REVISTA CRITICA
DE
D E R E C H O
INMOBILIARIO

Año XCIII • Julio-Agosto • Núm. 762

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 XCIII • Julio-Agosto 2017 • Núm. 762

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

Don Aurelio Menéndez Menéndez
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad Autónoma de Madrid

Comisión ejecutiva

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

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

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

Don Juan María Díaz Fraile
Director del Servicio de Estudios
del Colegio de Registradores
de la Propiedad y Mercantiles de España

Consejero-Secretario de la Revista

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

Consejeros

Don Eugenio Fernández Cabaleiro
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Fernando Muñoz Cariñanos
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don José Manuel García García
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

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

Don Juan Pablo Ruano Borrella
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

Don Juan Sarmiento Ramos
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Luis M.ª Cabello de los Cobos y Mancha
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Carlos Lasarte Álvarez
Catedrático de Derecho Civil
UNED Madrid

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

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

Don Fernando Curiel Lorente
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

Don Juan María Díaz Fraile
Director del Servicio de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España

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

Don Vicente Domínguez Calatayud
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Celestino Pardo Núñez
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

Don Juan José Pretel Serrano
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Alfonso Candau Pérez
Exdecano del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España

Don Luis Fernández del Pozo
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

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

Comité editorial

con funciones de evaluación externa

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

Don Vicente Guilarte Gutiérrez
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Valladolid

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

Don Guillermo Jiménez Sánchez
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de Sevilla

SUMARIO / SUMMARY

Págs.

ESTUDIOS / *STUDIES*

BOTELLO HERMOSA, Pedro: «Un problema actual de enorme trascendencia jurídica en España: las personas curateladas como posibles beneficiarias de la sustitución fideicomisaria especial» / *An important legal problem in Spain: the curatorship as possible benefit of the special trusteeship estate* 1675

DOMÍNGUEZ REYES, Juan Faustino: «Aspectos registrales del régimen económico matrimonial después de la reforma de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil: pasado y presente» / *Registral aspects of the marriage economic regime after the reform of Law 20/2011, of july 21, of the Civil Register: past and present* 1695

MOCHOLÍ FERRÁNDIZ, Ester: «Beneficios del negocio de cesión de solar a cambio de obra. Protección del cedente» / *Benefits of the assignment business of solar in exchange for future floors or loals. Protection of assignor* 1725

DICTÁMENES Y NOTAS / *LEGAL OPINIONS AND NOTES*

GARCÍA GARCÍA, Juan Antonio: «Sobre la disposición derogatoria y el ámbito temporal de aplicación de la Ley 13/2015, de Modificación de la Ley Hipotecaria, en la doctrina de la DGRN» / *Transitional rules and derogatory scope of Act 13/2015 according to the Dirección General de los Registros' decisions* 1745

Págs.

DERECHO COMPARADO / *COMPARATIVE LAW*

MENDOZA DEL MAESTRO, Gilberto: «El negocio jurídico hipotecario en el ordenamiento peruano» / *Mortgage in the peruvian legal system* 1767

ROSABAL ROBAINA, Yuniel: «Eficacia versus validez de las transmisiones sobre inmuebles a la luz de las Sentencias del Tribunal Supremo Popular de Cuba» / *Efficacy versus validity of the transmissions on real state property in the light of the judicial decisions of the Supreme Court in Cuba* 1831

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 1859

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES / *JUDICIAL STUDIES*

1. DERECHO CIVIL:

1.1. Parte general:

— «Pérdida irreparable de preembriones crioconservados y daño moral de la viuda» / *Irreparable loss of crioconserved preembrants and moral damage of widow*, por María Isabel DE LA IGLESIA MONJE 1943

1.2. Derecho de familia:

— «Aspectos relevantes en torno a la vivienda familiar» / *Relevant aspects concerning the familiar housing*, por Ana Isabel BERROCAL LANZAROT 1964

1.3. Derechos reales:

— «La efectividad de la garantía hipotecaria en evidente detrimento» / *The effectiveness of the mortgage guarantee in evident detriment*, por María GOÑI RODRIGUEZ DE ALMEIDA 2006

Págs.

1.4. Sucesiones:

— «De nuevo las legítimas en el Código Civil español y novedades del Código Civil brasileño» / *Legitimates in the spanish civil code and the new brazilian civil code,* por Carmen NÚÑEZ MUÑIZ..... 2024

1.5. Obligaciones y Contratos:

— «Facultades del acreedor para velar por la conservación del patrimonio del deudor» / *The powers of the creditor to ensure the asset preservation of the debtor,* por Pedro BOTELLO HERMOSA 2037

1.7. Concursal:

— «Derecho de separación de la masa activa y adquisición *a non domino» / Right to have property excluded from insolvency assets and a non domino acquisition,* por Teresa Asunción JIMÉNEZ PARÍS 2053

2. MERCANTIL:

— «La imperatividad de los plazos de pago en la Ley medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales y su tratamiento en los contratos internacionales» / *The imperative nature of payment terms under the Spanish Act on measures to combat delinquency in commercial transactions and its treatment in international contracts,* por Francisco REDONDO TRIGO..... 2075

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

— «El requisito de firmeza de los actos administrativos de naturaleza urbanística» / *The requirement of firmness of the administrative acts of planning and development nature,* por Eugenio-Pacelli LANZAS MARTÍN..... 2092

4. DERECHO BANCARIO:

— «Gastos e impuestos asociados a la constitución de préstamos hipotecarios a la luz de la STS de 23 de diciembre de 2015 y los ulteriores pronunciamientos de las Audiencias Provinciales. Especial referencia a los aranceles notariales, registrales, Impuesto de Actos Ju-

Págs.

rídicos Documentados y gastos procesales» / *Expenses and taxes related to mortgage loans in the light of the judgment of the Supreme Court rendered on December 23th, 2015 and the subsequent case-law of Provincial Appellate Courts. Particular reference to Notary and Property Registry fees, Stamp Duty and costs associated with litigation,* por Sergio AGUILAR LOBATO..... 2107

ACTUALIDAD JURÍDICA / *LEGAL NEWS*

Información de actividades..... 2133

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS / *BIBLIOGRAPHY INFORMATION*

«Gestión y Administración de fundaciones», por M.ª P. POUS DE LA FLOR, R. A. LEONSEGUI GUILLOT, y E. DEL RÍO COBIÁN (dirs.), por Juan-Cruz ALLI TURRILLAS..... 2139

«El beneficio de inventario», de Miguel Ángel PÉREZ ÁLVAREZ, por Santiago ARAGONÉS SEIJO..... 2145

ESTUDIOS

Un problema actual de enorme trascendencia jurídica en España: las personas curateladas como posibles beneficiarias de la sustitución fideicomisaria especial

An important legal problem in Spain: the curatorship as possible benefit of the special trusteeship estate

por

PEDRO BOTELLO HERMOSA

Profesor del Centro San Isidoro, Universidad Pablo de Olavide

RESUMEN: Tras la Ley 41/2003 de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, en España cualquier persona con hijos o descendientes incapacitados judicialmente podrá establecer una sustitución fideicomisaria sobre todo el tercio de legítima estricta a favor de estos, y en perjuicio del resto de herederos forzosos. Dentro del término persona incapacitada quedan englobados tanto los tutelados como los curatelados, lo que supone que el nuevo alcance de la sustitución fideicomisaria también protege a las personas curateladas. ¿Realmente era esta la intención del legislador del 2003? ¿Por qué no limitó el legislador el alcance de la figura exclusivamente a favor de los tutelados, tal y como ocurre en Italia?

ABSTRACT: According to Law 41/2003 of Patrimonial Protection of Persons with Disabilities, in Spain any person with children or disabled descendents could establish trusteeship estate in the case of the heir's death before the assets of the estate are entirely extinguished. According to mentioned Law, concept of person with disability includes as guardianship as curatorship, what means that the recent case law supposed to protect also a curatorship. Was that the real intention and motive of legislation of this law in 2003? Why the legislator didn't establish rule which would protect just tutors (guardianship), like it is established in Italy?

PALABRAS CLAVES: Sustitución fideicomisaria. Legítima. Curatelado. Tutelado.

KEY WORDS: Trusteeship estate. Forced share. Curatorship. Guardianship.

SUMARIO: I. EL NUEVO ALCANCE DE LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA TRAS LA LEY 41/2003, DE PROTECCIÓN PATRIMONIAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.—II. EL RESURGIMIENTO DE LA CURATELA TRAS LA CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: 2.1. Antecedentes de la curatela. 2.2. La apuesta decidida del Tribunal Supremo por la curatela como medio de adaptación del artículo 12 de la Convención a nuestro Ordenamiento jurídico. 2.3. La protección de los tutelados, y no de los curatelados, como verdadera finalidad del legislador de la Ley 41/2003.—III. NECESIDAD DE EXCLUIR COMO POSIBLES BENEFICIARIOS DE LA INSTITUCIÓN ESPECIAL A LOS CURATELADOS.—IV. CONCLUSIONES.—V. BIBLIOGRAFÍA.

I. EL NUEVO ALCANCE DE LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA TRAS LA LEY 41/2003, DE PROTECCIÓN PATRIMONIAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Hoy en día podemos afirmar con rotundidad que al hablar de la sustitución fideicomisaria, hacemos referencia a una de las figuras jurídicas más importantes del Derecho Sucesorio español.

Dicha afirmación la mantengo principalmente por dos motivos:

El primero de ellos, porque a través de la Ley 41/2003[1] de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, en adelante LPPD, ha sido la institución elegida por el legislador español de 2003 para resolver un problema de indudable actualidad y enorme alcance desde el punto de vista jurídico: la protección de las personas incapacitadas judicialmente.

Y el segundo, porque a través de este nuevo alcance concedido a la figura como medio de protección de las personas incapacitadas judicialmente, la sustitución fideicomisaria ha sido el primer medio jurídico elegido por el legislador español para acabar con el principio sagrado en nuestro Derecho Sucesorio de la intangibilidad de la legítima estricta.

Este nuevo alcance otorgado a la institución en 2003 como medio de protección de las personas incapacitadas, y como instrumento jurídico para vulnerar por primera vez el principio de la intangibilidad de la legítima estricta, hace que la institución sea conocida por nuestra doctrina actual como *«sustitución fideicomisaria especial»*.

Tras la entrada en vigor de la LPPD, los testadores españoles podrán beneficiar a sus hijos o descendientes incapacitados judicialmente no solo con el tercio de libre disposición y el de mejora, más su cuota de legítima estricta, sino que también podrán establecer a su favor una sustitución fideicomisaria sobre todo el tercio de legítima estricta, lo cual atenta contra todos los antecedentes históricos del Código Civil[2].

Pero es más, coincidiendo con parte de la doctrina más cualificada en la materia, considero que mediante el nuevo alcance de la sustitución fideicomisaria no solo puede producirse la tangibilidad cualitativa de la legítima estricta, sino que, también puede producirse la tangibilidad cuantitativa de dicha legítima estricta, siempre y cuando el testador haya establecido una sustitución fideicomisaria especial de residuo *si aliquid supererit* sobre el tercio de legítima estricta como medio de protección ideal a favor de los hijos o descendientes incapacitados judicialmente.

Pero entonces, teniendo en cuenta el importantísimo alcance de la institución, parece obligado cuestionarse cómo pudo el legislador de 2003 fijar el alcance de la sustitución fideicomisaria a favor de todas las personas incapacitadas judicialmente, teniendo en cuenta que dentro de dicho término se engloban las personas tuteladas y las personas curateladas.

¿Por qué no limitó el alcance de la institución a favor de los tutelados, excluyendo con ello a los curatelados, como por ejemplo ocurre en Italia?

De lo que no cabe duda es de que hoy en día en nuestro Ordenamiento jurídico cualquier persona incapacitada judicialmente, da igual que sea tutelada o curatelada[3], podrá beneficiarse de una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta de la herencia, siempre y cuando así lo establezca el testador.

Así, entre otros autores[4], lo entiende RIVAS MARTÍNEZ[5] cuando expone que *«nuestro Código Civil exige, para la existencia del fideicomiso que haya recaído sentencia firme que establezca la incapacitación con independencia de que sea total o parcial y que origine la constitución de una tutela o una curatela, pues en cualquiera de estos casos la persona afectada incide en el estado civil o condición de persona judicialmente incapacitada, que es lo único que impone el artículo 808.3»*.

Aunque el que más directamente aborda el tema es PUIG FERRIOL[6], al indicar que «*presupuesta la declaración judicial de incapacidad por carecer el interesado de la capacidad de autogobierno, se previene en el artículo 760.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que "La sentencia que declare la incapacidad determinará la extensión y los límites de esta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado…". La cuestión que aquí puede plantearse es si la posibilidad de ordenar la sustitución fideicomisaria que prevé el artículo 808, III Código Civil es viable ante cualquier declaración judicial de incapacidad del hijo o descendiente, pues de acuerdo con el mentado precepto la incapacitación no es uniforme, toda vez que se impone la graduación de la misma con base a los criterios de capacidad natural y protección del incapacitado, que pueden oscilar entre una incapacitación prácticamente total a otra que afecte únicamente a determinados actos del incapacitado. Lo cierto es que el artículo 808, II Código Civil nada previene al respecto, pues solo exige que haya caído sentencia que establezca la incapacitación, con independencia de que sea total o parcial y con independencia también, de que la incapacitación origine la constitución de una tutela o de una curatela; pues en cualquiera de estos casos la persona afectada incide en el estado civil o condición de persona judicialmente incapacitada, que es lo único que exige el artículo 808, III Código Civil*».

Llegados a este punto he de afirmar que en mi opinión, de todos los problemas jurídicos que viene planteando en nuestro sistema la deficiente redacción técnica-jurídica otorgada a la LPPD, el error más importante desde un punto de vista jurídico-práctico fue precisamente este, el no haber fijado si la sustitución fideicomisaria especial puede establecerse a favor de los tutelados, de los curatelados, o de cualquiera de ellos.

O dicho de otra forma, el exigir simplemente la condición de incapacitado para ostentar la condición de posible beneficiario de la sustitución fideicomisaria especial fue el mayor error del legislador de la LPPD, ya que con ello dejó abierta la posibilidad de que nos encontremos no solo con tutelados como fiduciarios especiales, sino también con curatelados, lo cual implica que los coherederos forzosos de las personas curateladas también vean gravada su cuota de legítima estricta.

¿El motivo de no haber fijado el límite de la institución dentro de las diversas medidas de guarda que existen dentro de nuestro procedimiento de incapacitación actual? Seguramente el hecho de que desde la publicación del Código Civil, en España hablar de incapacitación era hablar del nombramiento de un tutor a favor de una persona necesitada de protección, ostentando desde siempre la curatela un carácter totalmente residual, por lo que el legislador de la LPPD, al fijar en 2003 como posibles beneficiarios de la institución especial a los incapacitados judicialmente hacía referencia «casi por defecto» a los tutelados como posibles beneficiarios.

Pero esta realidad cambió a partir de la Convención de la ONU de los Derechos de las Personas con Discapacidad[7], ya que desde entonces el orden de preferencia de la tutela y de la curatela como institución de guarda preferida por nuestros Tribunales cambió radicalmente. De hecho, hoy en día es una realidad la apuesta decidida de nuestro Tribunal Supremo a la hora de establecer la curatela en vez de la tutela como institución de guarda a favor de los incapacitados.

O lo que es lo mismo, a diferencia de lo que ocurría en nuestro Ordenamiento jurídico desde 1889, donde la curatela era una figura jurídica casi inexistente frente a la tutela, a partir de la entrada en vigor de la Convención de la ONU en España la tutela ha dejado de usarse «casi por defecto» a favor de las personas incapacitadas, y ha sido sustituida por la curatela.

El hecho de que la institución de guarda de los incapacitados que actualmente rige en nuestro Ordenamiento jurídico sea la curatela, supone que cualquier incapacitado curatelado (personas alcohólicas, drogadictas, pródigos…) puede ser instituido fiduciario de la sustitución fideicomisario especial, ya que reúne el requisito imprescindible de la institución, que no es otro que ostentar la condición de incapacitado, independientemente de que sea una incapacitación total o parcial, de ahí que dicha condición la ostente el curatelado.

Pero, ¿realmente somos conscientes del alcance de tal afirmación respecto al resto de herederos forzosos?

II. EL RESURGIMIENTO DE LA CURATELA TRAS LA CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

2.1. Antecedentes de la curatela

Dentro de las instituciones de guarda recogidas hoy en día en nuestro Código Civil, no hay duda de que tras la Convención ha pasado a ser la curatela el eje central del procedimiento de incapacitación, relegando a la tutela a un carácter completamente residual.

Cuando nos referimos a la curatela, lo hacemos a una institución de protección a favor de personas que han de ser asistidas o apoyadas parcialmente, y nunca incapacitadas totalmente.

SANCHO REBULLIDA[8] define la curatela como «*un órgano estable pero de actuación intermitente que se caracteriza porque su función no es representar, suplir o sustituir la capacidad de obrar de quien carece de ella, sino asistir, completar la capacidad de quien, poseyéndola legalmente, necesita para determinados actos de esta adicción o concurrencia por mor de asesoramiento o consejo*».

La importancia de la curatela en nuestro Ordenamiento jurídico es tal, que el hecho de haber prescindido de ella en la redacción originaria de nuestro Código

Civil[9] supuso la coincidencia unánime de doctrina y jurisprudencia de la época a la hora de exigir su restablecimiento, consiguiéndolo en 1983 mediante la Ley 13/1983, de 24 de octubre de reforma de la tutela.

Y es que, antes de 1983, la única institución encargada de proteger a las personas con cualquier tipo de discapacidad era la tutela, que englobaba la protección desde personas que tuviesen un grado de discapacidad psíquica que realmente le hiciese necesitar un tutor, hasta los pródigos, o, simplemente, las personas que necesitasen algún tipo de apoyo.

Por ello, al no haber una regulación de diferentes grados de discapacidad, únicamente existían dos alternativas, o incapacitar a la persona privándole totalmente de su capacidad de obrar aunque tuviese un tipo de discapacidad psíquica mínima, o no protegerla de ninguna forma, por entenderse que el grado de discapacidad psíquica que sufría no era tan importante como para incapacitarla.

Y es ese precisamente el motivo por el que se restableció la curatela, para que, junto a la posibilidad de representación de la persona (privándola de su capacidad de obrar mediante la tutela), existiese otra institución de apoyo o asistencia para completar la capacidad de obrar, sin que, por ello, su voluntad debiese ser sustituida.

Fue mediante la Ley 13/1983, cuando se otorgó nueva redacción a los artículos 286 a 293 del Código Civil, estableciendo, como criterio determinante de la curatela, el grado de discernimiento de la persona sometida al cargo de guarda, con la función clara de asistencia o complemento de capacidad, y no de representación[10].

Al mismo tiempo, mediante la reforma, se obligaba al juzgador a fijar en la sentencia los límites de la incapacitación, es decir, que adaptase mediante la sentencia y en base a las necesidades de cada persona los límites que la misma requiriese (tutela para unos, diferentes tipo de curatela para otros).

Podemos afirmar que aunque el espíritu de Ley 13/1983 era el uso en nuestro Ordenamiento jurídico de una segunda medida de guarda que sirviese de apoyo o complemento de la capacidad de aquellas personas que no era suficiente incapacitar totalmente, lo cierto es dicho espíritu jamás se cumplió. Lo refleja perfectamente VIVAS TESÓN[11] cuando comenta que *«si bien la Ley 13/1983, de 24 de octubre, que adaptaba nuestro viejo Código Civil a los principios constitucionales, introdujo un sistema en el cual la incapacitación judicial debía adecuarse a las concretas exigencias de la persona enferma (la sentencia de incapacitación debe fijar la extensión y límites), permitiéndole, en su caso, realizar actos personalísimos (p. ej. matrimonio, reconocimiento de un hijo natural, otorgar testamento o el derecho al sufragio activo), en su aplicación práctica, ha persistido (o, al menos, ésa es mi impresión, tal vez equivocada) una predominante visión económica y patrimonial de la institución jurídica, dejando poco espacio a la consideración de la personalidad y libertad del individuo»*.

