual serán parte en el expediente quienes presenten títulos contradictorios sobre el bien objeto de expropiación, lo que así se contempla sin perjuicio de que, por no poder declarar la Administración cuál fuera de mejor derecho al corresponder tal potestad a la jurisdicción ordinaria, el importe del justiprecio hubiera de consignarse conforme dispone el artículo 51.b) del REF.

Pues bien, la cuestión que cabe suscitar a la vista de la esta posición de la Circular es si el Ministerio Fiscal, por muy fundada que fuera su interpretación, está habilitado para inaplicar una norma con rango de Ley de la que, sin especial esfuerzo interpretativo, claramente se desprende que la mera condición litigiosa de una propiedad lleva consigo el necesario entendimiento de las diligencias del expediente expropiatorio con dicho Ministerio Fiscal.

Dicho de otro modo, de lo que se trata es de determinar si el hecho del carácter preconstitucional de la LEF y su estimada oposición a la CE permite su inaplicación por el Ministerio Fiscal al modo en que ocurre cuando son los jueces quienes las inaplican al amparo de la disposición derogatoria 3 de la CE según la interpretación al respecto mantenida por el Tribunal Constitucional (STC 39/2002, de 14 de febrero) según queda reflejado, entre otras muchas, en la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 14 de septiembre de 2009, la cual dice lo siguiente:

«*La disposición derogatoria 3 CE establece que "asimismo quedarán derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución" y de*

acuerdo con esta disposición, los jueces no deben aplicar la ley preconstitucional cuando sea contraria a lo dispuesto en la Constitución, por haber sido derogada por esta. En este sentido resulta muy recomendable la lectura atenta de la STC 39/2002, de 14 de febrero (…). En esta sentencia, el Tribunal Constitucional (…) señala, con abundante cita de su propia jurisprudencia, que "[…] cuando la duda de constitucionalidad se plantea en relación con normas preconstitucionales este Tribunal ha declarado con reiteración que esta circunstancia no impone, por si misma y de modo absoluto, que el órgano judicial deba abstenerse de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, ya que si bien puede examinar y resolver por sí mismo la eventual contradicción con el ordenamiento constitucional de una norma anterior a la Constitución, también puede optar por deferir la cuestión a esta jurisdicción […]". Está claramente admitida, pues, la posibilidad de que el juez ordinario declare la derogación por inconstitucionalidad sobrevenida de normas anteriores a la Constitución, lo que es una consecuencia clara de la fuerza de la propia norma derogatoria, que obliga a los jueces y tribunales del mismo modo que las otras disposiciones constitucionales y, además, de la vinculación que produce la propia Constitución que como norma suprema, ha expulsado del ordenamiento aquellas reglas anteriores que contradigan los derechos fundamentales en ella reconocidos (en un sentido muy parecido, la STS de 21 de septiembre de 1999 […]). Por tanto, el juez puede declarar la derogación por inconstitucionalidad sobrevenida y no se requiere el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, aunque puede optar por ella como reconoce la sentencia del Tribunal Constitucional citada».

Pues bien, toda vez que el Ministerio Fiscal, que según su Estatuto Orgánico ha de ejercer su misión de promover la acción de la justicia conforme al principio de legalidad y que ciertamente puede intervenir en las cuestiones de inconstitucionalidad en los casos y forma previstos en la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, en ningún caso está habilitado, como sí lo están los Jueces y Tribunales, para inaplicar una Ley vigente aun cuando fuera preconstitucional y considerada por su parte contraria a la CE, encontrándose a lo sumo legitimado, cuando fuera parte en el proceso, para instar del juez o Tribunal el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional (art. 35.1 CE).

Es por ello que, respecto de esta cuestión, la Circular, más que cumplir su objetivo último consistente en dotar «*de sentido constitucional*» la «*presencia*» del Ministerio Fiscal en el curso del procedimiento expropiatorio, por lo que parece optar es por justificar su «*ausencia*», si bien contraviniendo un mandato legal que, más allá de la duda razonable sobre su constitucionalidad, resulta en realidad inequívoco en tanto no se disponga lo contrario por un juez o Tribunal.

VI. CONCLUSIONES

I. Una reciente resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 11 de abril de 2019 relativa a la inscripción de un acta de ocupación y consignación de una finca urbana se ha hecho eco de la Circular 6/2019, de 18 de marzo, de la Fiscalía General del Estado, sobre la intervención del Ministerio Fiscal en los procedimientos expropiatorios (*BOE* de 1 de abril de 2019).

II. La notoria relevancia de la Circular cabe así constatarla desde el momento en que efectúa una relectura de lo dispuesto en el artículo 5.1 de la LEF

en relación con los tres supuestos en él contemplados justificadores de la debida intervención del Ministerio Fiscal en los citados procedimientos expropiatorios, relectura que es efectuada con el propósito de adecuar tal intervención a la CE.

III. La Circular desarrolla a estos efectos un minucioso análisis sobre las circunstancias justificadoras de tal intervención así como sobre la identificación del momento procedimental en que se hace preceptiva, lo cual tiene a su vez una notoria trascendencia desde el orden registral de conformidad con el régimen previsto en el artículo 99 del RH en relación con la calificación de los documentos administrativos.

IV. Por lo demás y entre otras posibles cuestiones, resulta igualmente de interés apuntar alguna de las cuestiones en unos casos consideradas en la Circular y en otros casos omitidas en ella en relación con la intervención del Ministerio Fiscal, lo que así ocurre, por ejemplo, en cuanto se refiere a la falta de valoración de las circunstancias derivadas de la aplicación del procedimiento de tasación conjunta en el caso de las expropiaciones urbanísticas o al discutible tratamiento dado al supuesto consistente en la presencia de una propiedad litigiosa.

VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STC 4/1981, de 2 de febrero
- STC 39/2002, de 14 de febrero
- STC 135/2005, de 23 de mayo
- STC 76/2006, de 13 de marzo
- STC 163/2007, de 2 de julio
- STC 223/2007, de 22 de octubre
- STC 231/2007, de 5 de noviembre
- STC 2/2008, de 14 de enero
- STC 150/2008, de 17 de noviembre
- STS de 5 de noviembre de 1985
- STS de 9 de marzo de 1993
- STS de 12 de marzo de 1993
- STS de 21 de septiembre de 1999
- STS de 14 de septiembre de 2009
- STS de 18 de febrero de 2011
- SAN de 21 de enero de 2016
- RDGRN de 27 de abril de 1995
- RDGRN de 27 de enero de 1998
- RDGRN de 27 de marzo de 1999
- RDGRN de 17 de diciembre de 1999
- RDGRN de 31 de julio de 2001
- RDGRN de 31 de marzo de 2005
- RDGRN de 31 de octubre de 2011
- RDGRN de 1 de junio de 2012
- RDGRN de 15 de marzo de 2016
- RDGRN de 13 de febrero de 2019
- RDGRN de 13 de marzo de 2019
- RDGRN de 11 de abril de 2019

VIII. BIBLIOGRAFÍA

DE OBESO PÉREZ-VITORIA, B., autor de la voz dedicada al expropiado en el Capítulo Tercero de la obra colectiva *Manual de Expropiación Forzosa*, Editorial Aranzadi, S.A., 2017, 325.

FERNÁNDEZ TORRES, J.R., *Estudio Integral de las Expropiaciones Urbanísticas,* Ed. Aranzadi, segunda edición, 2017, 201-292.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.-R., *Curso de Derecho Administrativo II,* Decimoquinta edición, Ed. Aranzadi, 2017, 257.

LASO BAEZA, V., Procedimiento expropiatorio de fijación de justiprecio y doble inmatriculación, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 773, año XCV, 1620-1631.

TOLIVAR ALAS, L., en la obra colectiva *Comentarios a la Ley de Expropiación Forzosa,* Ed. Aranzadi, 1999, 48.

NOTAS

[1] DE OBESO PÉREZ-VITORIA, B., autor de la voz dedicada al expropiado en el Capítulo Tercero de la obra colectiva *Manual de Expropiación Forzosa*, Editorial Aranzadi, S.A., 2017, 325.

[2] GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.-R., *Curso de Derecho Administrativo II,* Decimoquinta edición, Ed. Aranzadi, 2017, 257; en el mismo sentido, TOLIVAR ALAS, L., en la obra colectiva *Comentarios a la Ley de Expropiación Forzosa,* Ed. Aranzadi, 1999, 48.

[3] TOLIVAR ALAS, L., en *Comentarios…,* Ed. Aranzadi, 1999, 48.

[4] La resolución de 17 de diciembre de 1999 sostuvo lo siguiente: «*Si se tiene en cuenta: a) Que la intervención del Ministerio Fiscal en el expediente expropiatorio está encaminada a garantizar la actuación de los derechos legalmente reconocidos a los propietarios afectados cuando estos no hayan comparecido (art. 5 de la Ley de Expropiación Forzosa); b) que a los propietarios afectados habrá de notificárseles individualmente el acuerdo de necesidad de ocupación (cfr. art. 21 de la Ley de Expropiación Forzosa), a fin de que puedan impugnar este si procediere (cfr. art. 22 de la Ley de Expropiación Forzosa), acordar la transmisión voluntaria de los bienes (cfr. art. 24 de la Ley de Expropiación Forzosa), o intervenir en la fijación del justiprecio (cfr. arts. 25 y sentencias de la Ley de Expropiación Forzosa); c) que el otorgamiento del acta de ocupación y pago, se produce una vez fijado el justiprecio (cfr. arts. 48, 51 y 53 de la Ley de Expropiación Forzosa); habrá de concluirse que la mera convocatoria del Ministerio Fiscal a la formalización del acta de ocupación y pago no satisface la exigencia legal establecida en el artículo 5 de la Ley de Expropiación Forzosa, que, por lo dicho, presupone su convocatoria desde que se dicta el acuerdo de necesidad de ocupación y en tiempo oportuno para posibilitar su impugnación; y, en consecuencia, deberá rechazarse la inscripción del acta ahora calificada en tanto de la misma no resulte por aseveración del funcionario competente para su autorización, que se practicó en tiempo oportuno dicha convocatoria*».

[5] Dice al respecto la sentencia de 21 de enero de 2016 lo siguiente: «*La buena fe (…) no solo resulta exigible a los administrados, sino también a la Administración. En particular, esta buena fe obliga a la Administración a que, aun cuando los interesados no hayan actuado con toda la diligencia debida en la comunicación del domicilio (bien porque no designaron un domicilio a efectos de notificaciones, bien porque los intentos de notificación en el indicado han sido infructuosos), antes de acudir a la notificación edictal o mediante comparecencia, intente la notificación en el domicilio idóneo, bien porque este consta en el mismo expediente (SSTC 76/2006, de 13 de marzo, FJ 4; y 2/2008, de 14 de enero, FJ 3), bien porque su localización resulta extraordinariamente sencilla, normalmente acudiendo a oficinas o registros públicos (SSTC 135/2005, de 23 de mayo, FJ 4; 163/2007, de 2 de julio, FJ 3; 223/2007, de 22 de octubre, FJ 3; 231/2007, de 5 de noviembre, FJ 3; y 150/2008, de 17 de noviembre, FJ 4)*».

[6] El artículo 50.1 de la LEF dispone lo siguiente: «*Cuando el propietario rehusare recibir el precio o cuando existiere cualquier litigio o cuestión entre el interesado y la Administración, se consignará el justiprecio por la cantidad que sea objeto de discordia, en la Caja General de Depósitos, a disposición de la autoridad o Tribunal competente*». Por su parte el artículo 51.1 dice, en lo que aquí interesa, lo siguiente: «*Se consignará la cantidad a que asciende el justo precio en los casos siguientes: (…) c) Cuando comparezca el Ministerio Fiscal, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley*».

[7] En apoyo de la mencionada doctrina la resolución cita, entre otras resoluciones, las de 27 de abril de 1995, 27 de enero de 1998, 27 de marzo de 1999, 31 de julio de 2001, 31 de marzo de 2005, 31 de octubre de 2011 y 1 de junio de 2012, o las más recientes de 13 de febrero y 13 de marzo de 2019.

[8] GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.-R., *Curso…,* Decimoquinta edición, Ed. Aranzadi, 2017, 257.

[9] FERNÁNDEZ TORRES, J.R., *Estudio Integral de las Expropiaciones Urbanísticas,* Ed. Aranzadi, segunda edición, 2017, 201-292.

[10] LASO BAEZA, V., Procedimiento expropiatorio de fijación de justiprecio y doble inmatriculación, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 73, año XCV, págs. 1620-1631.

4. DERECHO BANCARIO

Nulidad de la condición general de resolución anticipada de los préstamos hipotecarios con consumidores conforme a las SSTJUE de 14 de marzo de 2013, de 26 de enero de 2017, de 26 de marzo de 2019, SSTS de 23 de diciembre de 2015, de 18 de febrero de 2016, de 11 de septiembre de 2019 y resto de jurisprudencia del Tribunal Supremo y jurisprudencia menor

Nullity of the general condition of early termination in mortgage loans entered into with consumers according to the judgments of the European Court of Justice rendered on March 14th 2013, January 26th 2017, March 26th 2019, and of the Spanish Supreme Court rendered on December 23rd 2015, February 18th 2016, September 11th 2019 and the remaining case law from the said Court and lower courts

por

HÉCTOR DANIEL MARÍN NARROS
Doctor en Derecho
Profesor y coordinador académico
del Máster Universitario en Asesoría Jurídica de Empresas de la UNIR
Abogado colegiado en Madrid y Nueva York
LLM por la University of California Berkeley

RESUMEN: Es indudable la facultad de resolución anticipada del profesional prestamista en casos de incumplimientos de los consumidores prestatarios. Ahora bien, el hecho de que sean condiciones generales no negociadas obliga a estudiar la posible abusividad de las mismas debido a las graves y penosas consecuencias que puede tener una temprana extinción unilateral para el consumidor. Tal revisión según la jurisprudencia que se analiza en este artículo requiere atender a las circunstancias del caso, y principalmente, a la modulación de la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo, así como a la posibilidad concedida al consumidor para evitar la resolución anticipada mediante una conducta diligente.

Sin perjuicio de lo anterior, la posible nulidad de este tipo de provisiones generales también puede afectar a la nulidad del resto del contrato y a las ejecuciones hipotecarias que se hayan iniciado en virtud de esta clase de estipulaciones. Y eso es precisamente lo que aborda la STJUE de 26 de marzo de 2019 y la STS de 11 de septiembre de 2019. Aunque esta cuestión estaba regulada previamente en parte en el artículo 693 la Ley 1/2000, de 7 de enero de 2000, de Enjuiciamiento Civil, que fue precisamente objeto de diversas reformas, siendo la más relevante la operada por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios.

A su vez, la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, establece con carácter imperativo cuando puede proceder la resolución anticipada en el caso de contratación de personas físicas de préstamos con hipoteca o garantía real sobre bienes inmuebles de uso residencial o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir para uso residencial. Aunque no conviene olvidar que dicha Ley no se aplica retroactivamente.

En consonancia con lo expuesto, este trabajo pretende estudiar la problemática de la abusividad y nulidad de las condiciones generales de resolución anticipada en los préstamos hipotecarios, celebrados con consumidores analizando el estado actual de la normativa y de la jurisprudencia que se ha dictado en la materia.