Tal situación conllevó que algunos autores descartasen la posibilidad de la curatela como medio de adaptación del artículo 12 de la Convención, como CABELLO DE ALBA JURADO[12], cuando expone que *«del tenor de este precepto resultaría claramente que la curatela si es una institución que podría encajar en las denominadas por la Convención de "apoyo o asistencia". En la práctica por el contrario, además de ser una institución a la que se recurre en muy contadas ocasiones, quizá por sus antecedentes históricos remotos en el derecho romano o por la redacción original del Código Civil, que seguía otras directrices, o por la referencia explícita que la limita a los incapacitados, la curatela es una institución cuyo naturaleza está "viciada". Se utiliza para aquellos supuestos en que la sentencia de incapacitación limita la sustitución del incapacitado a determinados ámbitos de su interés, generalmente solo patrimoniales. Queda por tanto en eso: una tutela limitada a algunos aspectos de la actuación del curatelado, pero no a la función de apoyo que podría desempeñar».*

2.2. La apuesta decidida del Tribunal Supremo por la curatela como medio de adaptación del artículo 12 de la Convención a nuestro Ordenamiento jurídico

Particularmente considero que la Instrucción 3/2010[13] de la Fiscalía General del Estado fue el primer motivo por el que el Tribunal Supremo se posiciona hoy en día radicalmente a favor de la curatela frente a la tutela como institución de guarda preferida a favor de las personas que necesiten protección o asistencia.

Y es que, la importancia de la Instrucción 3/2010 de la Fiscalía General del Estado se refleja ya desde su propio título: *«Sobre la necesaria fundamentación individualizada de las medidas de protección o apoyo en los procedimientos sobre determinación de la capacidad de las personas».*

Recoge la Instrucción en su epígrafe tercero, titulado *«La curatela como institución más acorde con el sistema de apoyo y asistencia en la toma de decisiones de las personas con discapacidad»,* las siguientes afirmaciones:

«El nuevo modelo supone que las medidas de apoyo se deben acordar por el órgano judicial en atención a las circunstancias y necesidades concretas de la persona afectada. Así, el Juez, dando prevalencia a la autonomía de su voluntad, debe establecer las medidas de apoyo que resulten indicadas conforme al interés de la persona con discapacidad.

El cambio de modelo planteado y el consecuente reemplazo de la actual regulación sobre la capacidad de las personas por otro sistema basado en el apoyo en la toma de decisiones, requerirá de cambios graduales e incluso la coexistencia de ambos, situaciones que deberán interpretarse en cada supuesto a la luz de los principios de la Convención, hasta que nuevas soluciones

normativas y sociales den cumplimiento en su totalidad a los fines de aquella norma internacional.

Mientras tanto, la curatela interpretada a la luz de la Convención, adaptada al principio del superior interés de las personas con discapacidad, constituye el instrumento actual más idóneo para dotar del apoyo y asistencia precisos para complementar las necesidades de aquellas.

La curatela ofrece al juez un mecanismo eficaz para determinar las medidas de apoyo que permitan a las personas con discapacidad ejercer su capacidad jurídica. Esta institución está constituida por un marco graduable y abierto de posibilidades, en función de las necesidades y circunstancias precisas para la toma de decisiones. Ya no se trata de hacer un traje a medida de la persona con discapacidad, sino de hacer los trajes a medida que hagan falta.

El curador no suple la voluntad de la persona afectada, sino que complementa sus limitaciones en aquellos actos que haya de realizar la persona cuya capacidad queda modificada y que estén especificados en la sentencia, por lo que su función no es de representación, sino de asistencia y protección, en tanto que presta su apoyo e intervención únicamente en aquellos actos especificados en la sentencia».

Y, finalmente, en su Conclusión Tercera, acaba exponiendo la Instrucción 3/2010 que: *«La curatela constituye en la actualidad un instrumento adecuado para dar las respuestas exigidas por la Convención a las situaciones de modificación de la capacidad de la persona, toda vez que el curador no suple la voluntad de la persona con discapacidad, sino que complementa sus limitaciones en aquellos actos que haya de realizar la persona cuya capacidad queda modificada y estén especificados en la sentencia, en la cual, incluso, se puede conferir al curador funciones de administración ordinaria de determinados aspectos del patrimonio de la persona asistida, manteniendo, no obstante, sus facultades para ejecutar los demás actos de esta naturaleza por ella misma».*

La postura adoptada por la Fiscalía General del Estado en la Instrucción que acabamos de mencionar fue la seguida por nuestro Tribunal Supremo desde entonces, como se refleja en su Sentencia de 11 de octubre de 2012[14], en la que se desestima el recurso de casación formulado por el demandado y se mantiene la curatela como complemento de la persona con discapacidad.

Aunque aún más importante (debido a su interés casacional) es la Sentencia del 24 de junio de 2013[15], en la que el Supremo estima el recurso de casación interpuesto por una persona ya por aquel entonces incapacitada, junto al Ministerio Fiscal, en el sentido de modificar la extensión y límites de la incapacidad judicialmente declarada en la instancia, sustituyendo el nombramiento de un tutor a favor de la persona incapacitada, por el de un curador.

Concretamente, la mencionada Sentencia apuesta por la elección de la curatela como medio de protección ideal tanto en el ámbito patrimonial como en

el personal de la persona con discapacidad, en este caso, psíquica. Pero no solo por ello es una de las Sentencias más importantes en esta línea, sino también porque sirve como referencia a la inmensa mayoría de Juzgados de Primera Instancia y a las Audiencias Provinciales[16].

Pocos meses después del definitivo posicionamiento del Tribunal Supremo español al respecto, el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas[17], aprobó el Proyecto de Observación General sobre el artículo 12 de la Convención: Igual reconocimiento ante la ley, en cuyo punto 24 expone: «*La obligación de los Estados de reemplazar los regímenes basados en la sustitución en la adopción de decisiones por otros basados en el apoyo a la adopción de decisiones exige suprimir los primeros y elaborar distintas alternativas para los segundos. Elaborar sistemas basados en el apoyo a la adopción de decisiones y mantener paralelamente regímenes basados en la sustitución en la adopción de decisiones no basta para cumplir con lo dispuesto en el artículo 12 de la Convención*».

Sin embargo, dicha afirmación en nada modificó la línea jurisprudencial española en el tema, ya que compete única y exclusivamente al legislador español acometer la modificación de las instituciones de guarda vigente, siempre y cuando así lo entienda necesario.

Y es que podemos afirmar que en la actualidad nuestro Tribunal Supremo sigue pronunciándose en el mismo sentido que en junio de 2013, porque así lo demuestra en su Sentencia de 20 de octubre de 2014[18], en la cual, casando también la Sentencia de la Audiencia Provincial, declaró al demandante parcialmente incapaz alegando que, pese a tener una deficiencia visual y una inteligencia denominada «borderline», no tiene totalmente anulada su capacidad, por lo que solo precisa un apoyo para la toma de decisiones, rechazando, con ello, la medida de rehabilitación de la patria potestad establecida por la Sentencia recurrida en casación.

Las Sentencias del Tribunal Supremo que hemos venido mencionando a lo largo del presente artículo han fijado la línea a seguir por el resto de Tribunales, como lo acredita el hecho de que, hasta el momento, se hayan dictado más de trescientas sentencias de Audiencias Provinciales[19] en términos casi idénticos a los del Supremo, en el sentido de establecer un curador como medio de protección idóneo a favor de la persona con discapacidad, en vez de un tutor, tal y como se venía adoptando, hasta entonces, como ya hemos dicho, casi por defecto.

En la gran mayoría de dichas sentencias sucede que en Primera Instancia se establece un tutor a favor de la persona con discapacidad, siendo, sin embargo, revocada esta decisión por la Audiencia al considerarse que, en base al espíritu de la Convención, y al posicionamiento del Supremo al respecto, el medio ideal de protección para la persona con discapacidad era el nombramiento de un curador, y no el de un tutor.

Así, por ejemplo, se recoge en la Sentencia de la Audiencia Provincial (en adelante, AP) de Barcelona de 29 de octubre de 2014[20], en la cual se revoca una sentencia de primera instancia en la que se había establecido un tutor para proteger a una persona con trastorno mental por consumo de alcohol y rasgos inmaduros de personalidad, para acabar nombrándole un tutor, que «*la curatela de los incapacitados se concibe en términos más flexibles, para incapacitaciones parciales, en las que la sentencia gradúa el alcance de la incapacidad, y consecuentemente determina la competencia del órgano tutelar; no se circunscribe expresamente la curatela a la asistencia en la esfera patrimonial, por lo que podría atribuirse al curador funciones asistenciales en la esfera personal, como pudiera ser la supervisión del sometimiento del incapaz a un tratamiento médico, muy adecuado cuando carece de conciencia de enfermedad; de modo que el curador no suple la voluntad del afectado, sino que la refuerza, controla y encauza, complementando su deficiente capacidad, por lo que su función no viene a ser de representación, sino más bien de asistencia y protección en el concurso que presta su apoyo e intervención para aquellos actos que haya de realizar el incapaz y estén especificados en la sentencia, los que no tienen que ser específicamente de naturaleza patrimonial (si la sentencia de incapacitación no hubiese especificado los actos en que deba ser necesaria la intervención del curador se entenderá que esta se extiende a los mismos actos en que los tutores necesitan autorización judicial)*».

También la Sentencia de 13 de noviembre de 2014[21] de la Audiencia Provincial de Valencia manifiesta que «*la curatela es la institución que procede establecer en el presente caso de incapacitación parcial y graduación en sentencia del alcance de la incapacidad, lo que, consecuentemente, determina sus competencias. La curatela no se limita a la esfera patrimonial pues por la vía de lo dispuesto en el artículo 289 del Código Civil ("tendrá por objeto la asistencia del curador para aquellos actos que expresamente imponga la sentencia que la haya establecido") se puede atribuir al curador funciones asistenciales en la esfera personal, como la supervisión del sometimiento del incapaz al tratamiento médico, dado que carece de conciencia de enfermedad, y a la atención alimentaria y personal del mismo. A esta idea responde la jurisprudencia del TS, "el curador no suple la voluntad del afectado, sino que la refuerza, controla y encauza, complementando su deficiente capacidad, por lo que su función no viene a ser de representación, sino más bien de asistencia y protección en el concurso que presta su apoyo e intervención para aquellos actos que haya de realizar el incapaz y estén especificados en la sentencia, los que no tienen que ser específicamente de naturaleza patrimonial"*».

Por último, la Sentencia de la AP de Álava de 4 de diciembre de 2014[22], expone que «*frente a la sentencia recurrida, que declara la discapacidad de la apelante disponiendo el nombramiento de tutor, se alza la afectada considerando que la prueba no lo justifica, entendiendo más acorde a sus circunstancias la adopción de un régimen de curatela. (…). En este caso la prueba evidencia*

que la situación de la Sra. Virginia no obliga a constituir tutela. Todos los testimonios coinciden en que para los actos de su vida cotidiana puede valerse por sí misma, aunque necesite alguna supervisión (…). Por todo ello la prueba practicada en la vista permite llegar a la conclusión de que efectivamente se debe declarar una discapacidad parcial, conforme al artículo 287 del Código Civil, limitada a las cuestiones de índole económica que excedan de los gastos de bolsillo, así como para asegurar el sometimiento al tratamiento médico, manteniéndose el pronunciamiento de la sentencia de instancia respecto de la persona del curador, que será la Fundación Tutelar Beroa…».

2.3. La protección de los tutelados, y no de los curatelados, como verdadera finalidad del legislador de la Ley 41/2003

Tal y como vengo exponiendo a lo largo del presente artículo, la sustitución fideicomisaria especial podrá recaer a favor de cualquier hijo o descendiente al que se le haya designado un curador, ya sea para apoyarle en su ámbito personal o en el patrimonial, al reunir este la condición de incapacitado exigida en la LPPD para ser beneficiario de la misma.

A dicha afirmación hay que sumarle que tras la entrada en vigor de la Convención en nuestro Ordenamiento jurídico, los Tribunales quedan obligados a adoptar la curatela como institución de guarda preferente a favor de las personas necesitadas de protección.

De ahí que resulte necesario resaltar, dada la importancia de dicha situación, que en los próximos años existirán más sustituciones fideicomisarias especiales constituidas a favor de personas curateladas que a favor de personas tuteladas, con las consecuencias jurídicas que ello supone.

La primera duda que me asalta es: ¿realmente la voluntad del legislador de la LPPD fue la de permitir que la cuota de legítima estricta del resto de herederos forzosos del testador quedase gravada a favor de un hijo o descendiente curatelado?

O, planteado de otra manera, ¿tendría sentido que cualquier persona incapacitada a la que se le haya nombrado un curador para que reciba apoyo en ciertos ámbitos de su vida, ya sean del ámbito personal o patrimonial, pueda verse favorecida con una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta del resto de legitimarios?

De afirmar tal posibilidad se permitiría, por ejemplo, que el tercio de legítima estricta fuera a parar, en forma de sustitución fideicomisaria, a favor de una persona que necesite apoyo del curador a la hora de controlarse la medicación, o a favor de alguien que debido a su alcoholismo o drogodependencia, le haya sido nombrado un curador para sus actos de disposición patrimonial. ¿Era esta la verdadera intención del legislador español de 2003?

Particularmente considero que en la *mens legislatoris* no se contemplaba la posibilidad de que la sustitución fideicomisaria especial fuera a parar al curatelado, sino que, única y exclusivamente se pretendía proteger con ella a las personas cuyo grado de enfermedad o deficiencia conllevase el nombramiento a su favor de un tutor.

Los motivos en los que me baso para defender tal afirmación son los siguientes:

1.º. El hecho de que en 2003 hablar de incapacitación era hablar de tutela, no contemplándose casi nunca la opción de la curatela dentro del procedimiento de incapacitación.

Fiel reflejo del papel preferente de la tutela sobre la curatela en España se refleja en la importantísima Sentencia de 29 de abril de 2009, la cual promulgó la perfecta compatibilidad de nuestro procedimiento de incapacitación con lo exigido en la Convención de la ONU, y sin embargo, continuó apostando por lo que hasta entonces era normal, es decir, el nombramiento de un tutor que sustituyese en todas sus decisiones a la persona incapacitada, cuando en realidad el medio de protección que debió establecerse a favor de la señora en cuestión era la figura de la curatela.

Tuvieron que pasar varios años desde la aprobación de la Convención de la ONU, para que la curatela adquiriese frente a la tutela el carácter preferencial que hoy en día tiene, ya que no fue hasta la Sentencia de 24 de junio de 2013 cuando nuestro Alto Tribunal decide reconocer la necesidad de fijar la curatela como medio idóneo de adaptación del artículo 12 de la Convención a nuestro sistema.

2.º. El carácter restrictivo del alcance de la institución especial fijado por el legislador desde el principio, nos lleva a suponer que la verdadera intención del legislador era la de proteger mediante la institución especial a los tutelados, y no a los curatelados.

El carácter restrictivo del legislador de la LPPD al que hacemos referencia se acredita con la decisión de este de establecer como únicos posibles beneficiarios a los hijos o descendientes incapacitados del testador, excluyendo con ello a los padres, ascendientes y cónyuges del causante aun estando igualmente incapacitados, lo cual choca con la lógica, ya que debido a la edad de estos últimos, es mucho más frecuente ver a un padre, ascendiente que haya sido incapacitado judicialmente (debido a enfermedades degenerativas, etc.), que a un hijo o descendiente.

Sin embargo, mucho más evidente es la intención restrictiva del legislador de 2003 cuando prohíbe como posibles beneficiarios de la institución especial a los cónyuges incapacitados supérstites, y es que, tal y como expusimos con anterioridad, los notarios españoles coinciden en que el deseo de la mayoría de los testadores es favorecer en lo máximo posible a los cónyuges supérstites, y

más aún cuando estén incapacitados, pero, sin embargo, no podrán hacerlo, ya que única y exclusivamente la sustitución fideicomisaria especial podrá otorgarse a favor de hijos o descendientes judicialmente incapacitados, y todo ello, debido al carácter restrictivo que el legislador concede a la institución especial.

Por todo ello, y debido a la intención del legislador español de limitar el uso de la figura especial a los márgenes más estrechos posibles, es decir, a los hijos o descendientes, y no a los ascendientes o cónyuge supérstite, consideramos que la verdadera intención de este era la de favorecer exclusivamente a los hijos o descendientes tutelados, y nunca a los curatelados.

Sin embargo, llegados a este punto, y en aras de realizar un estudio de la institución lo más completa posible, he de reconocer que en contra de mis posicionamientos encuentro un argumento que, tal vez, pueda usarse justo en el sentido contrario. Me refiero a la redacción dada por el legislador al tercer párrafo de la Exposición de Motivos de la propia LPPD, cuando expone: «*Sin embargo, cuando la persona con discapacidad tenga capacidad de obrar suficiente, no se podrá constituir un patrimonio protegido en su beneficio*».

Es decir, que el legislador de la LPPD cuando no quiso proteger a los curatelados (que son personas con discapacidad con capacidad de obrar suficiente[23]) lo hizo recoger así expresamente, por lo que puede entenderse que como no los excluyo literalmente del ámbito de protección de la sustitución fideicomisaria especial, estos han de quedar protegidos con dicha institución.

Aun así, aunque fuese esta la verdadera intención del legislador, que no creo, sigo apostando por la necesidad de excluir como posibles beneficiarios de la institución especial a los curatelados, por los motivos que a continuación expondré.

III. NECESIDAD DE EXCLUIR COMO POSIBLES BENEFICIARIOS DE LA INSTITUCIÓN ESPECIAL A LOS CURATELADOS

Cuando nos referimos a las personas curateladas, hacemos referencia a personas que, aun necesitando el apoyo o complemento del curador en ciertos actos de su vida fijados en la sentencia de incapacitación, no sufren una enfermedad o discapacidad de tal envergadura como para ser tutelados, sino que, únicamente, son incapacitados de forma «parcial».

Destacamos, en este sentido, la anteriormente referida Sentencia de 29 de octubre de 2014[24] de la Audiencia Provincial de Barcelona en la que el Tribunal llega a la conclusión, en su Fundamento de Derecho Tercero, de que «*la problemática que se plantea es más asistencial que de limitación de la capacidad de obrar, es más social que jurídica. No se ha definido ninguna enfermedad mental o patología psiquiátrica, sino solo trastornos adaptativos. En ningún caso parece jurídicamente adecuado, como hace la sentencia de instancia,*

establecer una incapacidad total de la que se excluyen determinados ámbitos, sino que la declaración de discapacidad debe concretar los ámbitos afectados en los que es precisa la asistencia de un tercero. Más que una incapacitación total para gobernar su persona y para administrar y disponer de sus bienes lo que procede es declarar los ámbitos de discapacidad en los que la demandada no puede actuar jurídicamente sin sufrir un perjuicio».

En este supuesto se juzga una persona a la que, según la Audiencia, no se le ha detectado ninguna enfermedad mental o patología psiquiátrica, sino únicamente trastornos adaptativos, y, aun así, se le nombra un curador para que le apoye a la hora de realizar actos de disposición patrimonial o gravamen *inter vivos* sobre sus bienes inmuebles, y para que otorgue poderes a favor de terceros, e, igualmente, será función del curador representar al curatelado frente a las Administraciones sanitarias y sociales para la búsqueda de recursos adecuados que aseguren su bienestar.

O también podemos destacar en este sentido la Sentencia de 19 de junio de 2015[25], en la que la Audiencia Provincial de Lugo ratificó el razonamiento del Juez de Primera Instancia, asumido también por el Ministerio Fiscal, en el sentido de que «*ha de acordarse la incapacidad parcial del recurrente en los términos fijados por la sentencia recurrida nombrándole un curador para completar su capacidad en aras a garantizar que siga el tratamiento médico conforme indique el profesional que le asista por considerar que con los efectos o medidas indicadas se atienden las necesidades de protección del demandado, quien manteniendo su personalidad, requiere un complemento de su capacidad precisamente para protegerlo».*

Es decir, hablamos de una persona que, aun necesitando un complemento en su capacidad para que siga el tratamiento médico, mantiene su personalidad tal y como reconoce la propia Audiencia Provincial.

Pero yendo más allá, he de exponer que en varias de las Sentencias anteriormente mencionadas en el presente artículo, se nombraban curadores a favor de personas que, por ejemplo, tenían un buen trabajo y un capital importante, pero que debido a su enfermedad, su patrimonio estaba en riesgo (pródigos); o, incluso, personas que debido al grado de sus enfermedades psíquicas (alcoholismo, esquizofrenia leve, etc.), con la medicación adecuada podrían llevar una vida normal.

¿Realmente puede pensarse que la intención del legislador de la LPPD en cuanto al uso de la institución especial era la de proteger a personas que sufran enfermedades de este tipo? ¿Sería justo para el resto de herederos forzosos verse privados de lo que le correspondiese por legítima estricta, porque el testador ha decido favorecer a personas que sufren este tipo de enfermedades que únicamente les «incapacitan» parcialmente?

Particularmente entiendo que aunque en la actualidad es perfectamente posible beneficiar a un hijo curatelado a través de la sustitución fideicomisaria

que venimos estudiando, en un futuro cercano dicha institución sufrirá una reforma que limitará su alcance exclusivamente a favor de los tutelados, tal y como ocurre en Italia, donde la sustitución fideicomisaria fija precisamente su alcance exclusivamente a favor de los tutelados, y nunca de los curatelados[26].

Y es que, dado que la Convención de la ONU aboga por la igualdad a todos los efectos y en todos los ámbitos, en cuanto a la capacidad jurídica de cualquier persona, indistintamente sufra o no discapacidad, entiendo que no se deberían considerar beneficiarios de una figura «especial» como es la sustitución fideicomisaria introducida por la LPPD, a aquellos que no son considerados especiales, sino que tienen la misma capacidad jurídica que el resto de herederos forzosos, solo que necesitan algún tipo de apoyo o asistencia para ciertas actividades concretas de su vida.

Llegado a este punto entiendo oportuno apuntar que diversos autores se han pronunciado también en cuanto a la necesidad de excluir como posibles beneficiarios de la sustitución fideicomisaria especial a los curatelados. Por ejemplo MARTÍN MELÉNDEZ[27] cuando indica: «*Lo mismo cabe decir en cuanto al tipo de incapacitación requerida: se trata igual al sometido a tutela que al sujeto a curatela, y dentro de cada uno de esos dos casos, tampoco se exige ninguna situación de especial gravedad o necesidad en el incapacitado. Esto es importante porque creemos que debería haberse distinguido entre esas dos situaciones y, quizá, haber limitado la facultad de gravar la legítima, al supuesto en que el hijo o descendiente incapacitado al que se pretenda favorecer estuviera sometido a tutela*».

O también PUIG FERRIOL[28], que pone en cuestión la constitución de la sustitución fideicomisaria especial en los casos de curatela, ya que dicha institución presupone la actuación del propio incapacitado con la asistencia del curador.

Por su parte, NANCLARES VALLE[29] entiende, igualmente, que «*sería paradójico admitir una sustitución fideicomisaria a favor de una persona con una incapacitación parcial o atenuada, a la que se somete tan solo a curatela y que puede actuar sobre su esfera jurídica con casi absoluta normalidad, y negársela a una persona con una discapacidad motora severa (parapléjico o tetrapléjico) pero que, por conservar la lucidez necesaria, no es susceptible de ser incapacitada*».

Respecto al planteamiento de este último autor he de decir que discrepo de su opinión cuando afirma que las personas con discapacidad física o motora severa no podrán ser beneficiarias de la sustitución fideicomisaria por no poder ser incapacitadas.

Y es que yo me planteo: ¿Pero por qué no van a poder ser incapacitadas estas personas? Por mi parte entiendo que una persona con una discapacidad física o motora severa (parapléjico, tetrapléjico…) sí podrá ver nombrado a su favor un curador (nunca un tutor, lo cual iría contra el espíritu de la Convención), para que le asista o apoye en actividades relacionadas con el manejo de

sus medicamentos prescritos, o con la ayuda de su enfermedad y autocuidado; o desde el punto de vista patrimonial, para que administre, gestione y disponga de los bienes de la persona en cuestión. Incluso, también podría quedar el curador encargado de controlar y fiscalizar todos los gastos del curatelado, completando, con ello, su capacidad física, por ser cierto que, debido a su enfermedad, la persona se vería imposibilitada de realizar todos estos tipos de actos.

Incluso, puede darse el caso de que a través de la autotutela (figura introducida igualmente por la LPPD), sea la propia persona con discapacidad física o motora severa la que promueva su incapacitación[30], eligiendo esta en la demanda de incapacitación al curador que quiere que le apoye o asista en todo este tipo de actividades, elección que habrá de respetar el Juez, ya que este deberá atender el siguiente orden de preferencia a la hora de designar el tutor o el curador en base al artículo 223 del Código Civil: 1. Al designado por el propio tutelado. 2. Al cónyuge que conviva con el tutelado. 3. A los padres. 4. A la persona o personas designadas por estos en sus disposiciones de última voluntad. 5. Al descendiente, ascendiente o hermano que designe el Juez.

¿Cuál sería la sentencia de un procedimiento de incapacitación promovido por la persona con discapacidad física, motora, o incluso degenerativa, en el que este solicita el nombramiento de un curador para que le atienda en ciertos aspectos personales y patrimoniales de su vida en los que necesita apoyo debido a su enfermedad?

Por lógica parece claro que el Juez dictaría la correspondiente sentencia de incapacitación solicitada por la persona con discapacidad.

Aun siendo conscientes de que la siguiente afirmación se contradice con lo que venimos argumentando en cuanto a que los curatelados no deberían ser beneficiarios de la sustitución fideicomisaria especial, entendemos que dentro de las personas curateladas existe un tipo de personas que debido a la gravedad de su enfermedad física, motora o degenerativa, sí deberían, en cambio, poder ser beneficiarias de dicha institución.

Me refiero a aquellas personas que tienen prácticamente imposible acceder a medios económicos suficientes para atender sus necesidades vitales, es decir, aquellas que físicamente por no pueden valerse por sí mismas, las cuales están aquejadas de lo que se conoce en nuestro sistema como una «gran dependencia».

Es más, he de decir que bajo mi punto de vista este tipo de personas representa el colectivo al que el legislador de 2003 quiso beneficiar mediante una figura del calado jurídico de la sustitución fideicomisaria especial, y no las personas curateladas, las cuales, reitero, simplemente necesitan el apoyo de otra persona para llevar a cabo ciertas actividades de su vida, ya que el resto de actividades las pueden desarrollar ellas sin ayuda de nadie.

Sin embargo, no fue hasta tres años después de la publicación de la LPPD, cuando vio la luz la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, la cual cla-

sifica en tres grados la situación de dependencia[31] de las personas, siendo el mayor de los grados el tercero, conocido como de «gran dependencia», comprendiendo este a «*la persona que necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria varias veces al día y, por su pérdida total de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, necesita el apoyo indispensable y continuo de otra persona o tiene necesidades de apoyo generalizado para su autonomía personal*».

En mi opinión, seguramente de haber sido anterior la Ley 39/2006 a la LPPD, otra redacción hubiese tenido el artículo dedicado a los beneficiarios de la sustitución fideicomisaria especial, aunque tal vez dicha afirmación sea demasiado optimista viendo la deficiente redacción técnico-jurídica dada a la LPPD.

Concluimos el presente apartado abogando por una nueva interpretación de la materia en la futura reforma que sufrirá el Código Civil al efecto, la cual consideramos, sería mucho más eficaz estableciendo que la sustitución fideicomisaria especial, únicamente, podrá beneficiar a aquellas personas a las que se le haya nombrado un tutor judicialmente (nunca un curador), o tengan reconocido administrativamente el grado de gran dependencia.

IV. CONCLUSIONES

I. Hoy en día en España, cualquier persona tutelada o curatelada podrá beneficiarse de la sustitución fideicomisaria especial que recae sobre todo el tercio de legítima estricta, ya que nuestro Código Civil protege con dicha institución a todos los incapacitados judicialmente, término que engloba tanto a los tutelados como a los curatelados indistintamente.

A ello hay que sumarle que desde 2013, y con motivo de la Convención de la ONU, los Tribunales españoles apuestan decididamente por la curatela como medio de protección ideal de las personas incapacitadas, relegando a la tutela a una posición completamente residual.

Es decir, que a diferencia de lo que ocurría en 2003 (año en el que se introduce el nuevo alcance de la sustitución fideicomisaria), en la actualidad en España la inmensa mayoría de las cientos de sentencias de incapacitación que se dictan cada año apuestan por la curatela como institución de guarda preferida, limitando con ello lo menos posible la capacidad de obrar de las personas con discapacidad o necesitadas de protección, y cumpliendo con ello nuestros Tribunales con las exigencias marcadas por la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Esto quiere decir que en los próximos años, la gran mayoría de personas incapacitadas españolas serán personas curateladas, lo que supone, que los testadores con hijos o descendientes curatelados (pródigos, alcohólicos, drogodependientes, etc.) podrán establecer sobre el tercio de legítima estricta una sustitución fideicomisaria en la que el curatelado ostente la condición de fiduciario,

y la de fideicomisarios el resto de herederos forzosos, los cuales habrán visto gravada su cuota de legítima estricta porque así lo decidió el testador en aras de beneficiar a un curatelado.

II. ¿Realmente la voluntad del legislador de 2003 era la de que cualquier persona curatelada a la que se le haya nombrado un curador para que le apoye en ciertos ámbitos de su vida, pueda verse favorecida con una sustitución fideicomisaria especial sobre el tercio de legítima estricta del resto de herederos forzosos?

Particularmente entiendo que no, ya que el legislador de 2003 limitó lo máximo posible el alcance de la institución, como se demuestra, por ejemplo, con la imposibilidad de instituir fiduciarios a los ascendientes o cónyuges supérstites incapacitados judicialmente, o a los hijos o descendientes con discapacidad que no estuviesen incapacitados.

Por ello considero que si realmente la intención del legislador fue la de crear una institución con un ámbito de aplicación muy reducido, en dicho ámbito no pueden quedar incluidas las personas curateladas, ya que mientras los tutelados son personas que debido a la gravedad de su enfermedad precisan que otra les represente en todos los ámbitos de su vida, los curatelados, no lo olvidemos, son personas que necesitan ser apoyadas solo en ciertos ámbitos, pero cuya enfermedad no les imposibilita el ejercicio de su plena capacidad de obrar (alcohólicos, pródigos, drogodependientes, esquizofrénicos, etc.).

III. Y es por todo lo anteriormente expuesto por lo que concluyo que en la cercana reforma que ha de producirse respecto al alcance otorgado a la sustitución fideicomisaria en 2003 mediante la LPPD, en mi opinión lo primero que ha de producirse es la clara limitación del alcance de la institución a favor de las personas tuteladas y a las que les haya sido declarada administrativamente una gran dependencia, pero nunca a las personas curateladas, tal y como por ejemplo ocurre en Italia, donde la sustitución fideicomisaria sirve de medio de protección asistencial exclusivamente de los *interdetti* (tutelados), pero no de los *inabilitati* (curatelados).

V. BIBLIOGRAFÍA

CABELLO DE ALBA JURADO, *La discapacidad como hecho y su incidencia en el ámbito jurídico: distintos regímenes jurídicos y alternativas en el marco de la Convención*, L Jornadas Aequitas/Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia, 2013.

DE COUTO GÁLVEZ, Artículos 286 a 293 del Código Civil, en *Comentarios al Código Civil*, Tomo II, vol. 2º, Rams Albesa y Moreno Flores (coords.), Editorial Bosch, Barcelona, 2000.

GARCÍA GARNICA, Discapacidad y dependencia (II): configuración y contenido de su sustitución jurídica, en *Tratado de Derecho de la Persona Física,* Tomo II, Gete Alonso y Calera (dir.), Editorial Civitas, 2013.

MARTÍN MELÉNDEZ, *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados*, Colección Monografías de Derecho Civil, Dykinson, Madrid, 2010.

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

PUIG FERRIOL, Protección del discapacitado: Aspectos sucesorios, en *Protección jurídica y patrimonial de los discapacitados,* Bello Janeiro (coord.), Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 2005.

RIVAS MARTÍNEZ, *Derecho de Sucesiones. Común y Foral*. Tomo II, Cuarta Edición, Editorial Dykinson, Madrid, 2009.

RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, La reforma del Derecho de sucesiones con motivo de la protección de las personas con discapacidad, en *Actualidad Civil*, número 4, 2004.

SANCHO REBULLIDA, *El nuevo régimen de la familia. III. Tutela e instituciones afines,* Editorial Civitas, Madrid, 1984.

VIVAS TESÓN, *Más allá de la capacidad de entender y querer*. Badajoz, Futuex, 2012.

NOTAS

[1] Publicada en el *BOE* núm. 277, de 19 de noviembre de 2003.

[2] En adelante Código Civil.

[3] El estudio del resto de medidas de guarda que componen el procedimiento de incapacitación no nos interesa, ya que, mientras que la patria potestad prorrogada o rehabilitada sirve para designar un tutor o curador al hijo menor o mayor de edad que vive con sus padres y ha sido incapacitado, el defensor judicial se designa para los supuestos en los que exista conflicto de intereses entre el tutor o curador, y la persona incapacitada.

Por ello, consideramos que lo verdaderamente importante es determinar a qué tipo de personas puede beneficiarse mediante la sustitución fideicomisaria especial, si a las que son tuteladas o curateladas.

[4] RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN (2004), 362: «*conforme al nuevo texto legal, presupuesto necesario para establecer sustituciones fideicomisarias que graven la legítima estricta es la existencia de algún hijo o descendiente incapacitado judicialmente, sin importar, puesto que el texto legal no distingue, el régimen de tutela o guarda al que haya quedado sometido*»; o también, GARCÍA GARNICA (2013), 272: «*dado que la norma no exige que la incapacitación haya sido plena, cabe entender que bastará que se haya declarado su incapacidad relativa*».

[5] RIVAS MARTÍNEZ, (2009), 1475.

[6] PUIG FERRIOL (2005), 295.

[7] Publicada en el *Boletín Oficial del Estado* núm. 96, de 21 de abril de 2008.

[8] SANCHO REBULLIDA (1984), 62.

[9] Aunque en realidad, en la redacción originaria de nuestro Código Civil se hacía referencia a la curatela, concretamente en su artículo 1764, que recogía: «Si una persona capaz de contratar acepta el depósito hecho por otra incapaz, queda sujeta a todas las obligaciones del depositario, y puede ser obligada a la devolución, por el tutor, curador o suministrador de la persona que hizo el depósito, ó por esta misma, si llega a tener capacidad».

Y también aparecía en las Disposiciones Transitorias séptima a la décima, que trataban de la tutela.

[10] DE COUTO GÁLVEZ (2000), 2027.

[11] VIVAS TESÓN (2012), 25 y 26.

[12] CABELLO DE ALBA JURADO (2013), 11.

[13] Instrucción FGE 3/2.010, de 29 de noviembre de 2010.

[14] *RJ* 2012, 9713.

[15] *RJ* 2013, 3948.

[16] Como refleja, entre otras, la de la Audiencia Provincial de Barcelona de 23 de febrero de 2016, *(JUR* 2016, 101873), al fijar que «*se decanta por la potenciación de la figura del curador en detrimento de la del tutor, siempre que ello sea posible, cuando las circunstancias personales del sujeto así lo aconsejen, o dicho de otra manera, en aquellos ámbitos de interés de la persona que cabe proteger lo necesiten, más que de una sustitución en la toma de decisiones, de un soporte o refuerzo. Así lo recomienda la STS de 24 de junio de 2013 que analiza la curatela a la luz de la Convención de las Naciones Unidas y en la que considera que la figura instaurada, la tutela, es desproporcionada*».

[17] En su undécimo periodo de sesiones, celebrado del 30 de marzo al 11 de abril de 2014.

[18] *RJ* 2014, 5610.

[19] Entre otras, las Sentencias de AP de Barcelona, núm. 158/2016, de 23 de febrero de 2016, *(JUR* 2016, 101873); SAP Pontevedra, núm. 362/2014, de 6 de noviembre *(RJ* 2015, 56971); SAP de Barcelona, núm. 770/2.014, de 19 de noviembre *(RJ* 2015, 42854); SAP de A Coruña, núm. 406/2.014, de 25 de noviembre *(RJ* 2015, 47013); SAP de Barcelona, núm. 794/2014, de 2 de diciembre *(RJ* 2015, 65344); SAP de Asturias, núm. 321/2014, de 9 de diciembre *(RJ* 2015, 51974); SAP de León, núm. 272/2014, de 15 de diciembre *(RJ* 2015, 49567); SAP de Barcelona, núm. 851/2014, de 17 de diciembre *(RJ* 2015, 63939); SAP de Barcelona, núm. 860/2014, de 18 de diciembre *(RJ* 2015, 63695); SAP de Barcelona, núm. 863/2014, de 18 de diciembre *(JUR* 2015, 76338); SAP de Tarragona, núm. 2/2015, de 2 de enero *(RJ* 2015, 79509); SAP de Asturias, núm. 20/2015, de 22 de enero *(RJ* 2015, 67122); SAP de Huesca, núm. 8/2015, de 29 de enero *(RJ* 2015, 71458).

[20] *JUR* 2015, 42135.

[21] *JUR* 2015, 72846.

[22] *JUR* 2015, 62059.

[23] Aunque necesitan el apoyo o asistencia de otra persona, curador, en ciertos ámbitos de su vida.

[24] *JUR* 2015, 42135.

[25] *JUR* 2015, 175036.

[26] También en Italia se encuentran entre los curatelados a personas que por prodigalidad o por uso habitual de bebidas alcohólicas o de estupefacientes, se expongan ellos mismos, o a su familia, a graves perjuicios económicos.

[27] MARTÍN MELÉNDEZ (2010), 154.

[28] PUIG FERRIOL (2005), 295.

[29] NANCLARES VALLE (2014), 135.

[30] Tal y como le permite el artículo 757 de la LEC.

[31] Al mismo tiempo, la propia Ley 39/2006 define la dependencia como «*el estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal»;* y las Actividades Básicas de la Vida Diaria las presenta como «*las tareas más elementales de la persona, que le permiten desenvolverse con un mínimo de autonomía e independencia, tales como: el cuidado personal, las actividades domésticas básicas, la movilidad esencial, reconocer personas y objetos, orientarse, entender y ejecutar órdenes o tareas sencillas*».

(Trabajo recibido el 15-11-2016 y aceptado para su publicación el 16-12-2016)

Aspectos registrales del régimen económico matrimonial después de la reforma de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil: pasado y presente

Registral aspects of the marriage economic regime after the reform of Law 20/2011, of july 21, of the Civil Register: past and present

por

JUAN FAUSTINO DOMÍNGUEZ REYES

Doctor en Derecho

RESUMEN: Desde la publicación de la Ley del Registro Civil de 8 de junio de 1957, se planteó por la doctrina si el asiento registral sobre el régimen económico matrimonial era voluntario u obligatorio. La nueva Ley del Registro Civil de 21 de julio de 2011, no solo sustituye la ley anterior, sino que viene a resolver la antedicha polémica doctrinal, entre otras, a través del artículo 60, que declara la obligación junto a la inscripción del matrimonio del régimen económico matrimonial.