ABSTRACT: It is not disputed that a professional lender is entitled to early terminate a mortgage loan before its expiration if a default of the borrower consumer occurs. However, the fact that the early termination is established in a general non-negotiated condition requires to study the possible abuse of this type of clause due to the hard and serious consequences that it may caused on the consumer.

Notwithstanding the foregoing, the possible nullity of this kind of general provisions may also affect the nullity of the full contract and it may foreclose enforcement proceedings that have may been brought pursuant this type of stipulations. These matters are particularly addressed in the Judgments of the European Court of March 26, of the 2019 and Spanish Supreme Court of September 11, of the 2019. But this issue was partially regulated in the article 693 of the Act 1/2000, of January 7th 2000, on Civil Procedure, which was amended several times, being the most relevant one the one performed by the Act 1/2013, of May 14th 2013, on Measures to Reinforce the Protection of Mortgage Debtors.

Furthermore, the 5/2019 Act of March 15, on Real Estate Credit Agreements, establishes in a mandatory manner when an early termination can take place in cases of mortgage loans entered into with individuals when the real estate which is mortgaged has a residential use or its purpose is acquiring or keeping property rights over lands or building built or that are going to be built for the residential use of the borrower. But it has to be taken into account that this Act cannot be applied retroactively.

This paper aims to study the issue of the possible abuse and nullity of the general conditions of early termination in mortgage loans, entered into with consumers analyzing the current status of the Law and the caselaw that has been rendered on this matter.

PALABRAS CLAVE: Préstamo hipotecario. Resolución anticipada. Consumidores. Condición general abusiva. Jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

KEY WORDS: Mortgage loan. Early termination. Consumers. Abusive general condition. Spanish Supreme Court and European Court of Justice case law.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: EXISTENCIA Y PROBLEMÁTICA DE LAS CONDICIONES GENERALES DE RESOLUCIÓN ANTICIPADA EN LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS CELEBRADOS CON CONSUMIDORES.—II. ESTUDIO DE LA REGULACIÓN EXISTENTE: 1. Ley 1/2013. 2. LCCI.—III. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL: 1. Sentencias relevantes del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: *A) STJUE de 14 de marzo de 2013 (asunto C-415/11). B) STJUE de 26 de enero de 2017 (asunto C-421/14). C) STJUE de 26 de marzo de 2019 (asuntos acumulados C-70/17 y C-179/17).* 2. Principales resoluciones del Alto Tribunal español: *A) SSTS de 23 de diciembre de 2015 (ROJ STS 5618/2015) y de 18 de febrero de 2016 (ROJ STS 626/2016). B) STS de 11 de septiembre de 2019 (ROJ STS 2761/2019).* 3. Resoluciones de Audiencias Provinciales y Juzgados de Primera Instancia.—IV. CONCLUSIONES.—V. BIBLIOGRAFÍA REFERENCIADA.—VI. JURISPRUDENCIA CONSULTADA.

I. INTRODUCCIÓN: EXISTENCIA Y PROBLEMÁTICA DE LAS CONDICIONES GENERALES DE RESOLUCIÓN ANTICIPADA EN LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS CELEBRADOS CON CONSUMIDORES

La provisión contractual de vencimiento anticipado es una cláusula recurrente en los préstamos hipotecarios[1] que establece la facultad de las entidades financieras acreedoras (porque generalmente no suele ser recíproca)[2] de declarar resuelto y vencido el préstamo cuando se producen una serie de sucesos que suelen estar vinculados con incumplimientos del deudor hipotecario[3]. Como a continuación se explicará, en la práctica tal vencimiento anticipado supone que el banco puede exigirle al deudor toda la deuda pendiente de pago además del número de cuotas que están impagadas (si es el caso, porque habitualmente se puede resolver por otros motivos que no sea el impago de las cuotas del préstamo como evidencia por ejemplo la STS de 12 de diciembre de 2008 [ROJ STS 6858/2008]). Todo ello sin perjuicio de la potestad de instar la correspondiente ejecución hipotecaria judicial.

A su vez, hay que tener en cuenta que el ejercicio de la resolución anticipada implica la no finalización de los plazos previamente fijados para el pago, los cuales en teoría benefician tanto a la entidad financiera por los intereses que le generan, como al prestatario para poder disponer de tiempo suficiente para obtener el capital que necesita para cumplir con sus obligaciones de pago del capital prestado y los intereses (si es oneroso el préstamo)[4]. Por consiguiente, tal ejercicio de la resolución anticipada suele ocasionar el perjuicio adicional y no menor de no disponer del plazo inicialmente previsto para saldar la deuda contraída mediante el préstamo.

La posibilidad de resolver un contrato con obligaciones recíprocas debido a un incumplimiento de la otra parte no es controvertida[5]. De hecho, está regulada expresamente en el artículo 1124 del Código civil[6] en relación con el 1129 del mismo cuerpo normativo sobre el vencimiento anticipado[7]. Ahora bien, tradicionalmente se ha considerado al préstamo como un negocio unilateral[8], en el sentido de productor de obligaciones a cargo de una sola de las partes[9]: el prestatario, que debe devolver el capital prestado y los intereses cuando se trata de un préstamo oneroso bancario.

Esta tradicional configuración del préstamo como un negocio jurídico unilateral no es sorprendente cuando se atiende a otro de los rasgos de este tipo de contrato. El préstamo es considerado un contrato real en virtud del artícu-

lo 1753 del Código civil[10], perfeccionándose el mismo con la entrega (en estos casos del capital)[11]. (Consecuentemente, la obligación de entregar el capital por el prestamista no es resultado del negocio jurídico, porque dicha entrega tiene que producirse para que se perfeccione el contrato). Si bien es cierto que se entiende que en la práctica bancaria este negocio jurídico ha evolucionado hacia un carácter consensual, en el que la entrega del dinero prestado se suele materializar en el mismo momento de la formalización del préstamo ante el notario público. En consecuencia con lo anterior, la actual tendencia estima que el préstamo es un contrato bilateral[12], sorteándose con ello el expuesto problema de la unilateralidad, al poderse aplicar la regulación expresa del artículo 1124 del Código civil, que contempla la resolución para los casos de obligaciones recíprocas (y por ende, aplicable a contratos bilaterales o sinalagmáticos).

Aunque tal potencial obstáculo no era en todo caso insalvable, puesto que en principio podría contemplarse la posibilidad de resolución por voluntad de una de las partes siempre que no fuera contrario a una norma imperativa en virtud del artículo 1255 del Código civil[13].

Ese ha sido el posicionamiento habitual de nuestros tribunales ante esta clase de estipulaciones hasta los últimos años. Exponentes de esta línea jurisprudencial son las SSTS de 7 de febrero de 2000 (ROJ STS 826/2000), de 4 de junio de 2008 (ROJ STS 2599/2008), de 12 de diciembre de 2008 (ROJ STS 6858/2008) y de 16 de diciembre de 2009 (ROJ STS 8466/2009). En concreto, la STS de 12 de diciembre de 2008 (ROJ STS 6858/2008) desestima sendas pretensiones de nulidad de una provisión general de resolución anticipada en un préstamo hipotecario con consumidores con base en la regulación procesal civil, hipotecaria y del propio Código civil sirviéndose de la siguiente argumentación[14]:

«*SEGUNDO.- El motivo primero del recurso, con cobertura en el artículo 477.1 3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, acusa la infracción del artículo 693.2 de este ordenamiento, por considerar que este precepto no recoge la integridad de incumplimientos de la cláusula resolutoria debatida, sólo el supuesto de inobservancia de pagos del préstamo, además por haberse aplicado retroactivamente. El motivo se desestima.*

(…)

Es evidente que aparece una clara discrepancia entre la cláusula que nos ocupa y el citado precepto, debido a que la primera ha previsto diversos supuestos justificativos de la resolución del contrato de préstamo, singularmente el impago de una cuota de amortización de un recibo de contribución o impuesto que grave la finca, de la prima de seguro de incendio o a todo riesgo, mientras que el artículo 693.2 restringe los supuestos a la falta de pago de alguno de los plazos. Por lo explicado, el artículo 693.2 no es de aplicación para la resolución del caso, como reconoce el propio motivo, por lo que carece de fundamento la alegación de la recurrente sobre que la Audiencia debería haber aceptado parcialmente el recurso de apelación.

El motivo segundo del recurso, con cobertura en el artículo 477.1 3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la transgresión de los artículos 127 y 135 de la Ley Hipotecaria, puesto que en ambos preceptos subyace la misma idea de la obligatoria perdurabilidad del préstamo hipotecario y la necesidad de que se agote el plazo de amortización previsto, de lo que es consecuencia la nulidad de los pactos de resolución anticipada por constituir una resolución opuesta a la pretendida por el Legislador hipotecario, sin que la sentencia recurrida aborde adecuadamente la presunta infracción de estos preceptos, ni solucione de modo correcto el problema

de fondo, esto es, el carácter abusivo, desde la perspectiva de la protección de consumidores y usuarios, de la cláusula debatida. El motivo se desestima. El artículo 127.2 de la Ley Hipotecaria establece que, cuando para el pago de alguno de los plazos del capital o de los intereses fuere necesario enajenar la finca hipotecada y aun quedaran por vencer otros plazos de la obligación, se aplicará lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 135; el último artículo citado, hasta la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, disponía que, si para el pago de alguno de los plazos del capital o de los intereses, fuere necesario enajenar la finca hipotecada, y aun quedaran por vencer otros plazos de la obligación, se llevará a cabo la venta y se transferirá la finca al comprador, con la hipoteca correspondiente a la parte del crédito que no estuviese satisfecha. El artículo 127 hace mención al procedimiento ejecutivo que el acreedor puede iniciar para hacer efectivo su derecho, y el artículo 135 facilitaba una posibilidad, que tendría su origen en la voluntad del acreedor hipotecante, o en un pacto contractual sin excluir la posibilidad de la cláusula de vencimiento anticipado amparada en el artículo 1255 del Código civil. Por otra parte, el artículo 10 de la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles determina que, en caso de impago de dos plazos o del último, el financiador puede optar entre resolver el contrato o exigir la totalidad de los plazos pendientes.

(…)

No sirve para el objetivo pretendido la tesis de que, con fundamento en lo establecido en los artículos 127 y 135 de la Ley Hipotecaria, en el supuesto de impago por parte del deudor, el acreedor hipotecarlo venga obligado a esperar el transcurso del plazo convenido cualquiera que sea su duración para ejecutar la garantía y limitar la ejecución a los vencimientos impagados, debido a que ninguno de estos preceptos excluye la factibilidad de que, como consecuencia de pacto entre las partes, se establezca el vencimiento anticipado de la obligación, cuya legalidad tiene cobijo en el artículo 1255 del Código civil, que permite a los contratantes establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público. CUARTO.- El motivo tercero del recurso, con cobertura en el artículo 477.1 3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, reprocha la vulneración de los artículos 1125, 1127 y 1129 del Código civil, ya que estos preceptos impiden la existencia de una cláusula contractual como la predispuesta por la parte demandada, donde se ordena o prevé, con carácter taxativo e indisponible, cuales son los supuestos en que el deudor perderá el derecho al plazo, lo cual va más allá de lo permitido en el Código civil por permitir otros supuestos de decaimiento del plazo que no encuentran amparo legal. El motivo se desestima.

Se plantea un motivo que carece de interés casacional, debido a que la doctrina jurisprudencial invocada se refiere a la resolución de las obligaciones recíprocas, sin atender lo dispuesto en los preceptos señalados como vulnerados como fundamento de sus pronunciamientos. Es evidente que los artículos 1125, 1127 y 1129 del Código civil son preceptos dispositivos y no imperativos. Los artículos 1125 y 1127 indican que las obligaciones para cuyo cumplimiento se haya señalado un día cierto, serán exigibles cuando el día llegue, y siempre que en las obligaciones se designe un plazo, se presume establecido en beneficio del acreedor y del deudor, salvo que de las obligaciones o de otras circunstancias apareciera que se había establecido el plazo a favor de uno de ellos. En los contratos de préstamos concertados por entidades financieras, el plazo se establece en provecho de ambas partes, habida cuenta de que mediante las operaciones de esta naturaleza, aquellas compañías realizan una actividad mercantil, asimismo en favor del cliente, pues, a través de las mismas, puede alcanzar la adquisición de activos, principalmente de viviendas. El artículo 1129 establece que perderá el deudor todo derecho a utilizar el plazo

cuando, después de contraída la obligación, resulte insolvente, salvo que garantice la deuda, cuando no otorgue al acreedor la garantía a que estuviese comprometido, y cuando por actos propios hubieran disminuido las garantías establecidas o cuando por caso fortuito hubieran desaparecido, salvo que se hubieran sustituido por otras nuevas. En verdad, estas normas del Código civil poseen carácter dispositivo, que no impiden el vencimiento anticipado de los préstamos hipotecarios, con base en lo establecido en el artículo 1255 del Código civil».

Este pronunciamiento judicial es especialmente ilustrativo porque aborda buena parte de la problemática que encierra este tipo de provisión contractual.

Esta validez de esta clase de estipulaciones generales no solo fue respaldada por la jurisprudencia consolidada expuesta, sino también por el legislador de forma expresa, ya que en el artículo 693 de la LEC en su redacción original[15] expresamente reconocía tal posibilidad de resolver anticipadamente, llegando incluso a la ejecución del bien hipotecado, al establecer:

«*Artículo 693. Reclamación limitada a parte del capital o de los intereses cuyo pago deba hacerse en plazos diferentes. Vencimiento anticipado de deudas a plazos*

1. Lo dispuesto en este capítulo será aplicable al caso en que deje de pagarse una parte del capital del crédito o los intereses, cuyo pago deba hacerse en plazos diferentes, si venciere alguno de ellos sin cumplir el deudor su obligación, y siempre que tal estipulación conste inscrita en el Registro.

Si para el pago de alguno de los plazos del capital o de los intereses fuere necesario enajenar el bien hipotecado, y aún quedaren por vencer otros plazos de la obligación, se verificará la venta y se transferirá la finca al comprador con la hipoteca correspondiente a la parte del crédito que no estuviere satisfecha.

2. Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de alguno de los plazos diferentes y este convenio constase inscrito en el Registro.

3. En el caso a que se refiere el apartado anterior, el acreedor podrá solicitar que, sin perjuicio de que la ejecución se despache por la totalidad de la deuda, se comunique al deudor que, hasta el día señalado para la celebración de la subasta, podrá liberar el bien mediante la consignación de la cantidad exacta que por principal e intereses estuviere vencida en la fecha de presentación de la demanda, incrementada, en su caso, con los vencimientos del préstamo y los intereses de demora que se vayan produciendo a lo largo del procedimiento y resulten impagados en todo o en parte. A estos efectos, el acreedor podrá solicitar que se proceda conforme a lo previsto en el apartado 2 del artículo 578.

Si el bien hipotecado fuese la vivienda familiar, el deudor podrá, por una sola vez, aun sin el consentimiento del acreedor, liberar el bien mediante la consignación de las cantidades expresadas en el párrafo anterior.

Si el deudor efectuase el pago en las condiciones previstas en el apartado anterior, se liquidarán las costas y, una vez satisfechas estas, el tribunal dictará providencia declarando terminado el procedimiento. Lo mismo se acordará cuando el pago lo realice un tercero con el consentimiento del ejecutante».