ABSTRACT: Since the publication of the Civil Registry Law of June 8, 1957, it was suggested by the doctrine whether the registration seat on the matrimo-

nial economic regime was voluntary or obligatory. The new Civil Registration Law of July 21, 2011, not only replaces the previous law, but also resolves the aforementioned doctrinal controversy, among others, through article 60, which declares the obligation with the marriage registration regime Economic marriage.

PALABRAS CLAVES: Asiento. Régimen económico matrimonial. Obligatoriedad.

KEY WORDS: Seat. Matrimonial economic regime. Mandatory.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA PUBLICIDAD REGISTRAL DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL HASTA LA PUBLICACIÓN DE LA LEY 20/2011, DE 21 DE JULIO, DEL REGISTRO CIVIL: CONSIDERACIONES GENERALES: 2.1. Antecedentes históricos. 2.2. El asiento voluntario o de indicación *versus* asiento obligatorio o de inscripción.—III. LA INSCRIPCIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL EN LA LEY 20/2011, DE 21 DE JULIO, DEL REGISTRO CIVIL: PREVIO: 3.1. La inscripción obligatoria: artículo 60-1.º de la Ley del Registro Civil. 3.2. El acta de notoriedad: artículo 60-2.º de la Ley del Registro Civil. 3.3. La publicidad registral del régimen económico matrimonial a través de otros Registros públicos: artículo 60-3.º de la Ley del Registro Civil. 3.4. La oponibilidad. La inscripción de bienes en el Registro de la Propiedad: artículo 60-4.º de la Ley del Registro Civil: *3.4.1. Principio de oponibilidad. 3.4.2. La inscripción en el Registro de la Propiedad.*—IV. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN

La nueva Ley del Registro Civil (Ley 20/2011, de 21 de julio) viene a sustituir a la Ley de 8 de junio de 1957 y su Reglamento de 14 de noviembre de 1958. Reforma que como señala el Preámbulo I «ante las innegables transformaciones habidas exige un cambio normativo en profundidad que, recogiendo los aspectos más valiosos de la institución registral, la acomoda plenamente a la España de hoy, cuya realidad política, social y tecnológica es completamente distinta a la de entonces». Así pues, se pasa de un modelo basado en la llevanza de libros sobre hechos relativos al estado civil a un sistema de registro individual de hoja única y electrónica que refleja todos los hechos y actos de trascendencia jurídica de una persona y demás que determine la ley, en donde la persona viene determinada por un código personal, en virtud del cual se permite el acceso a los datos registrales, además de obtener certificaciones (publicidad

forma); recogiendo el artículo 18 de la Ley del Registro Civil el principio de eficacia constitutiva de la inscripción (publicidad material), completados con los principios de integridad e inoponibilidad.

El presente trabajo está dividido en dos partes: pasado, que comprende el primer epígrafe relativo a los antecedentes históricos por entender que la Ley de 21 de julio de 2011, sigue el punto de vista clásico sobre el Registro Civil, es decir, es concebida como un instrumento para la constancia del estado civil, identidad y demás circunstancias de persona, pasando a continuación a la polémica sobre el asiento voluntario u obligatorio, estimando a este respecto que la nueva Ley del Registro Civil lo declara obligatorio.

La segunda parte: en la que partimos de un previo para a continuación desarrollar el artículo 60 de la LRC/2011, dividido en cuadro ordinales: la inscripción obligatoria; el acta de notoriedad; la coordinación registral y la oponibilidad e inscripción registral.

II. LA PUBLICIDAD REGISTRAL DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL HASTA LA PUBLICACIÓN DE LA LEY 20/2011, DE 21 DE JULIO, DEL REGISTRO CIVIL: CONSIDERACIONES GENERALES

La Constitución de 1869 recogió en su artículo 21 el principio de libertad de culto y, con ello, hizo urgente la necesidad de crear el Registro Civil. Así, con carácter provisional, se publicó la Ley de 17 de junio de 1870, del Registro Civil[1]. Hasta esa ley los nacimientos, matrimonios y defunciones se inscribían en los registros parroquiales[2]. El Concilio de Trento de 1563, impulsó un modelo general y regular en la llevanza de los hechos más importantes de la condición humana a través de libros que tenían efectos probatorios[3].

La Ley de 1870 se caracteriza por el valor substántico de las inscripciones y anotaciones[4], con eficacia *erga omnes* de los hechos inscritos, salvo prueba en contrario (inexactitud), además de su carácter completo y unitario, pues la posibilidad de rectificación de un asiento conlleva la ejecutoria judicial[5]. Sin embargo, DE ANGULO RODRÍGUEZ[6] señala que el diseño registral de 1870, fue concebido como un registro transaccional, al que se añadió una organización atomizada y dispersa; por el contrario, LUCES GIL[7] habla de un registro secular basado en la inscripción registral de hechos que afectan al estado civil de la persona que se exhibe a través de libros o certificados; y, por otro lado, SOTO BISQUERT[8] anota que el sistema registral español con antecedentes en el Código Civil francés (arts. 1394 y sigs.) y el italiano de 1865 (arts. 1382 y sigs.), se basa en la publicidad de bienes en el Registro de la Propiedad.

La Ley de 17 de junio de 1870, inició el Registro Civil español, originariamente siguió el modelo francés en el que se encomendaba a los juzgados municipales su gestión[9], pero las dificultades en que se desenvolvió dicho mo-

delo, además de una abundante normativa para su desarrollo y cumplimiento, aconsejó una reforma de la ordenación registral[10]. Es aquí donde surge la nueva Ley del Registro Civil de 8 de junio de 1957 y su Reglamento, Decreto de 14 de noviembre de 1958, basado en la inscripción de hechos concernientes al estado civil de las personas y aquellos otros que determine la ley. En efecto, la Exposición de Motivos II señala: «La presente Ley respeta el punto de vista clásico sobre la misión del Registro Civil, concebido como instrumento para la constancia oficial de la existencia, estado civil y condición de las personas […]».

En principio, la Ley del Registro Civil de 1957 (en adelante LRC/1957), en su artículo 1 señala el objeto del Registro y acota los hechos inscribibles[11], pero como ha puesto de relieve PERE RALUY[12] si en el mencionado artículo 1 relativo al estado civil son inscribibles o, por el contrario, los hechos al margen del estado solo son inscritos cuando la ley lo determine, esto lleva al autor a plantear si existen o no *numerus clausus* en los hechos inscritos. En su opinión[13] se deberán inscribir aquellos hechos relacionados en el artículo 1, párrafo 1.º y todos aquellos que determinen la ley, aunque no estén previsto o sea necesario la modificación de la ley o, en su caso, el reglamento; por el contrario, LUCES GIL[14] planteando el mismo problema llega a la conclusión de que «los actos afectantes al estado civil son siempre un número limitado»; y, añade, «no se pueden crear tipos o figuras nuevas al margen de lo dispuesto en la Ley»; por su parte, LÓPEZ SÁNCHEZ[15] partiendo del mismo ejemplo señala que en el artículo 1 de la LRC/1957, la ambigüedad es buscada con toda intención para evitar tener que determinar en cada momento el verdadero estado civil inscribible.

La nueva Ley del Registro Civil recoge quince hechos inscribibles en lista cerrada; sin embargo, al regular el artículo 11 de la LRC/2011, «los derechos de las personas ante el Registro Civil», concretamente en su apartado b) «El derecho a la inscripción de los hechos y actos que se refieren a su identidad, estado civil y demás circunstancias personales que la ley prevea», precepto puesto en relación con el artículo 4 de la misma LRC/2011, que como en la ley anterior (LRC/1957) no resuelve el problema, pues no deja claro qué hechos y actos se refieren al estado civil y cuales no[16]; no obstante, ROCA GUILLAMÓN y DE LAS HERAS GARCÍA[17] estiman acertado catalogar los hechos y actos que configuran el objeto del Registro.

2.1. Antecedentes históricos

La conocida teoría del estado civil, también denominada teoría derivada del *status,* tiene su origen en los textos romanos, lo que ha dificultado su estudio y comprensión[18]. Fue en la época justinianea cuando se formó la concepción de persona de modo mecánico y abstracto[19], aunque la opinión dominante, escribe

SANCHO REBULLIDA[20], fue la de tener significado propio y técnico y, como tal, aparece en algunos pasajes (D. 4,5,1; 4,5,2,), en donde la expresión *status* se traduce como «condición» o «modo de ser», de tal modo que en la Edad Media es donde pierde trascendencia el estado de familia, así como la libertad y la ciudadanía su significado originario a causa de los cambios sociales. Entre los siglos XVII y XVIII se dirá «el hombre en su estado» o «el hombre en relación con su estado» de modo que implícita o explícitamente se niega a toda persona que no se le reconozca un estado[21].

En nuestro Derecho de Partidas (P. 4.ª, tít. 23.º, Ley 1.ª) dispuso: *«Status hominum tanto quiere decir en romance como el estado o la condición o la manera en que los hombres viven o están. E son tantas maneras de estado, cuantas de suso dijimos en el prólogo de este título. E tiene muy gran pro, en conocer e en saber el estado de los hombres, porque mejor pueda hombre departir e librar lo que acaeciere en razón de las personas de ellos».*[22]. Con base en esta referencia, SANCHO REBULLIDA[23] escribe la expresión *status* es sinónima de condición: «facultad de vivir y hacer lo que quiera, que le atribuye su condición» o, como señala DE CASTRO Y BRAVO[24] «el estado se entiende; pues, como una situación jurídica originada por las más diversas causas sociales, que tiene el efecto de determinar la manera como es honrada y juzgada según el Derecho de cada persona». Sin embargo, los caminos que siguió la doctrina para acomodar la teoría del estado a la nueva realidad social fueron diversos, para resolverlo se pensó que el estado es una condición.

Ante las discrepancias con los textos romanos; por un lado, y por otro, la poca utilidad de un concepto tan amplio de condición jurídica, se propone para superar dicha dificultad por la teoría iusnaturalista de la distinción entre estado natural y estado civil. Así, conforme al primero comprende: sexo, edad e incapacidad; y el segundo, libertad, ciudadanía y familia[25]. Esta doctrina, afirma SANCHO REBULLIDA[26], se mueve en el plano abstracto, carente de matices y sin contacto con las disposiciones legales, por lo que hay que entenderla como «doctrina que nació para cubrir una necesidad práctica».

Frente a la teoría anterior surgió la denominada teoría negativa que tiene como máximos exponente a los pandectista alemanes y, en particular, a F.C. VON SAVIGNY[27], quien formuló una minuciosa crítica a la doctrina romana del *status*[28], llegando a declarar que el concepto de estado es inútil para la ciencia moderna[29]. VON SAVIGNY[30] resume la teoría del *status* partiendo del concepto de estado «como un modo de ser, en virtud del cual un hombre goza de cierto derecho», lo que nos lleva a dos categorías: a) estado natural: persona, salud y enfermedad; b) estado civil: libertad, ciudad y familia, esta última es considerada como *status principal*. El estado de familia tiene de común con la libertad y la ciudad que se refiere a la capacidad jurídica; es decir, la capacidad conlleva la libertad y el derecho a la ciudadanía con independencia en el seno de la familia. Por tanto, el sustantivo *status* en sentido técnico significa «la

posición de un hombre frente a otro»[31], que como cada hombre determina dos clases de relaciones; una pública, donde se distingue la libertad y la ciudadanía; y otra privada, referida a las relaciones de familia[32]. Sobre esta teoría SANCHO REBULLIDA[33] escribe que no puede tener aplicación en el Derecho moderno «pues la unión entre el estado y la capacidad jurídica lo hace inservible desde el momento que se admite la capacidad jurídica es igual para todos». Por tanto, el estado civil cuando no se puede prescindir de él supone una cualidad de la persona que determina su capacidad de obrar[34].

Una tercera posición doctrinal se basa en la diferencia entre «el estado civil y las circunstancias modificativas de la capacidad de obrar». Nada fácil, señala LUCES GIL[35], pues se trata de saber el estado en que se encuentra un sujeto en relación con la comunidad; y, por otra parte, las circunstancias que pueden modificar la capacidad de obrar[36]. En cuanto al primero (estado civil) ha puesto de relieve DE CASTRO Y BRAVO[37] que desde nuestro Derecho de Partidas (P. 4.ª, tít. 23.º, Ley 1.ª), se ha mantenido el concepto de *status*[38]. Así, con base en dicho antecedente legislativo se ha elaborado un concepto de estado civil que dice: «la cualidad jurídica de la persona, por su especial situación (y consiguiente condición de miembro) en la organización jurídica, y que como tal caracteriza su capacidad de obrar y el ámbito propio de su poder y responsabilidad»[39]. Este concepto se caracteriza por Cualidad de persona: cuando la ley reconoce derechos e impone deberes y restricciones. Situación y condición de miembro: cualidad personal que tiene todo sujeto como miembro de una comunidad. Capacidad de obrar de la persona: por lo general en toda persona concurren varios estados. Por tanto, «la naturaleza propia del estado civil se manifiesta en su carácter personal, por estar regulado como materia de orden público interno y en su general eficacia».

En cuanto al segundo punto «las circunstancias modificativas de la capacidad de obrar», como hemos expuesto más arriba, la teoría del estado tiene su origen en el Derecho romano *(status libertatis, civitatis y familiae),* en el transcurso del tiempo pierde esta trilogía eficacia y, concretamente, ante la abolición de la esclavitud los pandectistas alemanes entienden que la teoría del estado pierde utilidad[40]. No obstante, las doctrinas francesa e italiana entendieron que bastaba pertenecer a la comunidad (nación) y a una familia para recoger la teoría de estado, pero en este supuesto no se apoyaron en los postulados de VON SAVIGNY[41] —realidad histórica y textos legales—, sino que aceptaron la repetida teoría del estado como un todo[42].

Sin embargo, se pueden entender las causas modificativas de la capacidad de obrar en un doble sentido: como aquellas circunstancias que influyen en la capacidad jurídica de la persona (sentido amplio), o aquellas causas modificativas de la capacidad de obrar (restringido o en sentido técnico). En el primer supuesto CASTÁN TOBEÑAS[43] afirma que las causas modi-

ficativas de la capacidad se aproximan a la teoría del estado o capacidad jurídica de la persona; en el segundo supuesto, —añade—, las circunstancias modificativas de la capacidad son aquellas que limitan la capacidad de obrar o de ejercicio.

2.2. El asiento voluntario o de indicación versus el asiento obligatorio o de inscripción

En la década de los 50 la doctrina[44] se planteó si la naturaleza del asiento del régimen económico matrimonial en el Registro Civil es voluntaria[45] u obligatoria[46], sin perjuicio de otras autorizadas opiniones que han estimado que pudiéramos estar ante un asiento de carácter facultativo[47].

La situación se sitúa en la redacción del artículo 1333 del Código Civil en donde el primer inciso reproduce el primer párrafo del artículo 1322 del mismo cuerpo legal[48]. En relación con este último precepto, su Exposición de Motivos refleja que «la modificación de las capitulaciones matrimoniales y del régimen económico matrimonial exige una especial protección de los intereses generales y los intereses de terceros. Esta protección […] consiste en el establecimiento de un régimen de publicidad. Las alteraciones de los capítulos y del régimen económico conyugal y sus modificaciones con objeto de publicidad a través del Registro Civil, con lo que se han fortalecido los preceptos que ya se encuentran en la Ley de 8 de junio de 1957 […]». Si relacionamos el referido artículo 1333 del Código Civil, que dice: «En toda inscripción de matrimonio en el Registro Civil se hará mención […]», y el artículo 77-1.º de la LRC/1958, que dispone: «Al margen también de la inscripción del matrimonio podrá hacerse indicación […]», tenemos que el primero alude a «se hará mención» mientras que el segundo «podrá hacerse indicación», mención e indicación que no siempre son obligatorias[49], pues no informan del régimen económico matrimonial, sino de la existencia de pactos, resoluciones o modificaciones para los que el tercero deberá consultar el Registro Civil[50]; por el contrario, las indicaciones registrales sobre el régimen económico matrimonial se rigen por las inscripciones (art. 266 del Reglamento del Registro Civil, en adelante RRC), «no se trata, pues, de anotación, sino de un dato que el Registro manifiesta con valor de publicidad y no de prueba»[51].

Sin embargo, la tesis contraria que sostienen CASTÁN-GARCÍA CANTERO[52] tras la reforma de las Leyes de 2 de mayo de 1975 y 13 de mayo de 1981, no solo estableció la obligatoriedad de la inscripción del régimen económico matrimonial, sino que aseguró a terceros la buena fe. Este criterio ha sido asumido por la STS de 25 de septiembre de 1999 *(AC* 20, 2000), que dispuso «la modificación del régimen económico matrimonial solo afecta a terceros desde la fecha de su inscripción registral […] por lo que su eficacia y disponibilidad están

en función de la inscripción en el Registro Civil»[53]. Por otro lado, LASARTE ÁLVAREZ[54], sitúa la discusión desde la reforma del artículo 1322 por la Ley de 1975 que se centró en si la mención o indicación es obligatoria o facultativa. En su opinión, el sistema de la mención del Registro Civil a través de una nota marginal en la inscripción es obligatorio. Así, la STS de 6 de diciembre de 1989 *(RA* 1989, 8805) estableció el criterio de que «el valor de la inscripción en el Registro Civil es hacer posible el régimen frente a terceros de buena fe; por el contrario, la falta de inscripción registral provoca la inoponibilidad frente a terceros»; la STS de 6 de junio de 1994 *(RA* 1994, 4585), declaró que «la validez de las capitulaciones depende de su constancia en escritura pública, de manera que tal requisito se erige en forma *"ad solemnitatum"* y no meramente en forma *"ad probationem"* y su eficacia y oponibilidad están en función de la inscripción en el Registro Civil, más estas circunstancias no alteran el régimen de publicidad registral inmobiliario con las garantías que a terceros ofrece el mismo. En consonancia con lo dispuesto en el artículo 1333 del Código Civil, respecto de los inmuebles concretos afectados por capitulaciones matrimoniales en cuanto a la toma de razón en el Registro de la Propiedad en la forma y con los efectos previstos en la Ley Hipotecaria […]». Esta doctrina ha sido sostenida por AMORÓS GUARDIOLA[55] cuando dice que la expresión legal del término «indicación» funciona como requisito de oponibilidad frente a terceros, como así lo manifestó la STS de 10 de marzo de 1998 *(RA* 1998, 1042), «cuando no coste en el Registro Civil, conforme con el artículo 77 de la Ley de Registro Civil la alteración del régimen económico, habida respecto del matrimonio en cuestión, el tercero de buena fe se halla plenamente protegido, de modo que no pueden oponerse al mismo las circunstancias jurídicas del nuevo régimen económico».

Por último, CABANILLAS SÁNCHEZ[56] comentando el artículo 1333 del Código Civil señala que, en principio, puede sostenerse el carácter obligatorio del asiento registral, pero después de la reforma del artículo 264 del RRC, hay que entenderlo en sentido facultativo; por su parte FEMENÍA LÓPEZ[57] deduce de la interpretación literal del artículo 1333 del Código Civil, que la expresión «se hará mención» de las capitulaciones matrimoniales o sus modificaciones tiene naturaleza obligatoria, pero no se desarrolló adecuadamente imperando un sistema facultativo conforme a lo dispuesto en el artículo 77 de la LRC/1957. En este sentido la STS de 10 de marzo de 1998 *(RA* 1998, 1048), dispuso «aun admitiéndose el carácter facultativo de la indicación en el Registro Civil, si se tiene en cuenta el contenido de los artículos 77 de la LRC y 226 del RRC, cabe deducir que los efectos de la indicación se limitan a la inoponibilidad de lo inscrito frente a terceros».

Desde mi punto de vista el embate queda zanjado ante la publicación de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil[58], al recoger en su artículo 60-l.º el carácter obligatorio como veremos en el epígrafe siguiente.