En la misma línea también se pronunció la Dirección General de Registros y Notariado. Así, a modo de ejemplo, en su resolución de 2 de julio de 1999 se expuso y reiteró la inscribibilidad de esta clase de provisiones que facultaban a la entidad financiera a resolver anticipadamente el préstamo ante la falta de pago de cualquier cantidad adeudada[16] (lo que redunda en el reconocimiento de

su validez jurídica). Aunque se matizaba la no admisibilidad de estas provisiones cuando habilitaban tal resolución por comportamientos ajenos al incumplimiento de la misma obligación garantizada[17].

En esa misma línea también se pronunció la doctrina[18], que indicaba:

«*Pero cabe también que en el contrato conste una cláusula de vencimiento anticipado, frecuente en la práctica, que faculte al banco a resolver anticipadamente la relación obligacional, generalmente cuando concurre alguna circunstancia que afecte a la solvencia del deudor. Dicho pacto es lícito (STS de 20 de diciembre de 2005), siempre que se ejercite de buena fe y se respeten los límites establecidos en la LGDCU y en las disposiciones complementarias de la misma*».

A este respecto debe enfatizarse cómo la doctrina ya indicaba como límites a su validez la normativa que finalmente ha originado la posible nulidad de estas cláusulas. Pero contemplaba su licitud en supuestos que afectaran a la solvencia del deudor, sin requerir por ejemplo que se produjera un efectivo impago. Lo cual conforme a la jurisprudencia actual que se estudia en este trabajo es discutible que pueda seguir estableciéndose válidamente[19].

No obstante lo anterior, habitualmente concurren algunas cuestiones que, muchas veces más implícita que expresamente, preocupan y motivan la actuación del legislador[20] y de los tribunales. (Además de otras posibles prácticas comentadas por la doctrina[21], como el papel de la industria del pleito en la defensa de los intereses de los prestatarios). Y es que la validez y ejecución de una resolución anticipada de un préstamo hipotecario con un consumidor en la práctica implica una ejecución hipotecaria que suele desembocar en un desahucio de un deudor (no pocas veces de una familia con escasos medios económicos) que además tiene que afrontar toda la deuda de un préstamo antes del plazo fijado (lo cual dependiendo del momento dentro de la vigencia del contrato puede implicar la correlativa ruina de un deudor que además se ve privado de su casa). Es cierto que estas consecuencias están contempladas en un contrato firmado por ambas partes generalmente ante un notario al amparo de la autonomía de la voluntad. Es cierto que el ordenamiento en principio lo admite y que hay principios generales del Derecho y del orden público empresarial como el *pacta sunt servanda*[22] o la seguridad jurídica[23] y del tráfico jurídico[24] que aconsejan poderosamente permitir tales consecuencias, aunque a nivel particular del deudor puedan resultar fatales. Pero no es menos cierto que tales estipulaciones frecuentemente se imponen mediante condiciones generales por las entidades financieras a los consumidores sin que haya reciprocidad o modulación en los incumplimientos o causas que habilitan tal resolución (y que a veces ni siquiera dependen del prestatario consumidor o no son obligaciones contenidas ni relacionadas directamente con el préstamo hipotecario). Y ahí, dentro de la lucha que la doctrina ha calificado como de «creación de las condiciones jurídicas que en medio de la desigualdad de poder negociador y de mercado de las partes en la contratación masiva, cree las condiciones que mitiguen esa desigualdad y den posibilidades de negociación a la persona consumidora»[25], es precisamente donde esa validez general ha sido y está siendo cuestionada. Es decir, se postula acertadamente por algunos autores como DÍAZ FRAILE[26], que se debe intentar lograr un equilibrio entre los intereses en juego «en el que no exista indefensión por parte del consumidor, ni tampoco una regulación que garantice el derecho de defensa de este a costa de hacer insegura la garantía hipotecaria». Equilibrio

que según algunos autores no se ha logrado, perjudicando además seriamente a la seguridad jurídica[27].

En línea con lo expuesto, incluso en esta etapa de consenso sobre la validez de esta clase de provisiones se puede encontrar excepciones a tal admisibilidad general. Así, el primer pronunciamiento judicial relevante en ese sentido es la STS de 27 de marzo de 1999 (ROJ STS 2155/1999). En el cual con base en la relevancia del cumplimiento de los plazos previamente comentada y en virtud de los artículos 127 y 135 de Ley Hipotecaria, de 8 de febrero de 1946 (en lo sucesivo referida como «Ley Hipotecaria»), señala[28]:

«*Podemos afirmar que la condición resolutoria de los préstamos hipotecarios constituye un pacto contrario a las leyes (a los varios preceptos del Código civil y a los artículos 127 y 135 de la Ley Hipotecaria, a los que se opone frontalmente). Por tanto, da lugar a un pacto nulo, subsumible en el calor anatema del artículo 6 del Código civil: "Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho…".*

Los artículos 127 y 135 de la Ley Hipotecaria demuestran elocuentemente que la condición que precipita el vencimiento del préstamo constituye una cláusula poderosamente revolucionaria en el juego normal de los préstamos hipotecarios, tal como los regula nuestro Derecho sustantivo.

Entronizando esta condición se puede abortar anticipadamente la biología del préstamo garantizado. Si se otorga un crédito con obligación de amortizarlo en un plazo de 16 años, garantizándose con hipoteca el derecho del acreedor, este tendrá que esperar al transcurso del plazo pactado para poder reclamar los devengos últimos, aunque esté lleno de suspicacia negocial por el hecho de que el prestatario haya dejado de satisfacer algún plazo ya vencido. Esta obligada estoicidad financiera del prestamista resulta del juego combinado de los dos artículos mencionados en la Ley Hipotecaria.

Solo conseguiría enervar esa obligada paciencia recaudatoria si consigue incluir en el contrato la mal denominada condición resolutoria del préstamo, por virtud de la cual puede precipitarse el impago hacia el vencimiento anticipado del contrato. Según las cláusulas habituales de las escrituras, el impago de un plazo del capital o de los intereses actúa como condición resolutoria del aplazamiento.

Por ello, como esta condición consigue adulterar las coordenadas temporales de los préstamos hipotecarios representa un pacto de gran trascendencia práctica, que influye poderosamente en el devenir de la relación jurídica. Es un añadido de gran importancia que modifica el curso normal de estos créditos y, por tanto, capaz de engendrar evidentes secuelas civiles y fiscales.

El artículo 127 de la Ley Hipotecaria claramente preconiza la necesaria perdurabilidad del crédito hipotecario en los contratos habituales, en los que no se pacta la condición resolutoria del crédito. Dice este precepto.

"Si el comprador no quisiere la finca con la carga de la hipoteca que queda por satisfacer, se depositará su importe con los intereses que le correspondan para que sea pagado el acreedor al vencimiento de los plazos pendientes".

La hipoteca vigente, el deudor-propietario ha desfallecido en el pago de uno de los vencimientos semestrales o no ha atendido su obligación para saldar un periodo de intereses. El acreedor, impaciente, mueve los resortes para la oportuna enajenación forzosa del bien hipotecado. El mejor postor consigue la adjudicación de la finca, pero la hace suya con la carga de la hipoteca que garantiza los plazos todavía no devengados. Este es el desenlace preestablecido por la ley. Pero el artículo 127 le concede una opción: o asume el bien y soporta la hipoteca hasta el

futuro vencimiento del último plazo convenido o bien puede recibir la finca libre de cargas, cancelándose el gravamen, si previamente consigna la cantidad debida, que habrá descontado del precio de venta.

El artículo 127 demuestra elocuentemente que la situación creditual ha de prolongarse hasta el último día convenido al contratar. Si el legislador no se sintiese constreñido por la necesidad de respetar el plazo convenido hasta sus últimas estribaciones temporales, propiciaría en el artículo 127 un resultado amortizador similar al que se consigue con la condición resolutoria, lo que simplificaría las cosas desde el momento en que el adquirente se ha desprendido del principal de la deuda y hasta se han calculado todos los intereses pendientes con vistas al futuro. El acreedor podría cobrar inmediatamente y se extinguiría la relación jurídica sin perjuicio para nadie.

Pero la ley lo que postula es todo lo contrario. El dinero se entrega de presente pero sólo se puede cobrar en el futuro. La locución legal es diáfanamente expresiva a este respecto: se deposita el dinero "para pagar al acreedor (no ahora, simultáneamente a la percepción del numerario, que parecería cronológicamente congruente) al vencimiento de los plazos pendientes. El legislador pretende que la pendencia se mantenga hasta el final y no permite yugalarla anticipadamente"».

Sin embargo, esta resolución judicial fue objeto de numerosas críticas[29] y no constituyó jurisprudencia como fuente del Derecho, al ser un pronunciamiento aislado que no tuvo continuación. Así el fundamento de derecho segundo de la STS de 12 de diciembre de 2008 (ROJ STS 6858/2008) dice ilustrativamente sobre esta sentencia cuando es alegada por una de las partes[30]:

«*(…) STS de 27 de marzo de 1999, resolución esta que contiene un criterio aislado e insuficiente para ser considerada como jurisprudencia reiterada y con valor para los Tribunales, ya que el artículo 6.1 del Código civil exige que exista más de una sentencia que resuelva el caso con idéntico criterio*».

Habrá que esperar por tanto a la jurisprudencia analizada en este estudio[31] emanada de la recurrente litigiosidad sobre estas estipulaciones[32] para constatar un verdadero criterio de nulidad de esta clase de provisiones consolidado fruto de la evolución jurisprudencial y normativa que ha habido en la materia[33].

En consonancia con lo anterior, en este artículo se pretende abordar la problemática de posible nulidad de las cláusulas de resolución anticipada en los préstamos con consumidores a la luz de los últimos cambios normativos y jurisprudenciales, para intentar esclarecer los supuestos de posible nulidad y sus posibles consecuencias en los procedimientos ejecutivos iniciados al amparo de tales condiciones generales. Todo ello partiendo de la premisa de la validez general de este tipo de estipulaciones cuando no nos encontramos dentro de los supuestos que generan la abusividad de esta clase de cláusulas generales que se explican en este trabajo, en consonancia con la jurisprudencia que tradicionalmente se ha dictado sobre esta cuestión y que ha sido explicada en este apartado introductorio.

II. ESTUDIO DE LA REGULACIÓN EXISTENTE

Sin perjuicio de la infinidad de normativa donde puede encontrarse alguna regulación de este asunto, a efectos de este estudio son relevantes la Ley 1/2013,

14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social (en adelante denominada «Ley 1/2013) y la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (en lo sucesivo referida como «LCCI»)[34].

1. Ley 1/2013

Esta Ley es especialmente importante por la modificación del reproducido artículo 693 de la LEC[35]. Esta reacción del legislador por los cambios jurisprudenciales causados por cuestiones prejudiciales presentadas, la alarma por los desahucios y sus consecuencias se materializó en diversas reformas, siendo una de ellas la comentada modificación realizada por la Ley 1/2013. Según declara el propio legislador en la Exposición de Motivos, la norma «*recoge modificaciones a la Ley de Enjuiciamiento Civil con el fin de garantizar que la ejecución hipotecaria se realiza de manera que los derechos e intereses del deudor hipotecario sean protegidos de manera adecuada y, en su conjunto, se agilice y flexibilice el procedimiento de ejecución*». Particularmente también se menciona «*la modificación del procedimiento ejecutivo a efectos de que, de oficio o a instancia de parte, el órgano judicial competente pueda apreciar la existencia de cláusulas abusivas en el título ejecutivo y, como consecuencia, decretar la improcedencia de la ejecución o, en su caso, su continuación sin aplicación de aquellas consideradas abusivas*», como consecuencia de la adaptación necesaria que imponía la STJUE de 14 de marzo de 2013 (asuntos acumulados C-70/17 y C-179/17).

En concreto, la referida modificación efectuada en el artículo 7 de esta Ley se traduce en la siguiente redacción vigente a partir del 15 de mayo de 2013, según su disposición final cuarta:

«*1. Lo dispuesto en este Capítulo será aplicable al caso en que deje de pagarse una parte del capital del crédito o los intereses, cuyo pago deba hacerse en plazos, si vencieren al menos tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a tres meses. Así se hará constar por el notario en la escritura de constitución. Si para el pago de alguno de los plazos del capital o de los intereses fuere necesario enajenar el bien hipotecado, y aún quedaren por vencer otros plazos de la obligación, se verificará la venta y se transferirá la finca al comprador con la hipoteca correspondiente a la parte del crédito que no estuviere satisfecha.*

2. Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de, al menos, tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo, al menos, equivalente a tres meses, y este convenio constase en la escritura de constitución.

3. En el caso a que se refiere el apartado anterior, el acreedor podrá solicitar que, sin perjuicio de que la ejecución se despache por la totalidad de la deuda, se comunique al deudor que, hasta el día señalado para la celebración de la subasta, podrá liberar el bien mediante la consignación de la cantidad exacta que por principal e intereses estuviere vencida en la fecha de presentación de la demanda, incrementada, en su caso, con los vencimientos del préstamo y los intereses de demora que se vayan produciendo a lo largo del procedimiento y resulten impagados en todo o

en parte. A estos efectos, el acreedor podrá solicitar que se proceda conforme a lo previsto en el apartado 2 del artículo 578.

Si el bien hipotecado fuese la vivienda habitual, el deudor podrá, aun sin el consentimiento del acreedor, liberar el bien mediante la consignación de las cantidades expresadas en el párrafo anterior.

Liberado un bien por primera vez, podrá liberarse en segunda o ulteriores ocasiones siempre que, al menos, medien tres años entre la fecha de la liberación y la del requerimiento de pago judicial o extrajudicial efectuada por el acreedor.

Si el deudor efectuase el pago en las condiciones previstas en los apartados anteriores, se tasarán las costas, que se calcularán sobre la cuantía de las cuotas atrasadas abonadas, con el límite previsto en el artículo 575.1 bis y, una vez satisfechas estas, el secretario judicial dictará decreto liberando el bien y declarando terminado el procedimiento. Lo mismo se acordará cuando el pago lo realice un tercero con el consentimiento del ejecutante».

Nótese que la citada regulación modificaba solo el apartado 3 del reproducido precepto y que tal párrafo fue previamente reformado por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial desde el 4 de mayo de 2010.

En todo caso, esta «reacción legislativa» volvía a validar el uso de este tipo de cláusulas a pesar de ser su preocupación y objetivo proteger los intereses de los deudores hipotecarios. Y tuvo su reflejo en diversas resoluciones judiciales como las SSTS de 23 de diciembre de 2015 (ROJ STS 5618/2015) y de 18 de febrero de 2016 (ROJ STS 626/2016), que dejaron «algunas lagunas» que según determinados autores que precisaban de los pronunciamientos posteriores[36].

De igual manera se debe destacar que debido a que se trata de una norma procesal, y a que las aplicaciones de los cambios jurisprudenciales sobre las posibles nulidades de condiciones generales se basan en unas Directivas y regulación sustantiva que es anterior a esta Ley y que es aplicable a la mayoría de los pleitos que se platean ante los tribunales, la fecha de entrada en vigor de esta norma no es usualmente importante en esta clase de litigios.