III. LA INSCRIPCIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL EN LA LEY 20/2011, DE 21 DE JULIO, DEL REGISTRO CIVIL: PREVIO

El nuevo artículo 60 de la LRC/2011, modificado por la Disposición final cuarta de la Ley 5/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, completa de este modo la legislación registral, precepto que, por otro lado, viene a sustituir el artículo 77 de la LRC/1957 (este último vigente hasta el próximo 30 de junio de 2017), fecha de entrada en vigor de la nueva Ley del Registro Civil.

La LRC/2011 respeta los antecedentes clásicos sobre el objeto del Registro Civil, en el sentido de seguir configurado como instrumento para la constancia oficial del estado civil y condiciones de las personas, aunque con notables diferencias respecto de la legislación anterior, pues se pasa de un modelo cuya llevanza era a través de libros sobre hechos y actos del estado civil a un modelo de registro individual, único y electrónico designado a cada persona por un código, que se materializa a través de un soporte electrónico donde constan los hechos y actos relativos a la persona individual, estado civil y demás circunstancias en los términos previstos en la ley, iniciando dicho registro con el nacimiento y continuando de forma sucesiva y cronológicamente, con todos los hechos y actos relativos a la persona. Como señala el Preámbulo IV de la Ley del Registro Civil «la Ley concibe el Registro Civil como un registro electrónico, en el que se practican asientos informáticos, que organiza la publicidad y da fe de los hechos y actos del estado civil». De este modo queda proclamada la presunción de integridad —el Registro Civil se presume integro respecto de los hechos y actos inscritos—, y el principio de oponibilidad —los hechos y actos inscritos serán oponibles a terceros desde su publicación—.

3.1. La inscripción obligatoria: artículo 60-1.º de la Ley del Registro Civil

El artículo 60-1.º de la LRC/2011[59] dispone: «Junto a la inscripción de matrimonio se inscribirá el régimen económico matrimonial legal… o el que fuera supletorio de conformidad con la legislación aplicable […]». Precepto por el que, después de las ponencias parlamentarias, la publicidad del régimen económico matrimonial quedó definitivamente como obligatorio[60]. De este modo la expresión «indicación» del artículo 77 de la LRC/1957, queda sustituida por «junto a la inscripción de matrimonio» del artículo 60-1.º de la LRC/2011, quedando la publicidad del régimen económico matrimonial referida al patrimonio de los cónyuges de forma legal (sociedad de gananciales) o pactada (capitulaciones a través del Código Civil o, en su caso, la legislación autonómica), constaran de igual modo las resoluciones judiciales en el Registro Civil relativas a la nulidad de los capítulos y, a la disolución de la sociedad o el régimen de participación. Además de los supuestos previstos en el artículo 1333 del Código Civil sobre

la inscripción del matrimonio, se inscribirá de igual modo lo previsto en el artículo 1394 relativo a la administración de bienes o el artículo 1388 sobre la administración por uno solo de los cónyuges. No obstante, otros preceptos, como es el caso del artículo 102 del Código Civil relativo a la demanda de nulidad, separación o divorcio, por ministerio de ley se anotarán en el Registro Civil o el artículo 1436 en relación con la demanda de separación y sentencia firme que se anotará de igual modo en el Registro Civil; asimismo, los artículos 12 y 22.1.º del C. Com. sobre la publicidad del empresario individual desarrollado por los artículos 87-6.º, 92-3.º y 93-2.º del RRM.

Dejando a salvo la expresión «al margen de la inscripción» del artículo 77 de la LRC/1957, suprimido por el artículo 60-1.º de la LRC/2011, el mencionado precepto es de análoga redacción, pero presenta una importe variación; ya que, deja derogado el «Libro de Familia» (Disposición transitoria tercera), para en su lugar practicar la llevanza registral a través de un modelo individualizado (art. 5), donde constan hechos y actos relativos a la identidad, estado civil y demás circunstancias, reflejadas en hoja o extractos en que se inscribirán de forma continuada, sucesiva y cronológicamente todos los hechos y actos que tenga acceso al Registro Civil (art. 5-3.º), además de un tratamiento automatizado de base único (art. 3-1.º), quedando de este modo comprometidos los hechos naturales de relevancia jurídica como los actos donde interviene la voluntad humana[61].

En consecuencia, por un lado, tenemos desde la reforma de 1957 la novedad de la publicidad registral de los capítulos en el Registro Civil; y, por otro lado, la obligatoriedad de inscribir; ya que, como ha puesto de relieve LACRUZ BERDEJO[62], «la falta de inscripción impide tener en cuenta una situación efectivamente existente». Ciertamente, junto a la inscripción inicial del matrimonio se inscribirán los hechos que alteren el régimen económico conyugal.

3.2. El acta de notoriedad: artículo 60-2.º de la Ley del Registro Civil

La Disposición final cuarta de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria[63], modificó el artículo 60-2.º de la Ley de Registro Civil, en los términos siguientes: «Cuando no se presenten escrituras de capitulaciones se inscribirá como régimen económico matrimonial legal el que fuera supletorio de conformidad con la legislación aplicable. Para hacer constar en el Registro Civil expresamente el régimen económico legal aplicable a un matrimonio ya inscrito cuando aquel no constase con anterioridad y no se aporten escrituras de capitulaciones será necesaria la tramitación de un acta de notoriedad.

Otorgada ante Notario escritura de capitulaciones matrimoniales, deberá este remitir en el mismo día copia autorizada electrónica de la escritura pública al Encargado del Registro Civil correspondiente para su constancia en la

inscripción de matrimonio. Si el matrimonio no se hubiera celebrado a la fecha de recepción de la escritura de capitulaciones matrimoniales, el Encargado del Registro procederá a su anotación en el registro individual de cada contrayente».

El primer inciso del mencionado artículo 60-2.º de la LRC/2011, supone a nuestro entender, una remisión al artículo 1316 del Código Civil, que dispone: «A falta de capitulaciones o cuando estas sean ineficaces, el régimen será el de la sociedad de gananciales». Relacionando ambos preceptos se viene a proclamar que, en defecto de capitulaciones, rige el régimen legal de gananciales.

Hasta la reforma del Código Civil por la Ley de 2 de mayo de 1975, nuestro sistema matrimonial se basaba en el principio de inmutabilidad del régimen matrimonial[64], es decir, iniciado un régimen jurídico este debe persistir hasta su disolución. En este sentido, DÍEZ PICAZO[65] comentando el artículo 1316, señala que el régimen supletorio funciona en aquellos supuestos en que los contrayentes no han pactado el régimen capitular, rigiendo en su defecto el régimen supletorio como Derecho dispositivo, que, por otro lado, resulta en su estructura bastante simple, pues consiste en dividir las ganancias obtenidas durante el matrimonio entre los esposos. Por su parte BARCELÓ DOMÉNECH[66] citando la STS de 27 de febrero de 1997 *(RA* 1997,1333) señala que «en territorio sujeto al Derecho común, se presume que los cónyuges están casados bajo el régimen legal y presunto de gananciales, salvo que se pruebe que lo están bajo otro régimen económico matrimonial», de tal forma que si no se inscriben en el Registro Civil los capítulos se presume la ganancialidad del régimen económico de los cónyuges. Y, por otra parte, HERRERO GARCÍA[67] comentando el repetido artículo 1316, que alude a un principio básico de nuestro sistema económico matrimonial, pues establece el régimen aplicable a falta de capitulaciones o cuando sean ineficaces[68].

En cuanto al segundo inciso del mencionado artículo 60-2.º de la LRC/2011, a primera vista parece un ejemplo concreto, pues para hacer constar en el Registro el régimen económico legal aplicable a un matrimonio ya inscrito, cuando no constase o no se aportaran las capitulaciones, se requerirá de un acta de notoriedad. Lo que sí resulta es una nueva incorporación al repetido artículo 60-2.º de la LRC/2011, por la Disposición final cuarta de la Ley 15/2015, de 2 de julio, que, por otro lado, está complementado con el artículo 53 de la Ley del Notariado (en adelante LN) de 28 de mayo de 1862[69].

Como cuestión previa, debemos destacar el artículo 58-6.º de la LRC/2011, relativo al acta o resolución (según quien celebre el acto —juez, alcalde o concejal, secretario judicial, notario o funcionario diplomático o consular o encargado del Registro Civil—), sobre la concurrencia y cumplimiento de los requisitos de los contrayentes, así como la determinación del régimen económico matrimonial y vecindad civil; por otra parte, el artículo 53 de la LN, que alude al acta de notoriedad pero no la define. En este sentido, nos valemos del artículo 209 del Reglamento Notarial (en adelante RN), según el cual «las actas de notoriedad

tiene por objeto la comprobación y fijación de hechos notorios sobre los cuales pueden ser fundados y declarados derechos y legitimadas situaciones personales o patrimoniales, con trascendencia jurídica»[70]. Precepto del que SOLÍS VILLA y MORILLO[71] destacan dos aspectos: el primero tiene por objeto la comprobación y fijación de hechos notorios; el segundo, cuando se pretenda el reconocimiento de derechos o la legitimación de situaciones. Por tanto, la notoriedad debe apreciar los hechos y comprobar las situaciones[72].

El mencionado artículo 53-1.º de la LN, destaca en primer lugar los sujetos legitimados: «Quienes deseen hacer constar expresamente en el Registro Civil el régimen económico matrimonial legal que corresponda a su matrimonio cuando este no constare con anterioridad deberán solicitar la tramitación de un acta de notoriedad al Notario […]». En este sentido PRETEL SERRANO[73] recalca que deben ser los cónyuges; pero añade: por uno de ellos o por ambos esposos. En cuanto al primero, citando la RDGRN de 29 de mayo de 1993 *(RA* 1993, 5234), donde se instó la inscripción del régimen económico matrimonial a instancia de uno de los cónyuges, que previamente había sido declarado nulo; el segundo, sería el supuesto recomendable de que los solicitantes del acta de notoriedad sean los cónyuges interesados en que se inste la solicitud de dicha acta. Cabe la posibilidad de que pueda ser instada por la viuda o viudo y herederos, pues fallecido uno de los cónyuges el sobreviviente pasa a liquidar la sociedad conyugal, la aceptación y adjudicación de bienes, si no ha sido inscrito en el Registro Civil el régimen económico, en este supuesto es necesario instar la correspondiente acta de notoriedad, como decimos, por el sobreviviente y demás herederos[74].

El mismo artículo 53-1.º señala la competencia del Notario autorizante. Así, se enumeran cinco supuestos: a) Notario con residencia en cualquiera de los domicilios conyugales; b) Notario con residencia en el domicilio habitual de cualquiera de los cónyuges; c) Notario con residencia en la mayor parte de los bienes del matrimonio; d) Notario con residencia donde se desarrolla la actividad laboral o empresarial; e) Notario de un distrito colindante a los anteriores[75]. Una vez establecido el Notario competente conforme a las reglas señaladas en el artículo 53-1.º de la LN, procede por parte del solicitante aportar los documentos acreditativos de su identidad y domicilio, además del informe negativo del Registro Civil sobre el régimen matrimonial. A estos efectos, ZAMORA IPAS[76] señala que en esta fase el requirente deberá aclarar el objeto de la notoriedad que pretende establecer (art. 53-2.º de la LN). Los solicitantes deberán afirmar los hechos positivos y negativos en que se debe fundar el acta, aportando los documentos necesarios y acompañado los documentos acreditativos de su vecindad civil en el momento de contraer matrimonio o, en su defecto, presentar dos testigos que aseveren los hechos que deriven del régimen económico matrimonial. La aseveración a la que alude el artículo 53-2.º, párrafo 2.º de la LN, se hace bajo responsabilidad del requirente, aunque el precepto no lo diga[77];

sin embargo, el artículo 209-1.º del RN declara la responsabilidad bajo pena de falsedad en documento público, a lo que SOLÍS VILLA y MORILLO[78], han calificado de un supuesto de simulación parcial. No obstante, el Notario tiene acceso a los datos del Registro Civil (art. 80 de la LRC/2011), con independencia de que los interesados aporten la documentación necesaria, acceso que, por otro lado, no será efectivo hasta la entrada en vigor de la nueva Ley del Registro Civil, esto es, el 30 de junio de 2017.

El artículo 53-3.º de la LN y el 209-4.º del RN, en opinión de ZAMORA IPAS[79], viene a dar por concluida el acta, donde el Notario emite un juicio positivo o negativo sobre el régimen económico matrimonial. Por tanto, el acta de notoriedad termina; por un lado, con «interrupción»: que supone aquel supuesto donde existe un régimen paccionado mediante escritura pública (art. 1327 del Código Civil); otro supuesto sería aquel que estamos ante una sentencia que declare la nulidad del matrimonio (art. 79 del Código Civil), estableciendo para estos casos los artículos 53-3.º *in fine* y 209-5.º del RN, los interesados podrán hacer valer dicha acta ante el juicio declarativo correspondiente; por otro lado, tenemos el supuesto denominado «conclusión»[80]: que supone por parte del Notario emitir un juicio global de los hechos acreditados por notoriedad y, si considera acreditado el régimen económico legal, concluye el acta con la remisión de esta y el mismo día de la copia electrónica del acta al Registro Civil. A estos efectos PRETEL SERRANO[81] invocando el artículo 209-5.º *in fine,* que declara «concluida la tramitación el acta se incorporará al protocolo como instrumento independiente en la fecha y bajo el número que corresponda en el momento de su transmisión […]» añadiendo, donde se viene a establecer el llamado «sistema de doble acta», la de inicio (requerimiento inicial) y el de cierre (juicio o declaración del Notario).

3.3. La publicidad registral del régimen económico matrimonial a través de otros Registros públicos: artículo 60-3.º de la Ley del Registro Civil

El artículo 60-3.º de la LRC/2011, dispone: «En las inscripciones que en cualquier otro Registro produzcan las capitulaciones y demás hechos que afecten al régimen económico matrimonial, se expresarán los datos de su inscripción en el Registro Civil». Precepto que resultó incorporado al mencionado artículo 60 de la LRC/2011, a través de la Disposición final cuarta de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, que a su vez está íntimamente relacionado con el artículo 266-5.º del RRC[82], pues ambos preceptos vienen a establecer que las inscripciones efectuadas en otro Registro sobre el régimen capitular se expresará en el Registro Civil.

La finalidad de esta norma es la coordinación entre publicaciones[83]. Ciertamente, SERNA MEROÑO[84] comenta que se puede producir que las capitu-

laciones matrimoniales consten en el Registro Civil y no en el Registro de la Propiedad, lo que ha llevado a una inseguridad jurídica. Así, la STS de 6 de diciembre de 1989 *(RA* 1989, 8805), señaló «que tras el otorgamiento del pacto modificativo no se tomó razón del mismo en el Registro de la Propiedad, particularidad esta, sobre el que ya se adelantó que carece de relieve constitutivo o habilitante de ese pacto». Por otro lado, la STS de 6 de junio de 1994 *(RA* 1994, 4585) declaró «que la validez de las capitulaciones depende de su constancia en escritura pública […] y su eficacia y oponibilidad están en función de la inscripción en el Registro Civil».

Con todo, el artículo 1333 del Código Civil configura el Registro Civil como un medio para hacer público el régimen que rija el matrimonio y sus modificaciones, que de afectar a bienes inmuebles deberán constar en el Registro de la Propiedad, esto supone lo que más arriba señalábamos como coordinación de publicaciones.

3.4. La oponibilidad. La inscripción de bienes en el Registro de la Propiedad: artículos 60-4.º de la Ley del Registro Civil y 1333 del Código Civil

El artículo 60-4.º de la LRC/2011, dispone que, «sin perjuicio de lo previsto en el artículo 1333 del Código Civil, en ningún caso el tercero de buena fe resultará perjudicado sino desde la fecha de la inscripción del régimen económico matrimonial o de sus modificaciones», precepto que se remite al artículo 1333 del Código Civil que establece: «En toda inscripción de matrimonio en el Registro Civil se hará mención, en su caso, de las capitulaciones matrimoniales que se hubieren otorgado, así como de los pactos, resoluciones judiciales y demás hechos que modifiquen el régimen económico del matrimonio. Si aquellos o estos afectaran a inmuebles, se tomará razón en el Registro de la Propiedad, en la forma y a los efectos previstos en la Ley Hipotecaria». En línea de principio, el mencionado artículo 60-4.º establece el principio de oponibilidad, salvo lo previsto en el artículo 1333, que se remite en caso de bienes inmuebles al Registro de la Propiedad.

3.4.1. Principio de oponibilidad

La inscripción del régimen conyugal se configura como un requisito de la oponibilidad[85], es decir, consiste en la tendencia a que algo sea público, manifiesto o conocido mediante la inscripción o la modificación de una situación jurídica que deberá constar en el Registro Civil. El problema de la oponibilidad es que se ha desarrollado en sentido negativo (inoponibilidad)[86], es decir, la inoponibilidad es una consecuencia de la ineficacia y falta de publicidad[87].

Ciertamente, un sector de la doctrina[88] configura la inoponibilidad como una forma de ineficacia, pero como ha puesto de relieve DE CASTRO Y BRAVO[89] la cuestión es si conviene considerar la inoponibilidad como una ineficacia del negocio o si más bien cabe una figura más general. A estos efectos GORDILLO CAÑAS[90] señala que nuestros principios hipotecarios son de origen alemán, pero en Alemania la inoponibilidad no existe, por lo que las reglas de dicho principio no han sido estudiadas en nuestro sistema. Por tanto, se considera de carácter latino que el «efecto de la inoponibilidad como lo inscribible no inscrito no perjudica a terceros de buena fe»[91]; por su parte DÍAZ FRAILE[92] eleva a «principio la inoponibilidad de lo no escrito o incolumidad del tercero respecto del hecho no inscrito», citando entre otros el artículo 222.3.º párrafo 2.º de la LCE «Eficacia de cosa juzgada material», y añade, que el carácter absoluto inescindible del estado civil determina el efecto *erga omnes;* por tanto, quedan incluidos en la protección de la inoponibilidad el estado civil reconocido o declarado por sentencia no inscrita en el Registro Civil; por el contrario, PAU PEDRÓN indica para que una sentencia con efectos de cosa juzgada extienda su eficacia *erga omnes* es necesario recurrir a la oponibilidad, es decir, «las partes no pueden volver a impugnar la situación declarada, los terceros deben aceptar dicha situación, pero pueden impugnarla» Con todo, DE CASTRO Y BRAVO[93] define la inoponibilidad como «un negocio perfectamente válido, celebrado conforme a lo dispuesto en la Ley y no afectado por causas de rescisión, y por tanto normalmente de general eficacia, el que a pesar de ello, no puede alegarse u oponerse (es como si no existiera) respecto de otra u otras personas determinadas»; por su parte RAGEL SÁNCHEZ[94] propone el siguiente concepto: «La inoponibilidad consiste en una facultad específica concedida por la ley a una persona, por el hecho de ser ajena a una actuación perfectamente válida, para que, sin necesidad de impugnación, pueda actuar en defensa de sus intereses como si tales actos no se hubieran producido».

Centrándonos en los artículos 61, 64, 89, 218 y 318 del Código Civil, se contempla la inoponibilidad en tanto no haya tenido acceso al Registro Civil[95], por ejemplo, la celebración de un matrimonio refleja una realidad jurídica (art. 61 del Código Civil) desplegando sus efectos desde su celebración, y para el pleno reconocimiento es necesaria la inscripción (oponible)[96], pero si no es inscrito no perjudica a terceros de buena fe. Es aquí donde creemos que está la inoponibilidad (lo inscribible no inscrito no perjudica a terceros)[97].

Hay otros supuestos recogidos en la nueva Ley del Registro Civil; así, por ejemplo, el artículo 19-1.º que declara la presunción de integridad (se presume integro respecto de los hechos y actos inscritos), precepto puesto en relación con el artículo 4 de la LRC/2011, que enumera los hechos y actos que tienen acceso al Registro Civil, concretamente, el punto 8.º dice: »El régimen económico matrimonial legal o pactado»; por su parte, el artículo 77 de la LRC/1957, establece: «Al margen también de la inscripción del matrimonio podrá hacerse

indicación de la existencia de los pactos, resoluciones judiciales y demás hechos que modifiquen el régimen económico de la sociedad conyugal», precepto que se ve complementado por el artículo 266 del RRC, que conduce al problema de la eficacia de la publicidad registral[98].Sin embargo, CREMADES GARCÍA[99] señala que la dicción del artículo 19-1.º puede inducir a error, pues el Registro no tiene el carácter de integridad, de lo contrario, no se explicaría lo dispuesto en los artículos 92 y 93 «Declaración con valor de simple presunción» y «Carácter, anotación y publicidad de las declaraciones con valor de simple presunción».

Por otra parte, tenemos el artículo 19-2.º de la LRC/2011, que declara el principio de inoponibilidad en sentido negativo[100], es decir, solo es oponible a terceros desde que acceda al Registro Civil o, como señala LINACERO DE LA FUENTE[101], «los hechos relativos al estado civil no inscritos no perjudican a los terceros de buena fe».

Como es notorio existen dos tipos de registros públicos: el relacionado con situaciones jurídicas personales (Registro Civil) y el de aquellas situaciones jurídicas patrimoniales (Registro de la Propiedad); el primero es conocido como principio de publicidad formal[102]; el segundo, como principio de publicidad material[103].

En el ámbito de las capitulaciones matrimoniales, el artículo 1333 del Código Civil, desde mi punto de vista, hace referencia a los dos principios, pues la expresión «mención» de las capitulaciones debe entenderse como «se hará indicación», es decir, funciona como una oponibilidad respecto de la publicidad capitular, pero no de su contenido, por ello se dice: «las capitulaciones matrimoniales no son objeto de mención registral». Respecto del Registro de la Propiedad son inscribibles aquellos pactos, resoluciones o hechos como complemento de un negocio dispositivo que determina la naturaleza común o privativa (inoponibilidad)[104]. Como ha puesto de relieve ALBERDI VECINO[105], el principio de fe pública en cuanto a terceros de buena fe se desdobla: en sentido positivo (oponibilidad) «lo inscrito significa que para el tercero el derecho existe tal y como aparece inscrito, tanto para favorecerle como para perjudicarle, sin posibilidad de prueba en contrario de su inexactitud»; en sentido negativo (inoponibilidad) «lo no inscrito significa que lo registrado no existe para él (tercero), no puede perjudicarle, en base a la presunción de integridad del Registro».

Otro ejemplo es el artículo 60-1.º párrafo 2.º de la Ley del Registro Civil, que en opinión de SERNA MEROÑO[106] estamos ante un supuesto de oponibilidad; así, citando la STS de 6 de junio de 1994 *(RA* 1994, 4585), que establece «la validez de las capitulaciones depende de su constancia en escritura pública, de manera que tal requisito se erige en forma *«ad solemnitatem»* y no meramente en forma *«ad probationem»* y su eficacia y oponibilidad está en función de la inscripción en el Registro Civil […]».

Otro supuesto es el artículo 70-4.º, párrafo 2.º de la LRC/2011, que para ANDREU MARTÍNEZ[107] citando la Resolución de la DGRN de 14 de mayo de

1984 *(RA* 1984, 4077) plantea dos cuestiones: a) si para la inscripción de una escritura de compraventa en que uno de los contrayentes es un menor emancipado […]; b) si este presunto defecto atribuible a uno de los compradores impide que sin solicitud especial pueda inscribirse la compra […]. En cuanto al primer punto, cuestión que ha sido abordada por las STS de 1 de octubre de 1910 y las RDGRN de 23 de abril de 1917 y de 21 de febrero de 1923, de acuerdo con dicha doctrina «es indudable que la falta de inscripción en el Registro Civil no impide la eficacia de la emancipación no inscrita y de los actos consiguientes, tanto entre las partes como respecto de terceros, si bien esta eficacia general de la emancipación, aún no inscrita, debe excepcionarse […] para dejar a salvo de perjuicios a los terceros de buena fe».

Por último, el artículo 73-2.º según REYES LÓPEZ[108] señala que la inscripción no tiene efectos constitutivos, sino declarativos por lo que puede oponerse a terceros hasta su inscripción en el Registro Civil (principio de publicidad). En este sentido destacamos la opinión de AMORÓS GUARDIOLA[109] que partiendo del concepto de publicidad registral «como aquella realidad de un Registro público que tiende a manifestar un hecho, acto o situación jurídica y crea la posibilidad de que el objeto publicado sea conocido por todos». Esto lleva al autor a distinguir entre Registro público o de eficacia sustantiva y Registro administrativo; el primero es aquel abierto al público, que crea oponibilidad y eficacia frente a terceros garantizando los datos personales inscritos; el segundo, no produce oponibilidad ni afectan a los datos personales.

Concluimos con RAGEL SÁNCHEZ[110] cuando señala que los términos «inoponibilidad» y «oponibilidad» no tiene una unidad conceptual, posiblemente, porque el legislador no ha configurado un régimen jurídico de dichas figuras. En este sentido, traemos a colación la opinión del profesor LACRUZ BERDEJO[111] cuando dice «hay que distinguir, pues, cuidadosamente, de un lado, el efecto y, de otro, la oponibilidad de la obligación: esta última no vincula a los terceros, pero existe frente a ellos y les es oponible».

3.4.2. La inscripción en el Registro de la Propiedad

El artículo 60-4.º de la Ley del Registro Civil dispone: «Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 1333 del Código Civil, en ningún caso el tercero de buena fe resultará perjudicado sino desde la fecha de la inscripción del régimen económico matrimonial o de sus modificaciones»; de la dicción del precepto deducimos dos cuestiones: la primera la salvedad de lo previsto en el artículo 1333 del Código Civil, que dice: «En toda inscripción de matrimonio en el Registro Civil se hará mención, en su caso, de las capitulaciones matrimoniales que se hubieren otorgado, así como de los pactos, resoluciones judiciales y demás hechos que modifiquen el régimen económico del matrimonio. Si aquellas o

estas afectaren a inmuebles, se tomará razón en el Registro de la Propiedad, en la forma y a los efectos previstos en la Ley Hipotecaria»; la segunda, el propio precepto lleva implícito el principio de oponibilidad frente a terceros. Así, la STS de 18 de marzo de 1999 *(RA* 1999, 1858), en su Fundamento de Derecho 4.º, estableció: «Antes de la reforma de 1989 regía, en esa materia, el principio de publicidad material; en virtud de él se partía de la presunción de que el acto o contrato inscrito era conocido de todos; de otra parte, se establecía que no producía efecto frente a terceros los actos inscribibles no inscritos, salvo que se probase que dicho tercero conocía su existencia.

Pero estos planteamientos, similares a los del Registro de la Propiedad, han cambiado con nuestro acercamiento a la legislación europea. Actualmente rige el principio de oponibilidad recogido en el artículo 21 del C.Com, y el artículo 9 del RRM, que tienen el propósito de potenciar al máximo la protección del tercero de buena fe.

El artículo 9 del RRM es categórico: «Los actos sujetos a inscripción solo serán oponibles a terceros de buena fe desde su publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil […]».

El vigente artículo 1333 reproduce la primera parte del modificado artículo 1322 según la reforma de 1975, por lo que conserva las expresiones «se hará mención»[112] de las capitulaciones en el Registro Civil, y «se tomará razón»[113] en el Registro de la Propiedad de los bienes inmuebles que le afecten[114]. En principio, el mencionado artículo 1333 del Código Civil, puede presentar un problema de interpretación, pues hasta el 30 de junio de 2017, estará vigente la LRC/1957, que en su artículo 77-1.º establece «[…] podrá hacerse indicación de la existencia de los pactos, resoluciones judiciales y demás hechos que modifiquen el régimen económico conyugal», pero después de entrar en vigor la LRC/2011, el artículo 60-4.º no alude a la «indicación», sino se remite al artículo 1333 que conserva, como hemos apuntado más arriba, las expresiones «se hará mención» y «tomará razón»[115]. Por tanto, la conjunción de los artículos 60-4.º de la LRC/2011 y el 1333 del Código Civil, presentan; por un lado, la obligación de inscribir en el Registro Civil el régimen capitular, que actúa como un requisito de oponibilidad[116]; por otro, la eficacia frente a terceros a través de la publicidad registral, lo que AMORÓS GUARDIOLA[117] denomina »cognoscibilidad legal». Nótese que las capitulaciones no son inscritas en el Registro de la Propiedad[118], pero las transmisiones o modificaciones sí, con ello se logra la plenitud de efectos y no una mera toma de razón. Corrobora este aserto lo dispuesto en el artículo 75 del RH, que dice: «De conformidad con el artículo 1333 del Código Civil, serán inscribibles en el Registro de la Propiedad las capitulaciones matrimoniales en cuanto contengan respecto a bienes inmuebles o derechos reales determinados, alguna de los actos a que se refieren los artículos 2 de la Ley y 7 de este Reglamento». Este precepto deja claro que el régimen capitular cuando afecta a bienes inmuebles o derechos reales se

inscribe en el Registro de la Propiedad, pero no hay unanimidad en la doctrina. Así, para FEMENÍA LÓPEZ[119] el acceso al Registro de la Propiedad de los pactos, resoluciones y demás hechos que mediquen el régimen conyugal solo tiene un mero efecto de publicidad y no eficacia; por su parte DÍEZ PICAZO y GULLÓN[120] afirman que los capítulos no son inscribibles, pero cuando supongan una transmisión o atribución de derechos sobre bienes inmuebles entre los cónyuges o entre estos y un tercero tienen acceso al Registro de la Propiedad, conforme a lo dispuesto en el artículo 75 del RH; para LACRUZ BERDEJO[121] las capitulaciones por sí no son inscritas en el Registro de la Propiedad, pero las modificaciones del régimen capitular sí; por su parte PRESA DE LA CUESTA[122] señala que el artículo 75 del RH permite la registración capitular con base en dos fundamentos: a) conferir una publicidad que permite efectos frente a terceros (art. 32 de la LH); b) poner en conocimiento del Registrador la existencia de una inscripción anterior; por último, CUTILLAS TORNS[123] afirma que la «toma de razón» se hará en la forma y con los efectos previsto en los artículos 32, 34-2,º y 38-1.º de la LH, en donde las capitulaciones matrimoniales que afecten a los bienes inmuebles o sus modificaciones serán inoponibles a terceros si no están debidamente inscritas en el Registro de la Propiedad. Por el contrario, cuando se cumpla la exigencia de la inscripción estamos ante la oponibilidad. En concordancia con la doctrina mayoritaria la STS de 25 de septiembre de 1999 *(RA* 1999, 7274), declaró «la modificación del régimen económico matrimonial solo afecta a terceros desde la fecha de su inscripción registral (Sentencia de 26 de junio de 1992 *[RA* 1992, 5478], por lo que su eficacia y disponibilidad está en función de la inscripción en el Registro Civil, que no altera el régimen de publicidad registral inmobiliario —dice la Sentencia de 6 de junio de 1994 *(RA* 1994, 4585)— con las garantías que a terceros ofrece el mismo, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 1333 del Código Civil respecto a inmuebles concretos y determinados que resultasen afectados por las capitulaciones matrimoniales y en cuanto a la toma de razón en el Registro de la Propiedad»[124].

También es posible la inscripción en el Registro Mercantil cuando uno o ambos cónyuges ejerzan como empresario individuales (arts. 16-1.º del C.Com. y 2 del RRM). Dicha inscripción es potestativa (art. 19-1.º del C.Com.), salvo los demás supuestos contemplados en el artículo 16, en dichos supuestos la inscripción es obligatoria. El empresario individual no inscrito no podrá pedir inscripción de ningún documento en el Registro Mercantil (art. 19-2.º del C.Com. y 4 del RRM). En otro orden el artículo 20-1.º del C.Com. y 7 del RRM, establecen la presunción de exactitud de los asientos con plenos efectos, salvo declaración de inexactitud judicial, regulación que está íntimamente relacionada con el artículo 8 del RRM, «principio de fe pública»: «La declaración de inexactitud de los asientos del Registro Mercantil no perjudicarán los derechos de terceros de buena fe adquiridos conforme a Derecho (inoponibilidad). Asimismo,

se declara la oponibilidad a terceros de buena fe desde su publicación en el BORM (arts. 21 del C.Com. y 9 del RRM)[125], además la inscripción registral se ajustará al sistema de hoja personal abierta a cada empresario individual (arts. 22 del C.Com y 3 del RRM), estableciendo como parte del contenido de dicha hoja lo dispuesto en el artículo 87-6.º del RRM, que dispone: «Las capitulaciones matrimoniales, el consentimiento, la oposición y revocación a que se refieren los artículos 6 a 10 del Código de Comercio y las resoluciones judiciales dictadas en causa de divorcio, separación o nulidad matrimonial, o procedimientos de incapacitación del empresario individual, cuando no se hubiesen hecho constar en la inscripción primera del mismo». El Registro Mercantil es público y se hará efectivo mediante certificaciones, nota informativa o copia de los asientos (principio de publicidad formal), artículo 23 del C.Com. y 12-2.º del RRM), estableciendo el artículo 12-1.º del RRM el principio de publicidad material a través de la publicidad directa de los asientos registrales.

IV. CONCLUSIONES

I. Hacemos hincapié en los aspectos históricos en que la Ley de Registro Civil de 8 de junio de 1957 y su Reglamento de 14 de noviembre de 1958, sustituyeron a la Ley de Registro Civil de 17 de junio de 1870 (inicialmente declarada provisional), hasta la publicación de la nueva Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, que entrará en vigor el próximo 30 de junio de 2017, según la Disposición final décima de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

II. Planteamos la polémica doctrina sobre la naturaleza jurídica del asiento registral del régimen económico matrimonial es voluntario u obligatorio; para un sector de la doctrina con base en al artículo 1333 del Código Civil en relación con el artículo 77 de la LRC/1958, era voluntario, básicamente porque no caben todas las indicaciones en los márgenes de la inscripción; otro, por el contrario, sostuvo el carácter obligatorio y su eficacia frente a terceros de buena fe.

III. La Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil fue modificada por la disposición final cuarta de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, dando nueva redacción al artículo 60 que quedó redactado en los términos siguientes: «Junto a la inscripción de matrimonio se inscribirá el régimen económico matrimonial legal o pactado que rija el matrimonio y los pactos, resoluciones judiciales o demás hechos que puedan afectar al mismo». La misma disposición final cuarta 4, dispuso: «Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 1333 del Código Civil, en ningún caso el tercero de buena fe resultará perjudicado sino desde la fecha de la inscripción del régimen económico matrimonial o de sus modificaciones». Por tanto, la nueva legislación proclama la obligatoriedad del asiento registral, así como el principio de oponibilidad frente a terceros de buena fe, entre otros.

IV. La nueva Ley del Registro Civil sustituye el modelo de llevanza de libros sobre hechos relativos al estado civil de la personal, estableciéndose en su lugar un registro único e individual de inscripción de actos y hechos desde el nacimiento hasta la defunción, mediante el tratamiento automatizado de hoja individual electrónica a través de un código que sustituye el Libro de Familia.

JURISPRUDENCIA CITADA

- STC de 24 de septiembre de 2015 *(BOE* núm. 260, de 30 de octubre)
- STS de 2 de julio de 1965 *(RA* 1965, 3692)
- STS de 17 de octubre de 1989 *(RA* 1989, 6928)
- STS de 6 de diciembre de 1989 *(RA* 1989, 8805)
- STS de 7 de abril de 1990 *(RA* 1990, 2721)
- STS de 20 de abril de 1991 *(RA* 1991, 8415)
- STS de 26 de junio de 1992 *(RA* 1992, 5478)
- STS de 6 de junio de 1994 *(RA* 1994, 4585)
- STS de 9 de marzo de 1995 *(RA* 1995, 1845)
- STS de 27 de febrero de 1997 *(RA* 1997. 1333)
- STS de 10 de marzo de 1998 *(RA* 1998, 1042)
- STS de 18 de marzo de 1999 *(RA* 1999, 1858)
- STS de 25 de septiembre de 1999 *(RA* 1999, 7274)
- STS de 10 de marzo de 2004 *(RA* 2004, 1818)
- RDGRN de 6 de mayo de 1977 *(Jurisprudencia Registral,* tomo 11.º, p. 1029)
- RDGRN de 7 de enero de 1983 *(RA* 1983, 1084)
- RDGRN de 14 de mayo de 1989 *(RA* 1989, 4077)
- RDGRN de 25 de mayo de 1993 *(RA* 1993, 5234)

BIBLIOGRAFIA

ÁLVAREZ VIGARAY, R. (1988): Introducción al estudio de la inoponibilidad, *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo,* vol. 1.º, Madrid: Consejo General del Notariado.

AMORÓS GUARDIOLA, M. (1984): *Comentarios a las reformas del Derecho de familia,* coord. por Manuel Amorós Guardiola *et al,* vol. 2.º, Madrid: Editorial Tecnos.

— (1998): *La teoría de la publicidad registral y su evolución,* Madrid: Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

BARCELÓ DOMÉNECH, J. (2005): Capítulo I. Disposiciones Generales, *El régimen económico del matrimonio. (Comentarios al Código Civil: Especial consideración a la doctrina jurisprudencial),* coordinado por Joaquín Rams Albesa y José A. Moreno Martínez, Madrid: Editorial Dykinson.

CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (1991): *Comentarios del Código Civil,* dirigidos por Paz-Ares, Díez-Picazo, Bercovitz y Salvador Coderch, tomo 2.º, Madrid: Ministerio de Justicia.

CANTOS MOLINA, R. (2008): «Actos de notoriedad y su incorporación el protocolo», *Jornadas de Estudios sobre el nuevo Reglamento Notarial,* coord. por Rafael Gómez-Ferrer Sapiña, 1.ª edición, Navarra: Thomson Civitas.

CASTÁN TOBEÑAS, J. (1983): *Derecho Civil español Común y Foral. Derecho de Familia,* tomo 5.º, vol. 1.º 10.ª edición revisada y puesta al día por Gabriel García Cantero y José M.ª Castán Vázquez, Madrid: Editorial Reus.

DE ANGULO RODRÍGUEZ, J. (2015): *La modernización de los Registros. Una reforma estructural pendiente y un proyecto de datos,* Granada: Editorial Comares.

DE CASTRO y BRAVO, F. (1985): *El negocio jurídico,* Madrid: Editorial Civitas.

— (1991): *Derecho Civil de España,* tomo 1.º Parte general; tomo 2.º, Derecho de persona, Madrid: Editorial Civitas.

DE COSSÍO, A. (1942): Evolución del concepto de la personalidad, y sus repercusiones en el Derecho privado, *RDP,* 26: 749-762.

— (1943): El moderno concepto de la personalidad y la teoría de los «estados» en el Derecho civil actual, *RDP,* 27: 1-16.

DE LOS MOZOS, J.L. (1982): *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales,* dirigidos por Albaladejo García, tomo 23.º, vol. 1.º, 2.ª edición, Madrid: Editorial RDP.

DE SAVIGNY, F.C. *(s.f.)*: *Sistema del Derecho romano actual,* vertido al castellano por J. Mesía y M. Poley, tomo 1.º, 2.ª edición, Madrid: Centro Editorial de Góngora.

DELGADO ECHEVERRÍA, J. (1987): *Elementos de Derecho Civil, II. Teoría General del Contrato,* 2.ª edición, vol. 1.º, Barcelona: Librería Bosch.

DÍAZ FRAILE, J.M. (2012): La publicidad del estado civil y del régimen económico matrimonial en los Registros Civiles y de la Propiedad, *Derecho de Familia,* coordinado por Gema Díez-Picazo Giménez, 1.ª edición, Madrid: Civitas-Thomson Reuters.

DÍEZ DEL CORRAL RIVAS, J. (1986): La eficacia de la inscripción en el Registro Civil español, *Revista de Derecho Registral,* 1986: 19-41.