2. LCCI

Esta norma que tiene su origen en la trasposición de la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014[37], aborda de una forma más exhaustiva este tema. La LCCI regula el vencimiento anticipado de la siguiente manera:

«*Artículo 24 Vencimiento anticipado*

1. En los contratos de préstamo cuyo prestatario, fiador o garante sea una persona física y que estén garantizados mediante hipoteca o por otra garantía real sobre bienes inmuebles de uso residencial o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir para uso residencial el prestatario perderá el derecho al plazo y se producirá el vencimiento anticipado del contrato si concurren conjuntamente los siguientes requisitos:

a) Que el prestatario se encuentre en mora en el pago de una parte del capital del préstamo o de los intereses.

b) Que la cuantía de las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al menos:

i. Al tres por ciento de la cuantía del capital concedido, si la mora se produjera dentro de la primera mitad de la duración del préstamo. Se considerará cumplido este requisito cuando las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al impago de doce plazos mensuales o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a doce meses.

ii. Al siete por ciento de la cuantía del capital concedido, si la mora se produjera dentro de la segunda mitad de la duración del préstamo. Se considerará cumplido este requisito cuando las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al impago de quince plazos mensuales o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a quince meses.

c) Que el prestamista haya requerido el pago al prestatario concediéndole un plazo de al menos un mes para su cumplimiento y advirtiéndole de que, de no ser atendido, reclamará el reembolso total adeudado del préstamo.

2. Las reglas contenidas en este artículo no admitirán pacto en contrario.

El artículo 24 será de aplicación para los contratos anteriores a la entrada en vigor de esta Ley en los que se incluyan cláusulas de vencimiento anticipado, salvo que el deudor alegara que la previsión que contiene resulta más favorable para él. Sin embargo, no será de aplicación a los contratos cuyo vencimiento anticipado se hubiera producido con anterioridad a la entrada en vigor, se hubiese instado o no un procedimiento de ejecución hipotecaria para hacerlo efectivo, y estuviera este suspendido o no, conforme establece el número 4 de la disposición transitoria primera de la presente Ley».

Es decir, la LCCI clarifica los supuestos en que por Derecho imperativo los préstamos garantizados mediante hipoteca o por otra garantía real sobre bienes inmuebles de uso residencial o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir para uso residencial[38] pueden contemplar válidamente el vencimiento anticipado.

A su vez, se debe destacar que la fecha de celebración del préstamo no es relevante en virtud de la literalidad reproducida y de la disposición transitoria primera de la comentada Ley[39]. Lo importante a efectos de su aplicación al supuesto concreto es que se haya producido el vencimiento anticipado con independencia de la tramitación procesal del mismo (incluso aunque no se hubiera instado el procedimiento de ejecución hipotecaria para hacerlo efectivo) después de la entrada en vigor de la LCCI, que tuvo lugar el 16 de junio de 2019 conforme a su disposición final decimosexta[40].

III. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

1. Sentencias relevantes del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

A) STJUE de 14 de marzo de 2013 (asunto C-415/11)

Esta resolución judicial es relevante porque fue la precursora de los controles posteriores de abusividad de esta clase de estipulación general[41]. De hecho fue uno de los argumentos esgrimidos posteriormente por el Alto Tribunal español, nuestras audiencias provinciales y juzgados para declarar su abusividad[42]. En este caso, al hilo de una cuestión prejudicial planteada por un juzgado español se establece ilustrativamente en su apartado 73:

«*En particular, por lo que respecta, en primer lugar, a la cláusula relativa al vencimiento anticipado en los contratos de larga duración por incumplimientos del deudor en un periodo limitado, corresponde al juez remitente comprobar especialmente, como señaló la Abogado General en los puntos 77 y 78 de sus conclusiones, si la facultad del profesional de dar por vencida anticipadamente la totalidad del préstamo depende de que el consumidor haya incumplido una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate, si esa facultad está prevista para los casos en los que el incumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo, si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia y si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo*».

B) STJUE de 26 de enero de 2017 (asunto C-421/14)

Esta sentencia ha sido estudiada por la doctrina[43], así como seguida y citada por nuestros tribunales[44]. Respecto al control de abusividad y las consecuencias del mismo en el caso de las provisiones de vencimiento anticipado este pronunciamiento judicial comenta[45]:

«*El examen del eventual carácter abusivo de una cláusula de un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor implica determinar si esta causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes del contrato. Este examen debe realizarse teniendo en cuenta las normas nacionales aplicables cuando no exista acuerdo entre las partes, los medios de que dispone el consumidor en virtud de la normativa nacional para hacer que cese el uso de ese tipo de cláusulas, la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato en cuestión, y todas las circunstancias que concurran en su celebración.*

(…)

Por lo que se refiere a la apreciación por parte de un tribunal nacional del eventual carácter abusivo de una cláusula relativa al vencimiento anticipado por incumplimiento de las obligaciones del deudor durante un periodo limitado, incumbe a ese tribunal nacional examinar, en particular, si la facultad que se concede al profesional de declarar el vencimiento anticipado de la totalidad del préstamo está supeditada al incumplimiento por parte del consumidor de una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate, si esa facultad está prevista para los casos en los que tal incumplimiento tiene carácter suficientemente grave en relación con la duración y la cuantía del préstamo, si dicha facultad constituye una excepción con respeto a las normas generales aplicables en la materia en ausencia de estipulaciones contractuales específicas y si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo».

C) STJUE de 26 de marzo de 2019 (asuntos acumulados C-70/17 y C-179/17)

Esta sentencia ha sido ampliamente comentada[46] y citada en resoluciones judiciales[47]. Este pronunciamiento resuelve dos cuestiones prejudiciales planteadas por juzgados españoles dentro de dos procedimientos iniciados por entidades

financieras contra personas físicas ejecutando cláusulas de vencimiento anticipado. En esencia se solicitaba que se esclareciera las consecuencias que deben extraerse de la declaración del carácter abusivo de la provisión de resolución anticipada[48]. Sobre esta cuestión la STJUE de 26 de marzo de 2019 (asuntos acumulados C-70/17 y C-179/17) señala[49]:

«*Incumbe a los órganos jurisdiccionales remitentes comprobar, con arreglo a las normas de Derecho interno y adoptando un enfoque objetivo (véase, en este sentido, la sentencia de 15 de marzo de 2012, Pereničová y Perenič, C-453/10, EU:C:2012:144, apartado 32), si la supresión de esas cláusulas tendría como consecuencia que los contratos de préstamo hipotecario no puedan subsistir.*

61. En tal supuesto, corresponderá a los órganos jurisdiccionales remitentes examinar si la anulación de los contratos de préstamo hipotecario objeto de los litigios principales expondría a los consumidores en cuestión a consecuencias especialmente perjudiciales. A este respecto, resulta de los autos de remisión que tal anulación podría incidir, en particular, en los cauces procesales de Derecho nacional con arreglo a los cuales los bancos pueden reclamar judicialmente el pago de la totalidad del importe del préstamo pendiente de devolución por los consumidores. Así, en caso de anulación de los contratos de préstamo hipotecario objeto de los litigios principales, el cobro de los créditos de los bancos deberá tener lugar a través de un procedimiento de ejecución ordinaria, mientras que seguirá siendo aplicable el procedimiento especial de ejecución hipotecaria en caso de que esos contratos se mantengan sustituyendo la cláusula abusiva por la nueva redacción del artículo 693, apartado 2, de la LEC, que permite declarar el vencimiento anticipado de tales contratos en caso de impago por parte del deudor de, al menos, tres mensualidades. Según se ha señalado, estos dos procedimientos se distinguen, en particular, por la circunstancia de que el procedimiento especial de ejecución hipotecaria de la vivienda habitual se caracteriza por la posibilidad de que el deudor libere el bien hipotecado antes del cierre de la subasta mediante la consignación de la cantidad debida, por la posibilidad de obtener una reducción parcial de la deuda y por la garantía de que el bien hipotecado no será vendido por un precio inferior al 75% de su valor de tasación.

62. Pues bien, tal deterioro de la posición procesal de los consumidores afectados, en caso de recurrirse al procedimiento de ejecución ordinaria en lugar de seguir el cauce del procedimiento especial de ejecución hipotecaria, es pertinente a efectos de apreciar las consecuencias de la anulación de los contratos en cuestión y, según lo declarado en el apartado 59 de la presente sentencia, podría justificar por consiguiente, siempre que exponga a dichos consumidores a consecuencias especialmente perjudiciales, que los órganos jurisdiccionales remitentes sustituyeran las cláusulas abusivas por la versión del citado artículo 693, apartado 2, de la LEC posterior a la celebración de los contratos controvertidos en los litigios principales. No obstante, dado que las características de estos procedimientos de ejecución se enmarcan exclusivamente en la esfera del Derecho nacional, corresponde en exclusiva a los órganos jurisdiccionales remitentes llevar a cabo las comprobaciones y las comparaciones necesarias a tal efecto.

63. Por el contrario, con arreglo a la jurisprudencia citada en el apartado 56 de la presente sentencia, si los órganos jurisdiccionales remitentes llegan a la conclusión de que los contratos de préstamo hipotecario en cuestión pueden subsistir sin las cláusulas abusivas controvertidas en los litigios principales, deberían abstenerse de aplicar dichas cláusulas, salvo que el consumidor se oponga a ello, en particular en el caso de que este considere que una ejecución hipotecaria seguida al amparo de tal cláusula le sería más favorable que el cauce del procedimiento de ejecución

ordinaria. En efecto, ese contrato debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible (véase, en este sentido, la sentencia de 26 de enero de 2017, Banco Primus, C-421/14, EU:C:2017:60, apartado 71).

64. Habida cuenta de las anteriores consideraciones, ha de responderse a las cuestiones prejudiciales planteadas en los asuntos C-70/17 y C-179/17 que los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que, por una parte, se oponen a que una cláusula de vencimiento anticipado de un contrato de préstamo hipotecario declarada abusiva sea conservada parcialmente mediante la supresión de los elementos que la hacen abusiva, cuando tal supresión equivalga a modificar el contenido de dicha cláusula afectando a su esencia, y, por otra parte, no se oponen a que el juez nacional ponga remedio a la nulidad de tal cláusula abusiva sustituyéndola por la nueva redacción de la disposición legal que inspiró dicha cláusula, aplicable en caso de convenio entre las partes del contrato, siempre que el contrato de préstamo hipotecario en cuestión no pueda subsistir en caso de supresión de la citada cláusula abusiva y la anulación del contrato en su conjunto exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales».

Como puede observarse, este pronunciamiento establece que el préstamo hipotecario se puede integrar con la normativa aplicable en el supuesto de que el mismo no pueda subsistir sin la provisión general del vencimiento anticipado abusivo. En el caso de que pueda subsistir sin la mencionada estipulación no se debe aplicar dicha cláusula, salvo que el deudor hipotecario se oponga a ello. Asimismo se especifica que tal consecuencia debe aplicarse especialmente cuando el deudor hipotecario considere que una ejecución hipotecaria seguida al amparo de tal cláusula le sería más favorable que el cauce del procedimiento de ejecución ordinaria.

Este posicionamiento según diversos autores como DÍAZ FRAILE conduce a una modificación de la regulación de la tramitación de los procedimientos de ejecución hipotecaria en España en el sentido expuesto, debiendo a partir de ahora el deudor hipotecario consumidor y su letrado valorar qué resulta más favorable a sus intereses cuando el préstamo pueda subsistir sin la provisión de vencimiento anticipado: si continuar con el procedimiento de ejecución por la vía del procedimiento hipotecario especial o el sobreseimiento[50]. De ahí la relevancia de este pronunciamiento judicial estudiado.

Nótese que la resolución judicial analizada no determina cuando el contrato puede subsistir sin la cláusula general anulada. Esta cuestión ha sido resuelta recientemente por la STS de 11 de septiembre de 2019 (ROJ STS 2761/2019) que posteriormente se analizará. Pero antes de ese pronunciamiento de nuestro Alto Tribunal, como consecuencia de tal indefinición sobre cuándo puede subsistir el contrato sin la estipulación de resolución anticipada, algunos autores como DÍAZ FRAILE[51] también se planteaban que la STJUE de 26 de marzo de 2019 (asuntos acumulados C-70/17 y C-179/17) podría interpretarse por nuestro Alto Tribunal de forma que considerase que el préstamo hipotecario puede subsistir sin la provisión de vencimiento anticipado, pero siguiendo la reformulada doctrina «Kásler-Abanca», estimara que el contrato queda alterado en cuanto a su «finalidad y naturaleza jurídica» de manera relevante, porque se suponga que las partes del préstamo, con arreglo a su voluntad común (real o hipotética), no habrían suscrito el negocio jurídico sin la referida provisión[52]; o bien estimar que una vez anulada la mencionada cláusula general por abusiva el contenido residual del contrato no refleja un equilibrio real de la posición contractual de

las partes. Lo cual originaría un desequilibrio que haría excesivamente oneroso el contrato para el predisponente (y/o para el consumidor por el deterioro de su posición procesal). Aunque se apuntaba que este tema pende de la respuesta del Tribunal de Justicia a la cuestión prejudicial la planteada por el Juzgado del Primera Instancia de Fuenlabrada, mediante auto de 8 de febrero de 2016. Y tal respuesta se materializó en los 3 autos del TJUE de 3 de julio de 2019 que han originado a su vez la doctrina del Alto Tribunal español contenida en la STS de 11 de septiembre de 2019 que es comentada en el apartado II.B) de este trabajo.

2. Principales resoluciones del Alto Tribunal español

A) SSTS de 23 de diciembre de 2015 (ROJ STS 5618/2015) y de 18 de febrero de 2016 (ROJ STS 626/2016)

La STS del Pleno de la Sala Primera (con el valor interpretativo adicional que ello supone), de 23 de diciembre de 2015 (ROJ STS 5618/2015) tan célebre por sus pronunciamientos sobre la nulidad de otras condiciones generales de los préstamos hipotecarios, como la cláusula suelo o la distribución de los gastos relacionados con dicho negocio jurídico[53], analiza dos motivos de casación en relación con una cláusula de vencimiento anticipado[54] en un litigio donde se ejercita una acción colectiva por una asociación de consumidores contra dos entidades financieras[55].

El primer motivo era la posible nulidad por abusividad de la condición general. En este sentido la entidad financiera sostenía su validez sobre la premisa de que existía una justa causa que habilitaba la resolución y correspondiente vencimiento anticipado, así como que tal cláusula no era objeto del control abstracto de transparencia[56].

La resolución tras recordar el reconocimiento expreso de la validez de la resolución anticipada por el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia anterior, entra a valorar la posible abusividad con base en la STJUE de 14 de marzo de 2013 (asunto C-415/11) que ya permitía tal posibilidad según se ha comentado anteriormente[57]. Pero declara la nulidad de la provisión general enjuiciada con la siguiente argumentación[58], que es reproducida o citada en infinidad de resoluciones judiciales posteriores[59]:

«*Sobre estas bases, la cláusula controvertida no supera tales estándares, pues aunque pueda ampararse en las mencionadas disposiciones de nuestro ordenamiento interno, ni modula la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo, ni permite al consumidor evitar su aplicación mediante una conducta diligente de reparación (aunque con posterioridad lo haya permitido la legislación cuando el bien hipotecado es la vivienda habitual - artículo 693.3, párrafo 2, LEC, en redacción actual dada por Ley 19/2015, de 13 de julio). Y en cualquier caso, parece evidente que una cláusula de vencimiento anticipado que permite la resolución con el incumplimiento de un solo plazo, incluso parcial y respecto de una obligación accesoria, debe ser reputada como abusiva, dado que no se vincula a parámetros cuantitativa o temporalmente graves*

(…)

Es decir, ante el pacto de vencimiento anticipado en un contrato celebrado con consumidores y siempre que se cumplan las condiciones mínimas establecidas en

el artículo 693.2 LEC, los tribunales deben valorar, además, en el caso concreto, si el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado por parte del acreedor está justificado, en función de los criterios antes expuestos: esencialidad de la obligación incumplida, gravedad del incumplimiento en relación con la cuantía y duración del contrato de préstamo y posibilidad real del consumidor de evitar esta consecuencia; tal como estableció la ya mencionada STJUE de 14 de marzo de 2013 (caso C-415/11).