DÍEZ-PICAZO, L. (1988): *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial, Introducción. Teoría del contrato. Las relaciones obligatorias,* vol. 1.º, 2.ª edición, 2.ª reimpresión, Madrid: Editorial Tecnos.

FEMENÍA LÓPEZ, P. (2005): Capítulo II. De las capitulaciones matrimoniales, *El régimen económico del matrimonio. (Comentarios al Código Civil: Especial consideración a la doctrina jurisprudencial),* coordinado por Joaquín Rams Albesa y José A. Moreno Martínez, Madrid: Editorial Dykinson.

GARCÍA GARCÍA, J.M. (1995): La relación entre el Registro Civil y el Registro de la Propiedad: El acierto de una sentencia y el error de una resolución, *Boletín del Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña,* 60: 143-145.

GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (1993): Notas sobre la oponibilidad de los contratos, *Estudios de Derecho Civil en homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo,* vol. 2.º, Barcelona: José María Bosch.

GORDILLO CAÑAS, A. (1982): La protección de los terceros de buena fe en la reciente reforma del Derecho de Familia, *ADC* 35 (fascículo 4.º): 1111-1160.

GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (1992): Fraude de acreedores consorciales. Exigibilidad del crédito y oponibilidad de las capitulaciones. (Crítica de la Sentencia de 6 diciembre de 1989), *AC,* 2: 223-238.

HERRERO GARCÍA. M.ª J. (1991): *Comentarios del Código Civil,* dirigidos por Paz-Ares, Díez-Picazo, Bercovitz y Salvador Coderch, tomo 2.º, Madrid: Ministerio de Justicia.

LACRUZ BERDEJO, J.L. (1963): Los regímenes económicos del matrimonio y la publicidad registral, *RCDI,* 424-425: 593-608.

— (1987): *Elementos de Derecho Civil, II. Teoría General del Contrato,* 2.ª edición, vol. 1.º, Barcelona: Librería Bosch.

— (1989): *Elementos de Derecho Civil, IV. Derecho de familia,* 3.ª edición, fascículo 2.º, Barcelona: Librería Bosch.

— (2010): *Derecho de familia. El matrimonio y su economía,* Navarra: Editorial Aranzadi.

LASARTE ÁLVAREZ, C. (1982): La publicidad del régimen económico matrimonial, *La reforma del Derecho de Familia. Jornadas Hispalense sobre la reforma del Derecho de familia*. Sevilla: Secretariado de Publicaciones.

LETE DEL RIO, J.M. y ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J.A., (1977): Notas sobre «mutabilidad» del régimen económico matrimonial en el Derecho Común, *RDP,* 66: 163-195.

LINACERO DE LA FUENTE, M.ª (2013): *Tratado del Registro Civil. Adaptado a la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil,* Valencia: Tirant lo Blanch.

LÓPEZ SÁNCHEZ, C. (2011): «Los Derechos de las personas en el nuevo Registro Civil», *Revista de Derecho Privado y Constitución,* 25: 261-310.

LUCES GIL, F. (2002): *Derecho del Registro Civil,* 5.ª edición actualizada, Barcelona: Editorial Bosch.

PARRA LUCÁN, M.ª A. (1993): *Orientaciones actuales del estado civil,* Barcelona: José M.ª Bosch, Editor.

PAU PEDRÓN, A. (2001): *Esbozo de una teoría general de la oponibilidad,* Madrid: Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

PERÉ RALUY, J. (1953): Concepto del estado civil, *Pretor,* 13: 21-32.

— (1962): *Derecho del Registro Civil,* tomo 1.º, Madrid: Editorial Aguilar.

PRETEL SERRANO, J.J. (1996): *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales,* dirigidos por Albadalejo-Díaz Alabart, tomo 4.º, vol. 3.º, Madrid: Editorial RDP.

— (2002): La publicidad de las capitulaciones matrimoniales, *Libro homenaje en memoria de Joaquín Lanzas y Luis Selva,* tomo 2.º, Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

— (2002): La publicidad del régimen económico matrimonial. Relaciones entre el Registro Civil y el Registro de la Propiedad, *Derecho de Familia y Registro de la Propiedad,* Madrid: Centro de Estudios Registrales.

— (2013): La publicidad del régimen económico matrimonial legal en el Registro Civil, *Estudios de Derecho Privado en homenaje a Juan José Rivas Martínez,* tomo 2.º, Madrid: Editorial Dykinson.

— (2016): La inoponibilidad, *Boletín de Actualidad de Derecho civil,* www.codigo-civil.net/nulidad/lodel/document.php?d.

— (2016): La publicidad del régimen económico matrimonial legal en el Registro Civil: el Acta de Notoriedad para su «constancia», www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/otros-temas.

RAGEL SÁNCHEZ, L.F. (1994): *Protección del tercero frente a la actuación jurídica ajena: La inoponibilidad,* Valencia: Tirant lo Blanch.

SANCHO REBULLIDA, F.A. (1978): El concepto de Estado Civil, *Estudios de Derecho Civil I,* Pamplona: Ediciones Universitarias de Navarra.

SERNA MEROÑO, E. (2012): Inscripción del régimen económico del matrimonio. *Comentarios a la Ley del Registro Civil,* dirigidos por José A. Cobacho Gómez y Ascensión Leciñena Ibarra, 1,ª edición, Navarra: Editorial Aranzadi.

SOLÍS VILLA, C. y MORILLO, F.J., 2007): *Nueva legislación notarial comentada,* tomo 1.º, Madrid: Colegio Notarial de Madrid.

SOTO BISQUERT, A. (1967): La publicidad del régimen matrimonial de bienes, *RDP,* 51:511-536.

ZAMORA IPAS, A. (2015): Acta de notoriedad para la constancia del régimen económico matrimonial legal, *Jurisdicción Voluntaria Notarial,* coord. por Concepción P. Barrio del Olmo, 1.ª edición, Madrid: Colegio Notarial de Madrid.

NOTAS

[1] DE CASTRO Y BRAVO, F. (1991): *Derecho Civil de España, Derecho de la Persona,* tomo 2.º, Madrid, 558-559; DE ANGULO RODRÍGUEZ, J. (2015): *La modernización de los Registros. Una reforma estructural pendiente y un proyecto de datos,* Granada, 173.

[2] DE CASTRO Y BRAVO, *op., cit.,* 557*;* LUCES GIL, F. (2002): *Derecho del Registro Civil,* 5.ª edición, actualizada, Barcelona, 22; PERÉ RALUY, J. (1962): *Derecho del Registro Civil,* tomo 1.º, Madrid: 36; LÓPEZ SÁNCHEZ, C. (2011): Los Derechos de las personas en el Nuevo Registro Civil, *Revista de Derecho Privado y Constitución,* 262.

[3] DE CASTRO Y BRAVO, *op. cit.,* 557-558.

[4] DE CASTRO Y BRAVO, *op. cit.,* 560.

[5] DE CASTRO Y BRAVO, *op. cit.,* 560-561.

[6] *Op. cit.,* 173-174, se denomina así tanto a los registros de bienes como a los registros de personas «cuando la organización del registro se realiza en función del acto, documento o transacción que se inscribe».

[7] *Op. cit.,* 22-24; LÓPEZ SÁNCHEZ, *op. cit.,* 262.

[8] (1967): La publicidad del régimen matrimonial de bienes, *RDP,* 512.

[9] PERÉ RALUY, *op. cit.,* 55-56.

[10] PERÉ RALUY, *op. cit.,* 60-61.

[11] PERÉ RALUY, *op. cit.,* 96.

[12] *Op. cit.,* 97; LUCES GIL, *op. cit.,* 96.

[13] PERÉ RALUY, *op. cit.,* 97-99.

[14] *Op. cit.,* 25.

[15] *Op. cit.,* 292-293.

[16] *Vid.* LÓPEZ SANCHEZ, C. (2012): Derechos ante el Registro Civil, *Comentarios a la Ley del Registro Civil,* dirigidos por José A. Cobacho Gómez y Ascensión Leciñena Ibarra, 1.ª edición, Pamplona, 267.

[17] (2012): Hechos y actos inscribibles, *Comentarios a la Ley del Registro Civil,* dirigidos por José A. Cobacho Gómez y Ascensión Leciñena Ibarra, 1.ª edición, Pamplona, 122.

[18] DE CASTRO Y BRAVO, *op. cit.,* 21; PARRA LUCÁN M.ª A. (1993): *Orientaciones actuales del estado civil,* Barcelona: 16; DE COSSÍO, A. (1942): Evolución del concepto de la personalidad, y sus repercusiones en el Derecho privado, *RDP,* 752; SANCHO REBULLIDA, F.A. (1978): El concepto de Estado Civil, *Estudios de Derecho Civil I,* Pamplona: 64, que señala que en el Derecho romano la teoría del *status* se presenta como una división del Derecho de persona: Gayo 1-8; 1-9.

[19] DE CASTRO Y BRAVO, *op. cit.,* 21; SANCHO REBULLIDA, *op., cit.* 62 y 80 escribe que la expresión *«status»* ha sido un concepto de base y arranque metajurídico, natural y social, y que la ciencia jurídica recoge y acota una parte de ella».

[20] *Op. cit.,* 66.

[21] DE CASTRO Y BRAVO, *op. cit.*, 24; LUCES GIL, *op. cit.*, 17; PARRA LUCÁN, *op. cit.*, 17.

[22] SÁNCHEZ-ARCILLA, J. (2004): *Las siete Partidas (El Libro del Fuero de las Leyes),* Madrid, 673.

[23] *Op. cit.,* 86; DE CASTRO Y BRAVO, *op. cit.,* 59.

[24] *Op. cit.,* 59, la concepción realista e independiente de los textos romanos será la concepción dominante en el Derecho español.

[25] DE CASTRO Y BRAVO, *op. cit.,* 59; PARRA LUCÁN, *op. cit.,* 18.

[26] *Op. cit.,* 87.

[27] *Sistema del Derecho romano actual,* vertido al castellano por J. Mesía y M. Poley, tomo 1.º, 2.ª edición, Apartado 6.º, Madrid, 434 y sigs.

[28] LUCES GIL, *op. cit.*, 61; PERÉ RALUY, *op. cit.*, 7; PARRA LUCÁN, *op. cit.*, 20.

[29] DE CASTRO Y BRAVO, *op. cit.*, 61, los pandectistas parten de que toda persona por el hecho de ser tal, tiene capacidad jurídica, por ello, se sustituyó de sus estudios el concepto de *status* por las causas modificativas de la capacidad. *Vid.* PERÉ RALUY*, op. cit.,* 7.

[30] *Op. cit.,* 91; DE CASTRO Y BRAVO, *op. cit.,* 65.

[31] SANCHO REBULLIDA, *op. cit.,* 77, señala que las relaciones de familia comprende una variedad importante de relaciones, en la que cada hombre ocupa en ella, pero todos tienen el mismo significado.

[32] VON SAVIGNY, *op. cit.,* 439-440; DE CASTRO Y BRAVO, *op. cit.,* 63; SANCHO REBULLIDA, *op. cit.,* 77.

[33] *Op. cit.,* 91.

[34] PARRA LUCÁN, *op. cit.,* 20-21.

[35] *Op. cit.,* 17.

[36] DE COSSÍO, A. (1943): El moderno concepto de la personalidad y la teoría de los «estados» en el Derecho civil actual, *RDP,* 12, citando a CLEMENTE DE DIEGO, *Instituciones de Derecho Civil español,* tomo 1.º, Madrid, 1929, 171. Señala que «los romanistas reservaban el nombre de estado a las cualidades que servían de fundamento y determinaban la capacidad civil en general, y llamaban circunstancias modificativas al grado en que se disfrutaba la capacidad».

[37] *Op. cit.,* 70.

[38] DE CASTRO Y BRAVO, *op. cit.*, 68-69, indica que la expresión estado civil tiene varios sentidos. La institución que determina la cualidad personal: pues aunque no se utilice igualmente la frase no impide que toda relación jurídica de estado se pueda distinguir (estado objetivo) y la cualidad que ella imprime (sentido subjetivo). La relación jurídica de estado: pues toda relación jurídica determina la cualidad jurídica de una persona. Las facultades, los derechos y acciones: se distinguen en este apartado todas las acciones de estado (las que determina el estado civil) y las que no tienen consideración procesal (custodia de los hijos, remoción de tutela). Como cualidad de la persona: condición de persona.

[39] DE CASTRO Y BRAVO, *op. cit.*, 70-71; SANCHO REBULLIDA, *op. cit.,* 121; PARRA LUCÁN, *op. cit.,* 27-28.

[40] PERÉ RALUY, *op. cit.*, 5.

[41] Véase 5.

[42] DE CASTRO Y BRAVO, *op. cit.*, 63.

[43] *Derecho Civil español Común y Foral,* tomo 1.º, *Introducción y parte general,* vol. 2.º, *Teoría de la relación jurídica,* 11.ª edición, con adiciones de José Luis de los Mozos, Madrid, 145-146.

[44] PRETEL SERRANO, J.J. (2002): La publicidad del régimen económico matrimonial. Relaciones entre el Registro Civil y el Registro de la Propiedad, *Derecho de Familia y Registro*

de la Propiedad, Madrid, 243; del mismo autor, (2002): La publicidad de las capitulaciones matrimoniales, *Libro homenaje en memoria de Joaquín Lanzas y Luis Selva,* Madrid, 1753-1754, citando la RDGRN de 6 de mayo de 1977, en R.M.ª ROCA SASTRE y J. de MOLINA JUYOL, *Jurisprudencia Registral,* tomo 11.º, Barcelona, 1029, que dispuso «la obligación de entender las indicaciones registrales sobre el régimen económico de la sociedad conyugal no son de las que han de promoverse de oficio, sino que "solo se extenderán a petición del interesado", como declara el párrafo segundo del artículo 264 del RRC».

[45] PRETEL SERRANO, *op. cit.,* 244; AMORÓS GUARDIOLA, M. (1984): *Comentarios a las reformas del Derecho de familia,* en Manuel Amorós Guardiola *et al,* tomo 2.º, 1561; DE LOS MOZOS, J.L. (1982): *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales,* dirigidos por Albaladejo García, tomo 23.º, vol. 1.º, 2.ª edición, Madrid, 242; SOTO BISQUERT, A. (1967): La publicidad del régimen matrimonial de bienes, *RDP,* 530; LACRUZ BERDEJO, (1963): Los regímenes económicos del matrimonio y la publicidad registral, *RCDI,* 604; ROJAS MONTES, L. (1983): Efectos frente a terceros de la modificación de capitulaciones, *AAMN,* 319; SERNA MEROÑO, E. (2012): Inscripción del régimen económico del matrimonio, *Comentarios a la Ley del Registro Civil,* dirigida por José A. Cobacho Gómez y Ascensión Leciñena Ibarra, 1.ª edición, Pamplona, 893; GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, R. (1978): Consideraciones sobre las capitulaciones matrimoniales y las modificaciones del régimen económico matrimonial en el Código Civil, *RCDI,* 498; STS de 10 de marzo de 1998 *(RA* 1998, 1042); RDGRN de 7 de enero de 1983 *(RA* 1983, 1084).

[46] CASTÁN TOBEÑAS, J. (1983): *Derecho Civil español, Común y Foral. Derecho de Familia,* tomo 5.º, vol. 1.º, 11.ª edición revisada y puesta al día por Gabriel García Cantero y José M.ª Castán Vázquez, Madrid, 312; PERÉ RALUY, *op. cit.,* 117-118; LINACERO DE LA FUENTE, M.ª (2013): *Tratado del Registro Civil,* Valencia, 319; DÍEZ DEL CORRAL RIVAS, J. (1993): *Lecciones prácticas sobre Registro Civil,* Madrid, 27; GULLÓN BALLESTEROS, A. (1977): Observaciones sobre la reforma del régimen de capitulaciones matrimoniales en la Ley de 2 de mayo de 1975, *RGLJ,* 96; LASARTE ÁLVAREZ, C. (1982): La publicidad del régimen económico del matrimonio, *La reforma del Derecho de Familia. Jornadas Hispalenses sobre la reforma del Derecho de familia,* Sevilla, 140 y 149.

[47] CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (1991): *Comentarios del Código Civil,* dirigidos por Paz-Ares, Díez-Picazo, Bercovitz y Salvador Coderch, tomo 2.º, Madrid, 611; FEMENÍA LÓPEZ, P. (2005): De las capitulaciones matrimoniales, *El régimen económico del matrimonio (Comentario al Código Civil: Especial consideración de la doctrina jurisprudencial),* coord. por Joaquín Rams Albesa y José Moreno Martínez, Madrid, 152,

[48] AMORÓS GUARDIOLA, *op. cit.,* 1560; PRETEL SERRANO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales,* dirigidos por Albaladejo-Díaz Alabart, tomo 4.º, vol. 3.º Madrid, 821-822, sitúa la polémica en los términos imperativos de los artículos 1333 del Código Civil y 77 de la LRC/1958, pues la razón de la voluntariedad radica en: a) no afecta al interés público; b) al margen de la inscripción no caben todas las alteraciones.

[49] LACRUZ BERDEJO*, et al, Elementos de Derecho Civil*, IV. *Derecho de Familia,* 3.ª edición, fascículo 2.º, Barcelona, 334.

[50] *Ibídem*.

[51] LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil*, IV, *op. cit.,* 335; DE LOS MOZOS, *op. cit.,* 241-242.

[52] *Op. cit.,* 314-315.

[53] STS de 9 de marzo de 1995 *(RA* 1995, 1845).

[54] *Op. cit.,* 140 y 149.

[55] *Op. cit.,* 1561.

[56] *Op. cit.,* 611.

[57] *Op. cit.,* 152-153.

[58] BOE núm. 175, de 22 de julio.

[59] BOE núm. 175, de 22 de julio, en su disposición final décima señaló que entrará en vigor a los tres años de su publicación, es decir, el 22 de junio de 2014, pero la Ley 18/2014,

de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgente para el crecimiento, la actividad y la eficacia (*BOE* núm. 252, de 17 de octubre), en las disposiciones adicionales vigésima, vigesimoprimera, vigesimotercera, vigesimocuarta y vigesimoquinta, encomendó la gestión del Registro Civil a los Registradores de la Propiedad, quedando dichas disposiciones derogadas por la STC de 24 de septiembre de 2015 (*BOE* núm. 260, de 30 de octubre). La Ley 19/2015, de 13 de julio (*BOE* núm. 167, de 14 de julio), en su disposición derogatoria única, deroga los mencionadas disposiciones, en su artículo 2 modifica los artículos 44, 45, 46, 47, 64, 66 y 67 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, además de añadir en la disposición transitoria segunda, el régimen transitorio hasta la entrada en vigor de la nueva LRC/2011; que, por la disposición final décima, será el próximo 30 de junio de 2017, quedando vigente hasta dicha fecha la LRC/1957.

[60] SERNA MEROÑO, *op. cit.,* 891-892; PRETEL SERRANO, La publicidad del régimen económico matrimonial legal en el Registro Civil: el Acta de Notoriedad para su «constancia», disponible en http://www.notariosyregistradores.com, 7; LINACERO DE LA FUENTE, *op. cit.,* 319.

[61] ROCA GUILLAMÓN y DE LAS HERAS GARCÍA, *Comentarios a la Ley del Registro Civil, op. cit.,* 123.

[62] Los regímenes económicos del matrimonio y la publicidad registral, *op. cit.,* 604 y sigs.

[63] *BOE* núm. 210, de 2 de septiembre.

[64] LETE DEL RIO, J.M. y ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J.A. (1977): Notas sobre «mutabilidad» del régimen económico matrimonial en el Derecho común, *RDP,* 163 y sigs.

[65] *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia,* coord. Manuel Amorós Guardiola *et al,* vol. 2.º, Madrid, 1495.