5.- La tutela de los consumidores aconseja evitar interpretaciones maximalistas, que bajo una apariencia de máxima protección, tengan como consecuencia paradójica la restricción del acceso al crédito hipotecario y, derivadamente, a la adquisición de vivienda en propiedad.

Declarada la admisibilidad de las cláusulas de vencimiento anticipado en los términos expuestos, el mismo principio de equilibrio en las prestaciones que ha de presidir su interpretación, revela lo inadecuado de obligar a las entidades prestamistas, ante comportamientos de flagrante morosidad, a acudir en exclusiva a la vía declarativa para obtener la resolución contractual (art. 1124 CC), con cierre de la vía ejecutiva especial legalmente prevista y correlativa obstaculización de la efectividad de la garantía real. Cuando, además, las propias estadísticas oficiales revelan que la duración media pactada de los préstamos hipotecarios para adquisición de vivienda se incrementó entre 1990 y 2005 de 12 a 25 años, acercándose incluso entre 2006 y 2010 a una media de 26 años; lo que redunda en la inconveniencia de obligar a la espera de un incumplimiento total en todos los préstamos vigentes a largo plazo que contengan cláusulas de vencimiento anticipado abusivas.

(…)

Estamos, pues, ante un remedio enervatorio de la ejecución que permite neutralizar los efectos de la cláusula de vencimiento anticipado con la consiguiente rehabilitación del contrato y, por ende, del crédito hipotecario.

Asimismo, la legislación otorga al deudor hipotecario otras ventajas específicas en vía ejecutiva, tales como la prevista en el artículo 579 LEC en relación con las posibilidades liberatorias de la responsabilidad del deudor para el caso de adjudicación de la vivienda habitual hipotecada cuando el remate fuera insuficiente para lograr la satisfacción completa; o la contenida en el artículo 682-2-1.ª LEC, al establecer que el valor de tasación a efectos de la subasta no podrá ser inferior al 75 por cien del valor de tasación que sirvió para conceder el préstamo.

Especialidades previstas a favor del deudor hipotecario cuando la ejecución se conduce por la vía del procedimiento específico de los artículos 681 y siguientes LEC, que no resultarían aplicables en el juicio declarativo.

7.- De ahí que no pueda afirmarse incondicionalmente que la decisión de proseguir la ejecución sea más perjudicial para el consumidor. Al contrario, sobreseer el procedimiento especial de ejecución para remitir a las partes al juicio declarativo, puede privar a todos los compradores de viviendas mediante préstamos hipotecarios a largo plazo anteriores a la Ley 1/2013, que contengan cláusulas abusivas de vencimiento anticipado de una regulación que contempla especiales ventajas, como las de liberación del bien y rehabilitación del contrato, en los términos expresados».

Por consiguiente, el Alto Tribunal reitera la validez general de este tipo de provisiones, establece la posibilidad de controlar su abusividad[60] y reserva la nulidad por abusividad para aquellos casos que no esté justificada tal facultad por ausencia de esencialidad de la obligación incumplida, de gravedad del incumplimiento en relación con la cuantía y duración del contrato de préstamo y de posibilidad real del consumidor de evitar tal vencimiento anticipado. Sin

perjuicio de lo anterior, debido a las garantías y derechos que benefician al deudor hipotecario en los procedimientos ejecutivos, en esta sentencia se recomienda una interpretación cautelosa que no prive al deudor de los mismos por tenerse que recurrir entonces al juicio declarativo. Este último aspecto ha sido uno de los más comentados y controvertidos de este pronunciamiento del Tribunal Supremo en esta materia[61].

Este posicionamiento ha sido ratificado, creando jurisprudencia, por la STS de 18 de febrero de 2016 (ROJ STS 626/2016), en la que se reproduce el razonamiento estudiado en un supuesto de acción individual de personas físicas contra una entidad financiera en la que se solicitaba por el banco la validez de la provisión general del vencimiento anticipado[62] por la concurrencia de causa justa.

El segundo de los motivos del recurso resuelto por la STS de 23 de diciembre de 2015 (ROJ STS 5618/2015) es la solicitud de integración del contrato como consecuencia de la declaración de nulidad. Pretensión que el Alto Tribunal desestima siguiendo su jurisprudencia anterior contenida en la STS de 7 de diciembre de 2015 (ROJ STS 3828/2015). Lo cual es consistente con la jurisprudencia mantenida por el TJUE[63]. Si bien el posicionamiento de la imposibilidad de integración tanto del Tribunal Supremo[64] como del TJUE[65] se está flexibilizando al respecto (dentro de la a veces difusa distinción entre integración e interpretación[66]).

Sin perjuicio de lo anterior, la subsistencia del negocio jurídico no es controvertida al amparo del artículo 8 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (en adelante llamada «LCGC»), 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en lo sucesivo denominado «TRLGDCU»), y demás normativa de aplicación[67]. No obstante, conforme a la doctrina descrita en este apartado III, los jueces habitualmente anulan la cláusula general litigiosa, aplicando el régimen normativo vigente (que usualmente no se aplicaba en el momento de redactar la correspondiente estipulación general). Lo cual sí podría estimarse que es integración del contrato, o al menos una interpretación integradora. Y por ello ha suscitado algunas críticas dentro de la doctrina[68].

B) STS de 11 de septiembre de 2019 (ROJ STS 2761/2019)

Esta sentencia del pleno de la Sala Primera persigue clarificar los efectos de la nulidad de las estipulaciones generales de vencimiento anticipado en relación con la doctrina contenida en la comentada STJUE de 26 de marzo de 2019 (asuntos acumulados C-70/17 y C-179/17) y los autos dictados por el mismo tribunal el 3 de julio de 2019. Inmediatamente ha sido objeto de comentario y análisis en diversas fuentes[69].

El origen de este pleito es una acción individual de declaración de nulidad de varias cláusulas contenidas en un préstamo hipotecario, ejercitada por personas físicas contra un banco. Dentro de tales provisiones generales cuya anulación se pretendía se encontraba la de resolución anticipada[70]. En este caso se planteaban varios motivos tanto en el recurso extraordinario por infracción procesal como en el de casación. Aunque a estos efectos podría resumirse las alegaciones del recurso de casación en la infracción de la doctrina previa del Tribunal Supremo sobre la validez de las estipulaciones de vencimiento anticipado, así como de múltiples preceptos del TRLGDCU[71].

Siguiendo el comentario del propio Gabinete Técnico de la Sala de lo Civil del Alto Tribunal[72], se puede reseñar a este respecto que el Alto Tribunal, resolviendo la incertidumbre anteriormente expuesta en el apartado III.1.C, aclara que en principio no podrían subsistir los préstamos hipotecarios de larga duración (que son la mayoría y sobre todo los que originan los pleitos sobre la validez de esta clase de estipulaciones generales) si la ejecución de la garantía resulta ilusoria. Y ello porque el préstamo hipotecario es un negocio jurídico complejo, cuyo fundamento común para las partes es la obtención de un crédito más barato (consumidor) a cambio de una garantía eficaz en caso de impago (banco). La consecuencia entonces debiera ser que, la supresión de la cláusula que sustenta esa garantía causaría la nulidad total del contrato.

No obstante, esa no es la solución que finalmente establece nuestro Alto Tribunal, justificándolo como ya se adelantaba en el apartado I de este estudio, en que tal nulidad total podría causar al consumidor unos graves perjuicios como la obligación de devolver la totalidad del saldo vivo del préstamo, la pérdida de las ventajas legalmente previstas para la ejecución hipotecaria o el riesgo de la ejecución de una sentencia declarativa.

En este sentido el Tribunal Supremo recuerda que para evitar dichas consecuencias perjudiciales para el consumidor, el TJUE en su analizada STJUE de 26 de marzo de 2019 (asuntos acumulados C-70/17 y C-179/17) ha admitido que la provisión abusiva se sustituya por la disposición legal que inspiró las cláusulas de vencimiento anticipado, (en referencia al artículo 693.2 LEC en su redacción del año 2013). Esa parecía que iba a ser la posible «integración» que iba a acordar el Alto Tribunal. Sin embargo, este ha estimado que en el momento actual resultaba más lógico (por el carácter dispositivo del artículo 693.2 de la LEC en su versión anterior a la LCCI y por la retroactividad limitada de la LCCI establecida en su disposición transitoria primera[73]) aplicar la LCCI como norma imperativa más beneficiosa para el consumidor. Por consiguiente, hay que atender a los requisitos analizados en el apartado II.2 para determinar el régimen que resulta aplicable tras la anulación de la provisión general abusiva.

Sin perjuicio de lo anterior, debido a las dificultades que va a plantear la aplicación de este posicionamiento, esta sentencia proporciona una serie de orientaciones jurisprudenciales, fijando el criterio relevante para resolver los litigios sobre las estipulaciones generales de vencimiento anticipado[74]:

«*a. Los procesos en que, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1/2013, se dio por vencido el préstamo por aplicación de una cláusula contractual reputada nula, deberían ser sobreseídos sin más trámite.*

b. Los procesos en que, con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1/2013, se dio por vencido el préstamo por aplicación de una cláusula contractual reputada nula, y el incumplimiento del deudor no reúna los requisitos de gravedad y proporcionalidad antes expuestos, deberían ser igualmente sobreseídos.

c. Los procesos referidos en el apartado anterior, en que el incumplimiento del deudor revista la gravedad prevista en la LCCI, podrán continuar su tramitación.

d. Los autos de sobreseimiento dictados conforme a los apartados a) y b) anteriores no surtirán efecto de cosa juzgada respecto de una nueva demanda ejecutiva basada, no en el vencimiento anticipado por previsión contractual, sino en la aplicación de disposiciones legales (ATJUE de 3 de julio de 2019, asunto C-486/16). Solución que no pugna con el artículo 552.3 LEC, puesto que no se trata de un segundo despacho de ejecución con fundamento en el mismo título, sino de ejecuciones basadas en diferentes títulos (el contrato, en el primer caso, y la ley en el segundo).

e. Debe entenderse que las disposiciones legales mencionadas en el apartado anterior son las contenidas en la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario, pese a que las resoluciones del TJUE se refieran expresamente al artículo 693.2 LEC en la redacción dada por la Ley 1/2013 y pueda haber alguna discordancia con la disposición transitoria primera 4.ª de la Ley 5/2019».

Consecuentemente, el Alto Tribunal con esta sentencia ha establecido claramente su posicionamiento respecto de la continuidad del negocio jurídico a pesar de los posibles obstáculos que se planteaba la doctrina al respecto[75], fijando a su vez una serie de pautas para resolver el régimen aplicable en la posible integración del contrato y el impacto que la nulidad puede tener en las ejecuciones hipotecarias.

3. Resoluciones de Audiencias Provinciales y Juzgados de Primera Instancia

Estos pronunciamientos siguen los postulados comentados del Tribunal Supremo, reproduciendo las diversas sentencias que son estudiadas en este trabajo. A modo de ejemplo, la SAP de Barcelona, Sec. 15.ª, de 30 de julio de 2019 (ROJ SAP B 9668/2019), en un caso donde se solicita la nulidad de varias provisiones generales por personas físicas, razona de la siguiente manera la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado, y tras aludir a la jurisprudencia tradicional de este tipo de provisiones del Tribunal Supremo, sigue la doctrina contenida en la STS de 23 de diciembre de 2015 (ROJ STS 5618/2015) y la STJUE de 14 de marzo de 2013 (asunto C-415/11), indicando[76]:

«*En el presente caso, a diferencia del incidente de oposición a la ejecución del artículo 695 de la LEC, en el que se puede valorar las circunstancias concretas del incumplimiento y la forma en que se ha ejercitado la resolución, el carácter abusivo de la cláusula lo hemos de analizar en abstracto. No es posible, por tanto, analizar si resulta aplicable la normativa nacional en un eventual proceso de ejecución. Pues bien, la cláusula impugnada permite a la entidad de crédito dar por vencido el crédito a partir de un incumplimiento que en ningún caso podríamos considerar grave o esencial, en atención a la cuantía y duración del préstamo, como es el impago de una sola cuota. La respuesta al incumplimiento —el vencimiento anticipado y la pérdida del plazo— es desproporcionada y, en consecuencia, la cláusula es abusiva conforme a lo dispuesto en el artículo 82.1.º y 85.4.º del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*».

Otro pronunciamiento ilustrativo lo encontramos en el AAP de Madrid, Sec. 18.ª, de 18 de octubre de 2016 (ROJ AAP M 681/2016) que en un caso de acción individual de declaración de nulidad de diversas condiciones generales[77], teniendo que dilucidar si en el supuesto concurre tal cláusula abusiva y si en ese caso debe excluirse su aplicación o considerarse que procede el vencimiento anticipado porque se ha producido más de un impago (y con ello continuaría la ejecución hipotecaria)[78]. En el mismo, con base en la doctrina expuesta en los dos apartados anteriores del Tribunal de la Unión Europea y del Alto Tribunal español que reproduce, amparado por la prohibición de integración declara la abusividad de la provisión, la excluye del contrato y sobresee el procedimiento ejecutivo instado[79] utilizando la siguiente argumentación[80]:

«*De ello se desprende que por una parte nos encontraríamos ante una cláusula que debe reputarse como abusiva, pues es evidente que contempla la resolución del contrato por el vencimiento de un solo plazo, y por otra parte la aplicación de dicha cláusula constituye el fundamento de la cantidad exigible, pues si bien es cierto que la entidad financiera no ha procedido a aplicar la cláusula en su primaria redacción, es decir, declarar el vencimiento por la existencia del impago de un solo plazo, lo cierto y verdad es que sí se ha producido el vencimiento anticipado de la obligación aunque por el impago de varios plazos, por todo ello como tiene establecido la doctrina del TJUE y ha sido confirmado por la doctrina de TS. El mero hecho de que nos haya procedido a la aplicación de la cláusula abusiva no significa que el juez nacional como dice el Tribunal de Justicia no pueda extraer las consecuencias precisas de abusividad de la cláusula, y esas consecuencias no son otras que la exclusión de la cláusula del contrato por lo que en el presente supuesto no podemos moderar de alguna manera la declaración de abusividad de la cláusula atendiendo a las posibilidades que pueda ofrecer la legislación nacional y que proporcionan medidas al consumidor que en este caso no permite al consumidor evitar su aplicación mediante una conducta diligente de reparación, ni pueden aplicarse las medidas legislativas de corrección de dicho supuesto o establecidas por la modificación que se hecho del procedimiento ejecución hipotecaria en virtud de la ley 19/2015, que tan solo se refieren al procedimiento de ejecución hipotecaria. Por ello de acuerdo con la doctrina contenida en las sentencias que hemos citado con anterioridad, la única solución plausible de acuerdo con las nuevas orientaciones jurisprudenciales pasa por la declaración de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado y su exclusión del contrato por tener una redacción que no cumple con los parámetros y exigencias determinados por la jurisprudencia del Tribunal Supremo para dar validez a dichas cláusulas, y por otra parte porque en el marco de procedimiento en que nos encontramos, procedimiento de juicio ejecutivo ordinario, no existen remedios legislativos análogos al artículo 693 de la LEC en su nueva redacción, a lo que se añade que de no interpretarse así ocurriría que la mayoría de las entidades financieras eludiría la aplicación de la nueva regulación de la ejecución hipotecaria y de las posibilidades que ofrece al deudor para minorar la figura del vencimiento anticipado, simplemente mediante la interposición de una acción ejecutiva ordinaria privando al deudor hipotecario de las posibilidades que la legislación hipotecaria le otorga*».

En otro caso de acción individual de nulidad de condiciones generales contra un banco, la SAP de Palma de Mallorca, Sec. 5.ª, de 18 de junio de 2019 (ROJ SAP IB 1273/2019), siguiendo la STJUE de 26 de enero de 2017 (asunto C-421/14), confirma la nulidad declarada en primera instancia de la estipulación general de vencimiento anticipado[81] diciendo[82]:

«*En orden a la validez de la estipulación sexta bis, apartado 1 de la escritura de préstamo, decíamos que desde el momento en que la cláusula que se examina prevé el vencimiento anticipado por el impago de cualquier plazo (o por el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones derivadas de la operación garantizada) y que por tanto no se vincula a parámetros cuantitativa o temporalmente graves, comporta un desequilibrio importante en los derechos del consumidor, infringiendo lo dispuesto en el artículo 82 LGDCU que establece que se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato*».

En línea similar se ha manifestado la primera instancia, como puede apreciarse en la SJPI del núm. 1 de Sánlucar la Mayor de 14 de febrero de 2017 (que anula por abusiva la cláusula de vencimiento anticipado), el AJPI núm. 393/2017 del núm. 4 de Zaragoza de 26 de julio de 2017 (inadmitiendo la ejecución hipotecaria como consecuencia de la nulidad de la provisión litigiosa de resolución anticipada), la SJPI núm. 928/2018 del núm. 3 de Gerona de 17 de junio de 2018 y la SJPI núm. 1731/2018 del núm. 1bis de Toledo de 5 de diciembre de 2018 (ambas declarando la nulidad de esta clase de estipulaciones generales). En concreto, la última sentencia citada ilustrativamente indica tras reproducir la doctrina expuesta del TJUE y del Alto Tribunal español[83]:

«*Atendiendo a los criterios expuestos en esta sentencia, se puede concluir que la cláusula de vencimiento anticipado por el impago de una cuota es abusiva puesto que prevé el vencimiento anticipado aunque no haya habido un incumplimiento sustancial o grave por parte del prestatario. Así pues, las condiciones contractuales imponen consecuencias negativas por el consumidor que no existirían si se aplicara la normativa general del cumplimiento de las obligaciones que exige que para resolver el contrato el incumplimiento de una de las partes haya sido sustancial.*

Así mismo, el artículo 693 de la Ley Hipotecaria, modificado por la Ley 19/2015 de 13 de julio, estableció que el vencimiento anticipado se podría producir cuando se hubieran impagado al menos tres cuotas de las previstas en el contrato. Así pues, a pesar de que la modificación de este artículo es posterior a la firma del contrato objeto de las actuaciones, tomándolo como criterio interpretativo implica considerar que la previsión contractual impugnada es abusiva (puesto que solo era una cuota).

No se acredita que hubiera circunstancias específicas que justificaran esta cláusula y que se pudiera declarar vencido el crédito por el incumplimiento de una sola de las cuotas o de los intereses.

Teniendo en cuenta el importe elevado del préstamo, el número de cuotas previstas supondría un pequeño porcentaje en relación a la cantidad total prestada, motivo por el cual, no se podría considerar un incumplimiento sustancial ni relevante. El mismo si tenemos en cuenta la duración del préstamo, por el que el impago de un porcentaje tan ínfimo en relación al total de cuotas, no se puede considerar grave».

IV. CONCLUSIONES

Del estudio de la jurisprudencia y regulación analizada en este trabajo pueden extraerse las siguientes conclusiones sobre la validez de las condiciones generales de resolución anticipada contenidas en los préstamos hipotecarios celebrados con consumidores, así como las consecuencias jurídicas de su posible nulidad:

I. Tradicionalmente los tribunales españoles han estimado que la provisión general de vencimiento anticipado es válida, sin profundizar en los supuestos en los que se habilitaba a ejercitarla. Ejemplos de esta jurisprudencia se pueden encontrar en las SSTS de 7 de febrero de 2000 (ROJ STS 826/2000), de 4 de junio de 2008 (ROJ STS 2599/2008), de 12 de diciembre de 2008 (ROJ STS 6858/2008) y de 16 de diciembre de 2009 (ROJ STS 8466/2009).

II. Principalmente tras la STJUE de 14 de marzo de 2013 (asunto C-415/11), que postulaba la revisión por los tribunales nacionales de la suficiencia de la gravedad del incumplimiento del consumidor con respecto a la duración y a la

cuantía del préstamo para no considerar abusivas esta clase de estipulaciones generales, se produjeron unos cambios normativos (Ley 1/2013) y jurisprudenciales (SSTS de 23 de diciembre de 2015 [ROJ STS 5618/2015] y STS de 18 de febrero de 2016 [ROJ STS 626/2016]) para trasladar este posicionamiento a nuestro ordenamiento interno. Esta es la doctrina que siguen las Audiencias Provinciales y los Juzgados de Primera Instancia.

III. Como consecuencia de la evolución jurisprudencial, de la necesidad de trasponer la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014 y la cierta alarma social con las ejecuciones hipotecarias, se aprobó la LCCI. En su artículo 24 se establecen los siguientes requisitos imperativos para la resolución anticipada en los préstamos que entran dentro su ámbito de aplicación:

a) Que el prestatario se encuentre en mora en el pago de una parte del capital del préstamo o de los intereses.

b) Que la cuantía de las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al menos:

i. Al tres por ciento de la cuantía del capital concedido, si la mora se produjera dentro de la primera mitad de la duración del préstamo. Se considerará cumplido este requisito cuando las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al impago de doce plazos mensuales o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a doce meses.

ii. Al siete por ciento de la cuantía del capital concedido, si la mora se produjera dentro de la segunda mitad de la duración del préstamo. Se considerará cumplido este requisito cuando las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al impago de quince plazos mensuales o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a quince meses.

c) Que el prestamista haya requerido el pago al prestatario concediéndole un plazo de al menos un mes para su cumplimiento y advirtiéndole de que, de no ser atendido, reclamará el reembolso total adeudado del préstamo.

Estos requisitos son aplicables a los préstamos cuyo vencimiento anticipado (incluso aunque no se hubiera instado el procedimiento de ejecución hipotecaria para hacerlo efectivo) se haya producido el 16 de junio de 2019 o con posterioridad, conforme a la disposición final decimosexta de la regulación.

IV. El problema se deriva principalmente respecto de las consecuencias jurídicas en los casos de ejecución hipotecaria. En general procede la nulidad y no aplicación de la cláusula cuando la misma resulta abusiva por no superar los requisitos comentados. Pero ello puede implicar al deudor hipotecario consumidor perder algunas peculiaridades de los procedimientos de ejecución hipotecaria que se estiman que le benefician. Ante esta tesitura, la interpretación más generalizada de la STJUE de 26 de marzo de 2019 (asuntos acumulados C-70/17 y C-179/17) postula que se debe producir una reforma de nuestra regulación actual para incorporar la doctrina contenida en este pronunciamiento, en el sentido de que el préstamo hipotecario se puede integrar con la normativa aplicable en el supuesto de que el mismo no pueda subsistir sin la provisión general del vencimiento anticipado abusivo. En el caso de que pueda subsistir no se debe aplicar dicha cláusula, salvo que el deudor hipotecario se oponga a ello. Al respecto se especifica que tal consecuencia debe aplicarse especialmente cuando el deudor hipotecario considere que una ejecución hipotecaria seguida al amparo de tal cláusula le sería más favorable que el cauce del procedimiento declarativo.

V. Aunque, como no podía ser de otro modo, la STJUE de 26 de marzo de 2019 (asuntos acumulados C-70/17 y C-179/17) no determina cuándo el préstamo puede subsistir sin la cláusula general de resolución anticipada. Sobre tal cuestión, la posible integración a realizar y el efecto en las ejecuciones hipotecarios, el Alto Tribunal en su reciente STS de 11 de septiembre de 2019 (ROJ STS 2761/2019) fija los siguientes criterios:

a. Los procesos en que, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1/2013, se dio por vencido el préstamo por aplicación de una cláusula contractual reputada nula, deberían ser sobreseídos sin más trámite.

b. Los procesos en que, con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1/2013, se dio por vencido el préstamo por aplicación de una cláusula contractual reputada nula, y el incumplimiento del deudor no reúna los requisitos de gravedad y proporcionalidad antes expuestos, deberían ser igualmente sobreseídos.

c. Los procesos referidos en el apartado anterior, en que el incumplimiento del deudor revista la gravedad prevista en la LCCI, podrán continuar su tramitación.

d. Los autos de sobreseimiento dictados conforme a los apartados a) y b) anteriores no surtirán efecto de cosa juzgada respecto de una nueva demanda ejecutiva basada, no en el vencimiento anticipado por previsión contractual, sino en la aplicación de disposiciones legales.

e. Debe entenderse que las disposiciones legales mencionadas en el apartado anterior son las contenidas en la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario, pese a que las resoluciones del TJUE se refieran expresamente al artículo 693.2 LEC en la redacción dada por la Ley 1/2013 y pueda haber alguna discordancia con la disposición transitoria primera 4.ª de la Ley 5/2019

V. BIBLIOGRAFÍA REFERENCIADA

ALBALADEJO GARCÍA, M. (2011). *Compendio de Derecho Civil*, 14.ª ed., Edisofer, Madrid, Ed. Sofer.

BALLUGERA GÓMEZ, C. (2017). Cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios y control de transparencia. En: Velasco Fabra, G.J. (Coord.); Cuadrado Pérez, C. (dir.), Almeida Cerreda, M. (dir.) *La Hipoteca en el Desarrollo del Modelo Económico*. Cizur Menor, España: Aranzadi, 23-49.

BLANCO SARALEGUI, J.M.ª y BLÁZQUEZ MARTÍN, R. (2019). Jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo en materia de cláusulas abusivas en productos bancarios. Especial referencia a préstamos hipotecarios. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 773, 1632-1650.

DÍAZ FRAILE, J.M.ª (2019). La doctrina de la sentencia del TJUE de 26 de marzo de 2019, sobre la cláusula de vencimiento anticipado en los préstamos hipotecarios. *Notarios y Registradores,* admin, 14/04/2019, disponible en https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/doctrina/articulos-doctrina/clausula-de-vencimiento-anticipado-comentario-a-la-stsje-26-de-marzo-de-2019/, consultado el 1 de septiembre de 2019.

DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L. (2007). *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial I*, 6.ª ed., Madrid: Civitas.

GARCÍA VILLARUBIA, M. (2019). El laberinto de los efectos de la nulidad del vencimiento anticipado: ¿y ahora qué? *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 74, disponible en https://www.uria.com/de/seleccion/estudiantes/seccion-del-estudiante/articulos.html?id=6358&pub=Publicacion&tipo=*, consultado el 1 de septiembre de 2019.

HERBOSA MARTÍNEZ, I. (2019). Los criterios objetivos de integración del contrato: supuestos en los que se admiten y alcance de su función. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 773, 1215-1246.

MARÍN NARROS, H.D. (2019). Nulidad de la condición general de asunción de gastos de los préstamos hipotecarios y consecuente distribución y pago de los mismos (Notaría y Registro de constitución y cancelación de la hipoteca, tasación y gestoría) conforme a las SSTS de 23 de diciembre de 2015, de 23 de enero de 2019 y resto de jurisprudencia del Tribunal Supremo y de las Audiencias Provinciales. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 773, 1651-1688.

PULIDO BEGINES, J.L. (2013). Los contratos de préstamo bancario y de apertura de crédito. En: *Derecho Mercantil*, V. 7, 15.ª ed., Jiménez Sánchez, G.J. y Díaz Moreno, A. (coords.), Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 119-140.

REDONDO TRIGO, F. (2019). Reparto de gastos hipotecarios. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 773, 1602-1619.

SAÉNZ DE JUBERA HIGUERO, B. (2019). El régimen del vencimiento anticipado en los préstamos hipotecarios tras la Ley 5/2019, de 15 de marzo y de 3 de julio de 2019. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 774, 2077-2091.

VI. JURISPRUDENCIA CONSULTADA

Pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

- STJUE de 14 de marzo de 2013 (asunto C-415/11).
- STJUE de 30 de abril de 2014 (asunto C-21/13).
- STJUE de 21 de enero de 2015 (asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13).
- STJUE de 26 de enero de 2017 (asunto C 421/14).
- STJUE de 26 de marzo de 2019 (asuntos acumulados C-70/17 y C-179/17).

Resoluciones del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil

- STS de 7 de febrero de 2000 (ROJ STS 826/2000).
- STS de 22 de mayo de 2001 (ROJ STS 4233/2001).
- STS de 4 de junio de 2008 (ROJ STS 2599/2008).
- STS de 12 de diciembre de 2008 (ROJ STS 6858/2008).
- STS de 16 de diciembre de 2009 (ROJ STS 8466/2009).
- STS de 9 de mayo de 2013 (ROJ STS 1916/2013).
- STS de 7 de diciembre de 2015 (ROJ STS 3828/2015).
- STS de 23 de diciembre de 2015 (ROJ STS 5618/2015).
- STS de 18 de febrero de 2016 (ROJ STS 626/2016).
- STS de 13 de septiembre de 2016 (ROJ STS 4044/2016).
- STS de 18 de septiembre de 2016 (ROJ STS 626/2016).
- ATS de 8 de febrero de 2017 (ROJ ATS 271/2017).
- STS de 8 de junio de 2017 (ROJ STS 2244/2017).
- STS de 14 de febrero de 2018 (ROJ STS 511/2018).
- STS de 11 de julio de 2018 (ROJ STS 2551/2108).
- STS de 12 de septiembre de 2018 (ROJ STS 3100/2018).

- STS de 12 de marzo de 2019 (ROJ STS 762/2019).
- STS de 11 de septiembre de 2019 (ROJ STS 2761/2019).

Pronunciamientos de Audiencias Provinciales

- AAP de Madrid, Sec. 18.ª, de 18 de octubre de 2016 (ROJ AAP M 681/2016).
- SAP de Palma de Mallorca, Sec. 5.ª, de 18 de junio de 2019 (ROJ SAP IB 1273/2019).
- SAP de Barcelona, Sec. 15.ª, de 30 de julio de 2019 (ROJ SAP B 9668/2019).
- AAP de Gerona, Sec. 2.ª, de 31 de julio de 2019 (ROJ AAP GI 663/2019).

Resoluciones de Juzgados de Primera Instancia

- SJPI del núm. 1 de Sánlucar la Mayor de 14 de febrero de 2017.
- AJPI núm. 393/2017 del núm. 4 de Zaragoza de 26 de julio de 2017.
- SJPI núm. 928/2018 del núm. 3 de Gerona de 17 de junio de 2018.
- SJPI núm. 1731/2018 del núm. 1bis de Toledo de 5 de diciembre de 2018.

NOTAS

[1] Cfr. ATS de 8 de febrero de 2017 (ROJ ATS 271/2017), SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B. (2019), DÍAZ FRAILE, J.M.ª (2019), PULIDO BEGINES, J.L. (2013), 131. Así algunos medios hablan de un 99% en su empleo. Cfr. NAVAS CUSÍ. Cláusula vencimiento anticipado. Disponible en https://www.navascusi.com/clausula-vencimiento-anticipado/?utm_medium=ppc&utm_source=adwords&utm_term=clausula%20de%20vencimiento%20anticipado&utm_campaign=&hsa_acc=9984596226&hsa_ad=352967738144&hsa_kw=clausula%20de%20vencimiento%20anticipado&hsa_tgt=kwd-299487770306&hsa_mt=b&hsa_src=g&hsa_net=adwords&hsa_grp=68113979973&hsa_cam=1746879809&hsa_ver=3&gclid=EAIaIQobChMImu-KsrrB4wIV1_hRCh0NhwDSEAAYASAAEgKHXfD_BwE, consultado el 19 de julio de 2019.

[2] Cfr. PULIDO BEGINES, J.L. (2013), 131 y ejemplo de cláusula reproducida en este estudio.

[3] A estos efectos se proporciona un ejemplo real de este tipo de cláusulas tomado de un préstamo hipotecario celebrado con un consumidor en el año 2010:

«*(El banco) podrá dar por vencido el préstamo, y exigible la deuda por las causas siguientes:*

a) Por el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones pactadas en esta escritura.

b) Por el impago de una o varias de las cuotas pactadas de capital o de intereses ordinarios o de intereses de demora.

c) Si la parte deudora o el tercer poseedor deteriorara la finca o no reparara la finca o fincas hipotecadas, de modo que su valor se redujera en un 20%.

d) Falta de pago puntual de todas las contribuciones e impuestos que graven la finca o fincas hipotecadas, o de cualquier otro crédito que tenga preferencia legal de cobro sobre el acreedor hipotecario.

e) No asegurar de incendios y de riesgos la finca o finca hipotecadas, o hacerlo por cantidad inferior a la señalada, o dejar caducar dicho seguro.

f) Si la entidad acreedora se viera obligada a satisfacer cualquier pago de los que se pactan en la estipulación «Créditos Conexos».

g) La venta o arrendamiento de la finca o fincas hipotecadas sin el consentimiento del banco.

h) Cuando se compruebe la falsedad o inexactitud relevante en los datos o informaciones facilitados al banco o en los documentos aportados por la parte prestataria, que sirvieron de base para la concesión de este préstamo o para la vigencia del mismo.

i) Si cualquiera de los fiadores fuese declarado en concurso o presentase solicitud de concurso voluntario o fuese admitida a trámite la solicitud de concurso necesario.

j) Si la parte prestataria sufriera embargo de bienes sobre la propiedad, se alzase con los mismos o los liquidase o enajenase de forma apresurada o en condiciones que al tiempo de su enajenación o liquidación no fuesen las normales de mercado, o si vendiera, enajenara, gravara o de cualquier otra forma dispusiese de todos o una parte sustancial de sus activos que represente, al menos un 20% de su activo patrimonial sin recibir a cambio contraprestaciones equivalentes.

k) Cuando se interpusiera contra la parte prestataria reclamación de cantidad, judicial o extrajudicialmente, que pudiera llevar aparejada ejecución o embargo y cuyo importe, individual, o acumulado si se diera más de una reclamación, sumara más del 20% de su activo.

l) Cuando la solvencia del prestatario se vea reducida en al menos un 15%.

m) Si la prestataria estuviera en situación que razonablemente pudiera hacer prever un incumplimiento generalizado futuro de sus obligaciones.

n) En el supuesto de que la prestataria incumpla cualquier otra obligación, independientemente de esta escritura, con el banco.

o) Cuando cualquiera de las anteriores circunstancias comprendidas en los apartados b) a n) ambos inclusive, de la presente estipulación concurrieren en cualquiera de los fiadores que en su caso garanticen el cumplimiento de las obligaciones de los prestatarios.

p) En el caso de que no se inscribiera la presente escritura en el Registro de la Propiedad correspondiente en el plazo de dos meses a contar desde la firma de este contrato, así como en el caso de que sobre la finca hipotecada existiera alguna otra carga, condición o gravamen preferente a la hipoteca aquí instrumentada, distinta de las previstas en el presente documento».

Nótese en primer lugar que la facultad de resolución no es recíproca. Al prestatario consumidor no se le suele habilitar en ningún caso a la resolución anticipada ni en esta cláusula ni en el resto de la escritura de préstamo hipotecario. A su vez, puede constatarse como no hay graduación alguna de los incumplimientos, varios de los supuestos no dependen del prestatario e incluso se refieren a obligaciones no contenidas en la escritura o de terceros. Es más, algunas de las causas habilitantes para la resolución anticipada son preventivas de una posible situación de insolvencia o dificultad de pago, pudiéndose resolver incluso antes de que se produzca tal posible incumplimiento.

[4] Cfr. DÍAZ FRAILE, J.M.ª (2019) y resolución de la Dirección General de Registros y Notariado de 2 de julio de 1993.

[5] *Vid.* ALBALADEJO GARCÍA, M. (2011), 227 y 228.

[6] En concreto el citado precepto 1124 establece:

«*La facultad de resolver las obligaciones se entienda implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe.*

El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando este resultare imposible.

El Tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo.

Esto se entiende sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes, con arreglo a los artículos 1295 y 1298 y las disposiciones de la Ley Hipotecaria».

[7] Que establece:

«*Perderá el deudor todo derecho a utilizar el plazo:*

1.º Cuando, después de contraída la obligación, resulte insolvente, salvo que garantice la deuda.

2.º Cuando no otorgue al acreedor las garantías a que estuviese comprometido.

3.º Cuando por actos propios hubiese disminuido aquellas garantías después de establecidas, y cuando por caso fortuito desaparecieran, a menos que sean inmediatamente sustituidas por otras nuevas e igualmente seguras». Sobre esta validez al amparo de ambos preceptos vid. SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B. (2019).

[8] Cfr. PULIDO BEGINES, J.L. (2013), 122; STS de 22 de mayo de 2001 (ROJ STS 4233/2001), entre otras.

[9] *Vid.* ALBALADEJO GARCÍA, M. (2011), 217; DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L. (2007), 167. Es decir, la bilateralidad se refiere a la estructura de las obligaciones, habiendo

varios obligados, en lugar de a la concurrencia de una o varias partes contractuales en el correspondiente negocio jurídico.

[10] Que dispone:

«*El que recibe en préstamo dinero u otra cosa fungible, adquiere su propiedad, y está obligado a devolver al acreedor otro tanto de la misma especie y calidad*».

[11] Cfr. PULIDO BEGINES, J.L. (2013), 121-122.

[12] Cfr. STS de 11 de julio de 2018 (ROJ STS 2551/2108), entre otras.

[13] Cfr. ALBALADEJO GARCÍA, M. (2011), 227 y la STS de 12 de diciembre de 2008 (ROJ STS 6858/2008) que alude expresamente al artículo 1255 del Código civil para admitir la validez de este tipo de cláusulas de resolución anticipada en un préstamo hipotecario.

[14] Cfr. fundamentos de derecho segundo, tercero y cuarto de la mencionada resolución judicial. A efectos de poder valorar con mayor precisión la doctrina de esta sentencia, se facilita la literalidad de la cláusula litigiosa que proporciona la propia resolución:

«*El préstamo se considerará vencido y consiguientemente resuelto, y podrá procederse al reintegro de las cantidades entregadas, intereses, intereses de demora, por medio del procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, por el procedimiento ejecutivo extrajudicial o por el procedimiento ejecutivo general de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en los casos siguientes: a) Incumplimiento de cualquiera de las obligaciones pactadas en la presente escritura. Con respecto a la falta de pago, bastará la de una cuota cualquiera de amortización, incluidos todos los conceptos que la integran, de un recibo de contribución o impuesto que grave la finca, aún cuando el recibo de contribución haya sido pagado por la Caja, adelantando las cantidades precisas, teniendo la entidad prestadora facultad para exigir el reembolso de las cantidades anticipadas y sus intereses, al tipo pactado en este contrato, más el correspondiente recargo por demora previsto en el mismo. Igualmente se producirán los mismos efectos cuando se trate del impago de una prima de seguro de incendios o de todo riesgo a la construcción*».

[15] Vigente hasta el 9 de diciembre de 2007, en virtud de la modificación operada por la disposición adicional tercera de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria. Posteriormente hubo otras modificaciones de la reproducida redacción original.

[16] Repárese que tal posibilidad es lo que precisamente veda la actual jurisprudencia mantenida por ejemplo en las SSTS de 23 de diciembre de 2015 (ROJ STS 5618/2015) y de 18 de septiembre de 2016 (ROJ STS 626/2016).

[17] Nótese como la cláusula reproducida a modo de ejemplo no cumple este requisito impuesto 11 años después de su uso.

[18] Cfr. PULIDO BEGINES, J.L. (2013), 131.

[19] *Vid.* infra apartado III.2 y 3.

[20] Tal preocupación puede apreciarse fácilmente en el título de las siguientes regulaciones: Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios; Real Decreto Ley 27/2012, de 5 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección de los deudores hipotecarios o Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.

[21] Cfr. GARCÍA VILLARUBIA, M. (2019).

[22] *Vid.* DÍAZ FRAILE, J.M.ª (2019), SSTS de 13 de septiembre de 2016 (ROJ STS 4044/2016), de 14 de febrero de 2018 (ROJ STS 511/2018) y de 12 de marzo de 2019 (ROJ STS 762/2019), entre otras.

[23] Definido por DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN como «*asequibilidad, posibilidad de conocimiento y certidumbre del sistema normativo aplicable a un caso o a una situación determinada, de manera que se pueda predecir o pronosticar con algún fundamento cuáles van a ser las normas aplicables y cuáles son los resultados o las consecuencias que de la situación se pueden derivar o extraer*» (2007, 68). Nótese que esta quiebra de la seguridad es evidente al verse reforzada la validez de tales cláusulas por la normativa y jurisprudencia expuestas que estaban vigentes cuando las controvertidas condiciones generales de vencimiento anticipado se incorporaban a los contratos. Es claro que el ordenamiento jurídico tiene que buscar soluciones en las que

diversos bienes jurídicos protegidos o principios jurídicos pueden verse afectados, dando prioridad a unos sobre otros para poder alcanzar una resolución de la cuestión planteada. Y esto en el caso de las sentencias tiene que producirse con carácter retroactivo en muchos casos, puesto que a la hora de plantearse la disputa no había una resolución clara sobre el conflicto. (En caso contrario no podría resolverse el mismo, si no solo los futuros). Esto es lo que aparentemente sucede en estos casos de posible nulidad de las provisiones generales de resolución anticipada, en los que parece prevalecer la protección del consumidor con base en su normativa protectora y la regulación de las condiciones generales sobre la seguridad jurídica en la que confiaron las entidades financieras al imponer esta clase de cláusulas de forma generalizada. Lo cual ha sucedido anteriormente, por ejemplo, en el caso de las cláusulas suelo, como evidencia el argumento empleado por la entidad financiera en el correspondiente recurso de casación de la STS de 9 de mayo de 2013 (ROJ STS 1916/2013).

[24] *Vid.* DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L. (2007), 67 y sigs.

[25] Cfr. BALLUGERA GÓMEZ, C. (2017), 24. Nótese que esta «lucha» se enmarca en el desarrollo de un mercado competitivo y dinámico del crédito hipotecario por el cual debe velar el Estado social y democrático de Derecho consagrado en la Constitución Española de 1978 según el citado autor. Pero no tanto motivado por un incumplimiento del deber informativo que no se subsana por la simple intervención notarial típica de los préstamos hipotecarios (SSTS de 8 de junio de 2017 [ROJ STS 2244/2017], de 12 de septiembre de 2018 [ROJ STS 3100/2018] y BLANCO SARALEGUI, J.M.ª y BLÁZQUEZ MARTÍN, R. [2019]), como por el desequilibrio impuesto que no se habría aceptado de no existir tal diferencia en el poder de negociación con el consumidor.

[26] Cfr. (2019).

[27] Cfr. GARCÍA VILLARUBIA, M. (2019).

[28] Cfr. fundamento de derecho quinto de la resolución reproducida.

[29] Cfr. DÍAZ FRAILE, J.M.ª (2019).

[30] Cfr. fundamento de derecho segundo la sentencia comentada.

[31] *Vid.* infra apartado III.

[32] Cfr. SAENZ DE JUBERA HIGUERO, B. (2019) y GARCÍA VILLARUBIA, M. (2019).

[33] Cfr. DÍAZ FRAILE, J.M.ª (2019).

[34] En sentido similar sobre la regulación importante sobre esta cuestión *Vid.* DÍAZ FRAILE, J.M.ª (2019), SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B. (2019).

[35] Cfr. DÍAZ FRAILE, J.M.ª (2019).

[36] Cfr. DÍAZ FRAILE, J.M.ª (2019).

[37] Cfr. apartado II de la Exposición de Motivos de la citada regulación. Para más información sobre la aplicación de CCCI SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B. (2019).

[38] El ámbito de aplicación de la LCCI está regulado específicamente en su precepto 2.

[39] Que en consonancia con el precepto 24 de la LCCI dispone:

«*1. Esta Ley no será de aplicación a los contratos de préstamo suscritos con anterioridad a su entrada en vigor.*

2. No obstante, las previsiones de esta Ley resultarán de aplicación a aquellos contratos celebrados con anterioridad si son objeto de novación o de subrogación con posterioridad a su entrada en vigor. En particular, el prestamista deberá informar al prestatario en los términos señalados en el artículo 14 de aquellos contenidos que hayan sido objeto de modificación respecto de lo contratado inicialmente.

3. Cualquiera que sea el momento en el que se hubiera celebrado el contrato, el prestatario siempre tendrá derecho de reembolso anticipado en el supuesto previsto en el apartado 6 del artículo 23.

4. Para los contratos anteriores a la entrada en vigor de esta Ley en los que se incluyan cláusulas de vencimiento anticipado, será de aplicación lo previsto en el artículo 24 de esta Ley, salvo que el deudor alegara que la previsión que contiene resulta más favorable para él. Sin embargo, no será de aplicación este artículo a los contratos cuyo vencimiento anticipado se hubiera producido con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, se hubiese instado o no un procedimiento de ejecución hipotecaria para hacerlo efectivo, y estuviera este suspendido o no».

[40] Esta disposición fija la entrada en vigor a los tres meses de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, que tuvo lugar el 16 de marzo de 2019 según puede constatarse

en la web del referido medio disponible en: https://boe.es/boe/dias/2019/03/16/, consultada el 25 de julio de 2019.

[41] *Vid.* GARCÍA VILLARUBIA, M. (2019).

[42] *Vid.* STS de 23 de diciembre de 2015 (ROJ STS 5618/2015), SAP de Barcelona, Sec. 15.ª, de 30 de julio de 2019 (ROJ SAP B 9668/2019), SJPI del núm. 1 de Sánlucar la Mayor de 14 de febrero de 2017, SJPI núm. 928/2018 del núm. 3 de Gerona de 17 de junio de 2018 y SJPI núm. 1731/2018 del núm. 1bis de Toledo de 5 de diciembre de 2018.

[43] Cfr. GARCÍA VILLARUBIA, M. (2019).

[44] *Vid.* SAP de Palma de Mallorca, Sec. 5.ª, de 18 de junio de 2019 (ROJ SAP IB 1273/2019), AAP de Gerona, Sec. 2.ª, de 31 de julio de 2019 (ROJ AAP GI 663/2019), SJPI núm. 1731/2018 del núm. 1bis de Toledo de 5 de diciembre de 2018, entre otras.

[45] Cfr. párrafo 67.

[46] Cfr. BLANCO SARALEGUI, J.M.ª y BLÁZQUEZ MARTÍN, R. (2019), DÍAZ FRAILE, J.M.ª (2019), GARCÍA VILLARUBIA, M. (2019) y SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B. (2019).

[47] *Vid.* AAP de Gerona, Sec. 2.ª, de 31 de julio de 2019 (ROJ AAP GI 663/2019), entre otros.

[48] Cfr. párrafos 2 y 3 de la comentada resolución.

[49] Cfr. párrafos 60 y siguientes de la sentencia analizada.

[50] Cfr. 2019, siguiendo a otros autores.

[51] Cfr. 2019.

[52] En este sentido también se posicionan otros autores. Cfr. GARCÍA VILLARUBIA, M. (2019).

[53] *Vid.* MARÍN NARROS, H. D. (2019), REDONDO TRIGO, F. (2019).

[54] La particular literalidad de la misma es:

«*No obstante el plazo pactado, el BANCO podrá exigir anticipadamente, total o parcialmente, la devolución del capital con los intereses y gastos hasta el día de la completa solvencia, en los siguientes casos: a) Falta de pago en sus vencimientos de una parte cualquiera del capital del préstamo o de sus intereses*».

[55] Cfr. fundamento de derecho quinto, apartado e)2.

[56] Cfr. fundamento de derecho quinto, apartado e)2.

[57] *Vid.* ut supra apartado III.1.a).

[58] Cfr. fundamento de derecho quinto, apartado e)3 a 7.

[59] *Vid.* STS de 18 de febrero de 2016 (ROJ STS 626/2016), AAP de Madrid, Sec. 18.ª, de 18 de octubre de 2016 (ROJ AAP M 681/2016), SAP de Barcelona, Sec. 15.ª, de 30 de julio de 2019 (ROJ SAP B 9668/2019), AAP de Gerona, Sec. 2.ª, de 31 de julio de 2019 (ROJ AAP GI 663/2019), SJPI del núm. 1 de Sánlucar la Mayor de 14 de febrero de 2017, SJPI núm. 928/2018 del núm. 3 de Gerona de 17 de junio de 2018 y SJPI núm. 1731/2018 del núm. 1bis de Toledo de 5 de diciembre de 2018.

[60] Para una mayor profundización sobre la posibilidad de este control, *vid.* BALLUGERA GÓMEZ, C. (2017).

[61] Cfr. BLANCO SARALEGUI, J.M.ª y BLÁZQUEZ MARTÍN, R. (2019), DÍAZ FRAILE, J.M.ª (2019) y GARCÍA VILLARUBIA, M. (2019).

[62] En este caso la literalidad concreta era:

«*No obstante el plazo pactado, el BANCO podrá exigir anticipadamente, total o parcialmente, la devolución del capital con los intereses y gastos hasta el día de la completa solvencia, en los siguientes casos: a) Falta de pago en sus vencimientos de una parte cualquiera del capital del préstamo o de sus intereses*» Cfr. fundamento de derecho segundo, segundo motivo.

[63] Cfr. SSTJUE de 30 de abril de 2014 (asunto C-21/13) y de 21 de enero de 2015 (asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13).

[64] Cfr. DÍAZ FRAILE, J.M.ª (2019), REDONDO TRIGO, F. (2019).

[65] Cfr. REDONDO TRIGO, F. (2019).

[66] A grandes rasgos podría decirse que la interpretación busca establecer el sentido de la reglamentación contractual mientras que la integración permite completar tal reglamentación (HERBOSA MARTÍNEZ, I., 2019). Para una profundización sobre ambas categorías que excede del objeto de este trabajo *Vid.* REDONDO TRIGO, F. (2019), HERBOSA MARTÍNEZ, I. (2019) y DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L. (2007), entre otros.

[67] *Vid.* REDONDO TRIGO, F. (2019).

[68] Cfr. DÍAZ FRAILE, J.M.ª (2019).

[69] A modo de ejemplo se pueden citar algunas publicaciones digitales: ESTABAN, P. (2019). El Supremo fija el criterio a seguir en ejecuciones de hipotecas con cláusula de vencimiento anticipado nula. Noticias de actualidad. *Noticias Jurídicas* disponible en http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/14373-el-supremo-fija-el-criterio-a-seguir-en-ejecuciones-de-hipotecas-con-clausula-de-vencimiento-anticipado-nula/, Abogacía (2019) El TS aclara los efectos de la nulidad de cláusulas de vencimiento anticipado de las hipotecas. Disponible en https://www.abogacia.es/2019/09/11/el-ts-aclara-los-efectos-de-la-nulidad-de-clausulas-de-vencimiento-anticipado-de-las-hipotecas/, ambas consultadas el 15 de septiembre de 2019.

[70] Cfr. Antecedente de Hecho Primero de la citada resolución judicial.

[71] Para más información al respecto *Vid.* Antecedente de Hecho Tercero del pronunciamiento analizado.

[72] Disponible en http://www.poderjudicial.es/stfls/TRIBUNAL%20SUPREMO/DOCUMENTOS%20DE%20INTER%C3%89S/Pleno%20Sala%20Primera%20del%20TS%2011%20septiembre%202019.pdf, consultado el 15 de septiembre de 2019.

[73] Cfr. fundamento jurídico octavo, apartado 11.

[74] Cfr. fundamento jurídico octavo, apartado 11.

[75] Cfr. DÍAZ FRAILE, J.M.ª (2019).

[76] Cfr. fundamento jurídico octavo, párrafo 38 de la sentencia comentada.

[77] La provisión particular decía:

«*No obstante el plazo pactado, el BANCO podrá exigir anticipadamente, total o parcialmente, la devolución del capital con los intereses y gastos hasta el día de la completa solvencia, en los siguientes casos: a) Falta de pago en sus vencimientos de una parte cualquiera del capital del préstamo o de sus intereses*». Cfr. fundamento de derecho segundo de la resolución comentada.

[78] Cfr. fundamento jurídico segundo de la sentencia analizada.

[79] Cfr. fundamento jurídico tercero del pronunciamiento estudiado.

[80] Cfr. fundamento jurídico segundo de la resolución parcialmente reproducida.

[81] Cuya literalidad es:

«*PACTO SEXTO BIS. Causas de resolución anticipada.*

1.º) Vencimiento anticipado por alguno de los plazos.

«La Caixa» podrá dar por vencido el crédito, aunque no hubiere transcurrido el total plazo del mismo, y reclamar la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses, en caso de falta de pago de alguno de los vencimientos de capital, intereses y/o cuotas mixtas y otras obligaciones dinerarias derivadas del presente contrato» (sic.)». Cfr. Antecedente de Hecho Primero del pronunciamiento estudiado.

[82] Cfr. fundamento de derecho quinto de la sentencia comentada.

[83] Cfr. fundamento jurídico noveno la resolución citada.

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS

MUÑIZ ESPADA, Esther. *Derecho agroalimentario y ciberseguridad*, Madrid, Reus, 2019. 230 páginas.

por

BEGOÑA GONZÁLEZ ACEBES
Universidad de Valladolid

El Derecho agrario ha evolucionado hasta entender fundamentalmente como sinónimo el Derecho agroalimentario, su expansión natural aún no ha sido reordenada a través de una tarea de coordinación y simplificación legislativa, pero en cualquier caso antes de esto quedan pendientes cuestiones básicas por abordar, tanto en relación con la calidad o seguridad alimentaria, como en relación con las amenazas a la agricultura familiar, los problemas derivados del acceso a la tierra, aquellos otros relativos a la cohesión territorial o el desarrollo de las zonas rurales con importantes repercusiones sobre la seguridad alimentaria o los relativos al equilibrio en los precios de la producción entre pequeños agricultores y grandes filiales agroalimentarias. A todo ello se une el desafío de la aplicación del «Internet de las cosas» a la cadena agroalimentaria. Y este es el objetivo de esta obra: ofrecernos un análisis de las consecuencias y retos normativos que nos plantea la digitalización aplicada al medio agroalimentario, tanto en el sector primario como en la industria, por lo que se comienza tratando las actuaciones de protección previstas en el ámbito de la ciberseguridad, en los sectores específicos de infraestructuras críticas y las estrategias de ciberseguridad nacional y europea.

Debemos recordar que el artículo 39 TFUE exige incrementar la productividad agrícola, fomentando el progreso técnico, asegurando el desarrollo racional de la producción agrícola, así como el empleo óptimo de los factores de producción, en particular, de la mano de obra; garantizar un nivel de vida equitativo a la población agrícola, en especial, mediante el aumento de la renta individual de los que trabajan en la agricultura; estabilizar los mercados; garantizar la seguridad de los abastecimientos; y asegurar al consumidor suministros a precios razonables. Todo ello pasa ahora, en parte, por su consecuencia a través del uso de las tecnologías de nueva generación que asegurarán a través de las implicaciones que el *big data* aporta mayor variedad de productos y mayor producción, lo que tiene su influencia en el acceso a la seguridad alimentaria, y en la repercusión de los costes, puesto que aseguran menor uso de los recursos, sobre todo hídricos, con una influencia muy positiva, por tanto, sobre la protección del medio ambiente. Ello es lo que ha aportado la agricultura de precisión como modelo favorecido por el uso de las tecnologías de nueva generación, creando, como justifica la autora, nuevas formas de estructurar el negocio y su operatividad, al tiempo que pueden reducir el impacto ambiental y mejorar la interconexión entre zonas rurales, favoreciendo la permanencia en el medio rural, pues tal proceso

de digitalización es un medio más para aproximar las zonas rurales respecto de las urbanas en el ámbito del objetivo de la cohesión territorial.

Se calcula que solo el 25% de los agricultores y ganaderos de la Unión utilizan estas tecnologías, pero ciertamente el futuro de la agricultura depende esencialmente de la expansión de estos medios, así se ha indicado que condicionarán fuertemente los modelos de explotación agraria, los sectores de producción, las prácticas agrarias y el tipo de profesionalización del agricultor. Por lo que no puede entenderse la competitividad en el sector agrario sin la aplicación de tales tecnologías digitales de nueva generación.

Pero sus riesgos también son elevados, por ello la autora defiende como necesarios unos protocolos y la proposición de una legislación al efecto que prevenga y actúe especialmente ante los ataques de ciberseguridad originados en este medio. Si bien, el uso de las nuevas tecnologías de la información aplicadas al medio agrario o a la cadena agroalimentaria va más allá de los problemas de ciberseguridad, por lo que parte de estos otros aspectos son, asimismo, tratados en este estudio, que se plantea si desde el punto de vista normativo debe aplicarse a estos desarrollos una reglamentación especial para este medio o ha de ser objeto de una mera regulación general como la que se dispensa para cualquier otro sector; al menos se entiende recomendable la proposición de unos protocolos de actuación por parte del empresario agroalimentario que garanticen el seguimiento de una serie de buenas prácticas que aseguren a lo largo de toda la cadena la inocuidad del producto. Se trata, por ello, la influencia de estas técnicas sobre el principio de trazabilidad y, de modo particular, sobre las exigencias que se requerirían sobre los productos de agricultura ecológica, puesto que se trata de una producción con unas cualidades muy especiales desde el punto de vista normativo.

En la Comunicación de la Comisión al Parlamento, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las regiones sobre *El futuro de los alimentos y de la agricultura* de 2017 se advierte que «La investigación y la innovación forman parte de la base del progreso en relación con todos los desafíos a los que se enfrentan las zonas rurales y el sector agrícola de la UE: económicos, ambientales y sociales. Las necesidades y las contribuciones de las zonas rurales deben reflejarse claramente en el programa de investigación de la Unión Europea, y la futura PAC tendrá que mejorar aún más las sinergias con la política de investigación e innovación en relación con el fomento de la innovación. El desarrollo tecnológico y la digitalización permiten dar grandes pasos en el ámbito de la eficiencia de los recursos mejorando una agricultura inteligente con respecto al clima y al medio ambiente, que reduzca el impacto de la agricultura en el medio ambiente y el clima, aumente la resiliencia y la salud del suelo y reduzca los costes para los agricultores», por lo que hay una necesidad específica de abordar el acceso a la tecnología en todas sus dimensiones, también, por lo tanto, de las pequeñas y medianas explotaciones. Su falta de impulso supondría un obstáculo para el funcionamiento de los instrumentos de la PAC y frenaría el potencial de desarrollo y la competitividad general del sector agrícola. Por ello, la obra analiza los requisitos que la futura PAC debería abordar para el cumplimiento de los objetivos propuestos en una tarea de concreción normativa.

Por estas circunstancias, asimismo, la obra se centra posteriormente en las nuevas asignaciones que se habrán de implementar través del contrato de asesoramiento agrario y las plasmaciones legislativas que se harán necesarias.

Pero, asimismo, tanto las modalidades de cooperación, como el mismo contrato de asesoramiento tendrán una relevancia especial y un mayor apoyo entre

los jóvenes agricultores. Así, se reconoce que iniciar una actividad agrícola implica un elevado riesgo con importantes costes de inicio bajo la incertidumbre de su rentabilidad, por lo que en la futura PAC se proyecta un apoyo especial para reducir estas dificultades a la primera instalación durante los primeros años de su puesta en funcionamiento, y, si bien, un pago complementario simplificado para nuevos agricultores se contemplará en función de diversas variantes, tales modalidades se presentan como otros instrumentos a considerar para el apoyo a este colectivo que parte como prioritario entre los objetivos de la próxima política europea agraria, y que se presenta como la garantía del desarrollo del uso de las nuevas tecnologías en el medio agrario y rural.

El mismo documento citado sobre *El futuro de los alimentos y de la agricultura* asegura que «solo será posible desarrollar un sector agrícola próspero si se produce un auténtico relevo generacional: nuestra envejecida comunidad rural necesita savia nueva para dinamizar el sector y abrirlo a las transformaciones tecnológicas que se están produciendo. Sin embargo, a la hora de emprender una actividad agrícola, los jóvenes agricultores y otros nuevos actores se encuentran con considerables obstáculos, por ejemplo, de índole económica como los elevados precios de la tierra, pero también sociales como la percepción de que la agricultura no es una ocupación atractiva y que está pasada de moda, en ocasiones con una protección social inadecuada. El relevo generacional debe convertirse en una prioridad del nuevo marco político, si bien conviene reconocer que los Estados miembro son los que están en la mejor situación para estimular el relevo generacional, ya que pueden utilizar sus competencias en la elaboración de las normas en materia de suelo agrícola, fiscalidad, legislación en materia de derecho de sucesiones u ordenación territorial». Teniendo en cuenta esto resulta necesario, entonces, abordar la coherencia entre las acciones a escala nacional y de la UE que se reflejan y se aportan en la obra.

El volumen desde un punto de vista eminentemente doctrinal, con base en una exhaustiva bibliografía sobre todo anglosajona, representa un estudio riguroso para una futura regulación o código de buenas prácticas que aseguren la expansión de la aplicación de estas técnicas y las debidas precauciones para garantizar la seguridad alimentaria.

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