[66] Capítulo I. Disposiciones generales, *El régimen económico del matrimonio (Comentario al Código Civil: Especial consideración de la doctrina jurisprudencial),* Madrid, 49-50; SSTS de 7 de abril de 1990 *(RA* 1990, 2721) y 20 de abril de 1991 *(RA* 1991, 8415).

[67] *Comentarios del Código Civil,* dirigidos por Paz-Ares, Díez-Picazo, Bercovitz y Salvador Coderch, tomo 2.º, Madrid, 574.

[68] *Vid.* AMORÓS GUARDIOLA, *op. cit.,* 1565-1569.

[69] Concretamente se incorpora a la Ley del Notariado un nuevo título: el título 7.º, artículos 49 a 83, ambos inclusive, concretamente, la sección 2.ª «Del acta de notoriedad para constancia del régimen matrimonial legal», artículo 53.

[70] ESCOBAR DE LA RIVA, E. (1957): *Tratado de Derecho Notarial,* Alcoy, 479. La define como «aquel instrumento público mediante el cual, y bajo dicha forma, el Notario, previo un juicio de valoración o estimación de pruebas, declara acreditada por notoriedad la existencia de un hecho».

[71] *Nueva legislación notarial comentada, Legislación notarial*, tomo 1.º, Madrid, 601-602.

[72] *Vid.* CANTOS MOLINA, R. (2008): Actas de notoriedad y su incorporación al protocolo, *Jornadas de estudio sobre el nuevo reglamento notarial,* 1.ª edición, coord. por Rafael Gómez-Ferrer Sapiña, Navarra, 123; PRETEL SERRANO, La publicidad del régimen económico matrimonial legal en el Registro Civil: el Acta de Notoriedad para su «constancia», *op. cit.,* 12-13.

[73] *Ibídem.*

[74] *Vid.* ZAMORA IPAS, A. (2015): Acta de notoriedad para la constancia del régimen económico matrimonial legal, *Jurisdicción Voluntaria Notarial,* coord. por Concepción P. Barrio del Olmo, 1.ª edición, Madrid, 334.

[75] ZAMORA IPAS, *op. cit.,* 329-333.

[76] *Op. cit.,* 333.

[77] ZAMORA IPAS, *op. cit.,* 338.

[78] *Op. cit.,* 604.

[79] *Op. cit.,* 349-350.

[80] *Op. cit.,* 350-352.

[81] *Op. cit.,* 17.

[82] Decreto de 14 de noviembre de 1958, *BOE* núm. 296, de 11 de diciembre.

[83] PRETEL SERRANO, La publicidad de las capitulaciones matrimoniales, *op. cit.,* 1768; SERNA MEROÑO, Comentarios a la Ley del Registro Civil, *op. cit.,* 896.

[84] *Op. cit.,* 896-897.

[85] PAU PEDRÓN, A. (2001): *Esbozo de una teoría general de la oponibilidad,* discurso leído el día 15 de enero de 2001 en el acto de su recepción como Académico de número, Madrid, 15; AMORÓS GUARDIOLA, M. (1998): *La teoría de la publicidad registral y su evolución,* discurso leído el día 30 de noviembre de 1998 en el acto de su recepción como Académico de número, Madrid, 27; PRETEL SERRANO, La publicidad del régimen económico matrimonial legal en el Registro Civil, *Estudios de Derecho Privado en homenaje a Juan José Rivas Martínez,* tomo 2.º, Madrid, 1456-1457; STS de 10 de marzo de 1998 *(RA* 1998, 1042).

[86] DÍEZ PICAZO, L. (1988): *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, Introducción, teoría del contrato, las relaciones obligatorias,* vol. 1.º, Madrid, 280; PAU PEDRÓN, *op. cit.,* 21; GORDILLO CAÑAS, A. (2004): El principio de inoponibilidad: el dualismo moderado de nuestro sistema inmobiliario registral, *ADC,* 386.

[87] ÁLVAREZ VIGARAY, R. (1988): Introducción al estudio de la inoponibilidad, *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo,* vol. 1.º, Madrid, 96.

[88] DÍEZ PICAZO, *op. cit.,* 280; DELGADO ECHEVERRÍA, J. (1987): *Elementos de Derecho Civil, II Derechos de Obligaciones. Teoría general del contrato,* vol. 2.º, 2.ª edición, en José Luis Lacruz Berdejo *et al,* Barcelona, 346, entiende la inoponibilidad como una ineficacia relativa; GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (1993): Notas sobre la oponibilidad de los contratos, *Estudios de Derecho Civil en homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo,* Barcelona, 1478.

[89] (1985): *El negocio jurídico,* Madrid, 531; RAGEL SÁNCHEZ, (2007): La inoponibilidad, *Boletín de Actualidad de Derecho Civil,* disponible en http:// www.codigo-civil.net, 4.

[90] (2004): El principio de inoponibilidad: el dualismo moderado de nuestro sistema inmobiliario registral, *ADC,* 386-387; PAU PEDRÓN (2001): *La publicidad registral,* Madrid, 286, que señala que en la doctrina alemana la oponibilidad tiene dos modalidades: posesión y publicidad: la primera tiene carácter constitutivo y, por tanto, la oponibilidad va implícita en la norma; la segunda, la publicidad no tiene carácter constitutivo, por lo que se ha elaborado una doctrina conocida por *positive Publizitätswirkung*.

[91] STS de 17 de octubre de 1989 *(RA* 1989, 6928), declara «el principio de inoponibilidad de lo no inscrito, según el cual al tercero que inscribe no le afectan los actos inscribibles no inscritos. Por virtud de ese principio, el tercero que adquiere en determinadas condiciones solo le afecta lo que está inscrito, de modo que frente a él es inoponible lo que no ha tenido acceso al Registro».

[92] (2012): La publicidad del estado civil y el régimen económico matrimonial en los registro civiles y de la propiedad, *Derecho de Familia,* coord. por Gema Díez-Picazo Giménez, 1.ª edición, Madrid, 2491-2495.

[93] *Op. cit.,* 531; concepto que asume ÁLVAREZ VIGARAY, *op. cit.,* 82; RAGEL SÁNCHEZ, Comentarios la STS de 3 de junio de 1988, *CCJC,* 584.

[94] La inoponibilidad, *op. cit.,* 2.

[95] ÁLVAREZ VIGARAY, *op. cit.,* 97, aludiendo a los artículos 61 y 64, afirma que estamos ante una inoponibilidad porque se ampara la buena fe.

[96] SANCHO REBULLIDA, F.A. (1989): *Elementos de Derecho Civil, IV Derecho de Familia,* en José Luis Lacruz Berdejo *et al,* 3.ª edición, fascículo 1.º, Barcelona, 132; DE PABLOS CONTRERAS, P. (2000): *Comentarios al Código Civil,* coord. por Joaquín Rams Albesa y Rosa M.ª Moreno Flórez, tomo 2.º, Barcelona, 632.

[97] RAGEL SÁNCHEZ, *Protección del tercero frente a la actuación jurídica ajena: la inoponibilidad,* Valencia, 138; DÍEZ DEL CORRAL RIVAS (2006): La eficacia de la inscripción en el Registro Civil español, *Estudios Jurídicos,* Madrid, 307 y sigs.

[98] ROCA GUILLAMÓN y DE LAS HERAS GARCÍA, *Comentarios a la Ley del Registro Civil, op. cit.,* 147-152.

[99] *Comentarios a la Ley del Registro Civil, op. cit.,* 355.

[100] GREMADES GARCÍA, *Comentarios a la Ley del Registro Civil*, *op. cit.,* 355.

[101] *Tratado del Registro Civil, op. cit.,* 125.

[102] ALBERDI VECINO, F. (2005): Esbozo de una teoría general sobre los principios registrales del Registro Civil. La función calificadora, *Anales (VI) 2003-2004,* dirigido por Alfonso Hernández-Moreno y coord. por Chantal Moll de Alba Lacuve, Barcelona, 224 y 236-237, artículos 15 y 80-2.º de la LRC/2011, que declaran el carácter público del Registro, el acceso de los ciudadanos a los datos, así como obtener certificaciones.

[103] ALBERDI VECINO, *op. cit.,* 224 y 237-240, dice que «en el ámbito del Registro de la Propiedad se destaca el efecto legitimador y el efecto de fe pública o inoponibilidad». En la nueva regulación del Registro Civil de igual modo opera el efecto legitimador y de fe pública a través de la exactitud y legalidad. En el primero «se presume que los hechos inscritos existen y los actos son válidos y exactos mientras el asiento correspondiente no sea rectificado o cancelado en la forma prevista en la Ley» (art. 16-2.ª de la LC/2011); en el segundo, «en los casos legalmente previstos, los hechos y actos inscribibles conforme a las prescripciones de esta Ley serán oponibles a terceros desde que accedan el Registro Civil» (art. 17-2.º de la LRC/2011).

[104] AMORÓS GUARDIOLA, *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia, op. cit.,* 1561; ALBERDI VECINO, *op. cit.,* 242 y 243; PÉREZ GARCÍA, M.J. (2002): La ineficacia de la liquidación de la sociedad de gananciales: estudio jurisprudencial, *ADC,* 228-229.

[105] *Op. cit.,* 238 y 243, citando la STS de 10 de marzo de 1998 *(RA* 1998, 1042), destaca «queda establecido que los efectos de la inoponibilidad de las capitulaciones no inscritos en el Registro Civil frente a la oponibilidad de los asientos del Registro de la Propiedad»; RAGEL SÁNCHEZ (2006): Prueba y oponibilidad del documento público, *Libro-Homenaje al Profesor Manuel Amorós Guardiola,* Madrid, 2820-2821, determina que «la oponibilidad actúa conforme a la realidad, sin posibilidad de eludirla jurídicamente. El tercero deberá contar con ella [la realidad] a la hora de ejercer sus derechos».

[106] *Op. cit.,* 898.

[107] *Comentarios a la Ley del Registro Civil, op. cit.,* 1007.

[108] *Comentarios a la Ley del Registro Civil, op. cit.,* 1050.

[109] *La teoría de la publicidad registral y su evolución, op. cit.,* 31-32.

[110] La inoponibilidad, *op. cit.,* 1; GONZÁLEZ PACANOWSKA, Notas sobre la oponibilidad de los contratos, *op. cit.,* 1469.

[111] *Elementos de Derecho Civil., II Derecho de obligaciones. Teoría general del contrato,* vol. 2.º, 2.ª edición, Barcelona, 322; GONZÁLEZ PACANOWSKA, *op. cit.,* 1469-1470.

[112] DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A. (1992): *Sistema de Derecho Civil. Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones,* vol. 4.º, 6.ª edición, revisada y puesta al día, Madrid, 169, señalan que con la expresión «se hace mención» el legislador ha querido imponer un sistema de publicidad que, en principio, bastaba con la declaración de los contrayentes o uno imposición del Notario autorizante en al escritura para dar cuenta al Registro Civil. El sistema fracasó, y con ello se volvió al sistema facultativo, basado en una formalidad a instancia de partes para que se haga constar en el Registro Civil el cambio del régimen matrimonial.

[113] DÍEZ PICAZO y GULLÓN, *Sistema IV, op. cit.,* 170, han puesto de relieve la ambigüedad de la expresión «toma de razón» del artículo 1333 en relación con el sistema registral inmobiliario. Las capitulaciones son inscribibles cuando suponen transmisiones o atribuciones de inmuebles de un cónyuge a otro o de un tercero a favor de uno de ellos.

[114] AMORÓS GUARDIOLA, *op. cit.,* 1560; PRETEL SERRANO (2005): La publicidad de las capitulaciones matrimoniales: Registro Civil y Registro de la Propiedad, *Anales VI 2003-2004,* dirigidos por Alfonso Hernández-Moreno y coord. por Chantal Moll de Alba Lacuve, Barcelona, 55-56*;* LASARTE ÁLVAREZ, C. (1982): La publicidad del régimen económico del matrimonio, *La reforma del Derecho de Familia. Jornadas Hispalense sobre la reforma del Derecho de Familia,* Sevilla, 140.

[115] Apuntamos desde ahora como posibles soluciones, de que el futuro reglamento que desarrolle la LRC/2011, lo resuelva, en su defecto, la jurisprudencia establecerá la prioridad.

[116] ROJAS MONTES, L. (1983): Efectos frente a terceros de la modificación de capitulaciones *AAMN,* tomo 26, 319, (nota pie de pág. 19); STS de 10 de marzo de 1998 *(RA* 1998, 1042).

[117] Comentarios a los reformas de Código Civil. El nuevo Título Preliminar del Código y la Ley, *op. cit.,* 1106.

[118] ROJAS MONTES, *op. cit.,* 319; STS de 10 de marzo de 1998 *(RA* 1998, 1042).

[119] *El régimen económico del matrimonio (Comentarios al Código Civil: Especial consideración de la doctrina jurisprudencial), op. cit.,* 154.

[120] *Sistema IV, op. cit.,* 170.

[121] *Elementos de Derecho Civil, IV. Derecho de Familia, op. cit.,* 328-329; AMORÓS GUARDIOLA, Comentarios a los reformas de Código Civil. El nuevo Título Preliminar del Código y la Ley, *op. cit.,* 1112; GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, Consideraciones sobre las capitulaciones matrimoniales y las modificaciones del régimen económico del matrimonio en el Código Civil, *op. cit.,* 499.

[122] (1984): Breve análisis de la capitulaciones matrimoniales en sus relaciones con el Registro de la Propiedad, *RCDI,* 1222.

[123] (1985): Inoponibilidad a terceros de la escritura de capitulaciones matrimoniales que afecten a bienes inmuebles, *RJE La Ley,* 1064-1065; SSTS de 2 de julio de 1965 *(RA* 1965, 3692); 6 de junio de 1994 (1994, 4585); 25 de septiembre de 1999 *(RA* 1999, 7274).

[124] *Vid.* PARRA LUCAN, (2004): Comentario a la STS de 10 de marzo de 2004 *(RA* 2004, 1818), *CCCJ,* 1232-1233.

[125] TORRENT, A. (1993): ¿Protección registral de hechos no inscritos? A propósito de la publicidad material negativa (arts. 21 CCom y 9 RRM), *RCDI,* 1398-1401. Señala que el mencionado artículo 21 del C.Com. y 9 del RRM, son de aplicación a todos los sujetos, actos y hechos con efectos para terceros, cuyos efectos están desde la publicación no desde la inscripción (oponibilidad).

(Trabajo recibido el 23-3-2017 y aceptado para su publicación el 9-6-2017)

Beneficios del negocio de cesión de solar a cambio de obra. Protección del cedente

Benefits of the assignment business of solar in exchange for future floors or loals. Protection of assignor

por

ESTER MOCHOLÍ FERRÁNDIZ

Abogada/Directora Grado Derecho Universidad Nebrija

RESUMEN: Tras la grave crisis del mercado inmobiliario, la CEOE señalaba en su informe de octubre de 2016 que ya se ha incrementado el número de transacciones de inmuebles pero advierte de la necesidad de creación de obra nueva.

La cesión de solar a cambio de obra cuenta con grandes beneficios tanto para cedente como para cesionario, sin embargo, dado el posible desequilibrio existente entre ambos, debe protegerse especialmente la posición del cedente que se desprende inicialmente de su propiedad para adquirir en un futuro pisos o locales.

ABSTRACT: Benefits of the Assignment Business of solar in exchange for future floors or loals. Protection of the assignor.

After the severe crisis in the real estate market, the CEOE stated in its October 2016 report that the number of real estate transactions has already increased but warns of the need to create new construction.

The assignment of land in exchange for future floors has great benefits for both assignor and assignee, however, given the possible imbalance between both, the position of the transferor that is initially detached from its property to acquire in the future Floors or premises.

PALABRAS CLAVE: Cesión de solar. Permuta. Obra futura. Garantías inmobiliarias. Protección cedente.

KEY WORDS: Cession of land. Swap. Future floors. Real estate guarantees. Transferor protection.

SUMARIO: I. BENEFICIOS DEL NEGOCIO DE CESIÓN DE SOLAR A CAMBIO DE OBRA.—II. TRANSMISIÓN DE DERECHOS CON LA ESCRITURA DE CESIÓN.—III. CESIÓN DE CUOTA INDIVISA DE SOLAR.—IV. CONSTITUCIÓN DE DERECHOS DE VUELO O DE SUPERFICIE.—V. CONDICIÓN RESOLUTORIA EXPRESA.—VI. CONDICIÓN SUSPENSIVA.—VII. RESERVA DE DOMINIO.—VIII. SEGURO DE CAUCIÓN Y AVAL BANCARIO.—IX. CLÁUSULA PENAL.—X. LA SERVIDUMBRE SOBRE EL EDIFICIO A CONSTRUIR.—XI. CONCLUSIONES.

I. BENEFICIOS DEL NEGOCIO DE CESIÓN DE SOLAR A CAMBIO DE OBRA

La necesidad que emana del mercado inmobiliario actual, de incrementar el número de viviendas de obra nueva, tal y como pone de manifiesto el informe del paso octubre de la CEOE; lleva a plantearnos las ventajas de acudir a la figura del negocio de cesión de solar a cambio de obra.

Mediante la cesión de solar a cambio de obra, una de las partes cede todo o parte de un solar a favor del cesionario, quien se compromete a edificar sobre el mismo solar, o incluso sobre otro/s, y a cederle al cedente parte de lo edificado.

Este negocio permite que el cedente, titular de un solar o terreno, que no es experto en la construcción, pueda obtener una obra nueva, y a cambio, el cesionario, puede construir sin la necesidad de una financiación inicial para la compra del terreno, ya que liquidará la deuda contraída con el cedente mediante la entrega de pisos o locales.

Mediante esta fórmula, se simplifican los costosos procesos que al cedente puede plantearle la construcción por si mismo o mediante un arrendamiento de obra, y puede cumplir el objetivo de aumentar el número de vivienda nueva que sigue siendo hoy una necesidad acuciante tras cinco años de crisis.

Por otro lado, el difícil acceso al crédito que se les plantea a las constructoras también se solventa por este negocio. El inmueble se lo cede el propietario en todo o parte, y mas tarde le entregara parte de la obra que edificará, siendo suficiente con que tenga medios para llevar a cabo la edificación misma.

Visto en esencia el negocio de cesión de solar a cambio de obra, resulta de especial relevancia atender al desequilibrio que se produce entre la posición del cedente, que se ve desprendido de la titularidad del solar desde el inicio, y el cesionario que está obligado a entregar una obra futura.

De ahí que sea de especial relevancia encontrar medios de protección al cedente. En el derecho alemán, con este propósito de dar protección al cedente y asegurar la entrega de la vivienda u obra futura, observamos como el ordenamiento establece distintos modos de asegurar las obligaciones, así, junto a la posibilidad clásica, derivada del propio Código Civil alemán, de admitir la inscripción de una anotación preventiva *(Vormerkung)* a favor del adquirente, se aplica también la normativa de los promotores (Decreto sobre Agentes y promotores inmobiliarios), es decir las normas de la *Makler und Bauträger Verordnung,* y la Ley sobre condiciones generales de los contratos *(AGB-Gesetz),* siempre que el cedente no sea profesional inmobiliario.

La garantía de mayor auge y relevancia es «la anotación preventiva», para FERRANDO NICOLAU[1] las anotaciones preventivas, constituyen el medio más seguro de garantizar las pretensiones del adquirente, es decir el cumplimiento de las obligaciones del cesionario. Como es sabido, en el ordenamiento alemán, para adquirir la propiedad se precisa, por un lado un acuerdo real de entrega *(Einigung* o —*Auflassung,* en el caso de fincas—), y por otro la inscripción registral. Como tales acuerdo e inscripción no son normalmente inmediatos a la realización del contrato de transmisión, el acreedor de la entrega está expuesto al peligro de que el vendedor o, en general, quien está obligado a transmitirle la propiedad no llegue, por cualquier motivo, a realizar dicha transmisión, o lo haga solo limitadamente, de ahí la necesidad de dar publicidad a este compromiso.

La publicidad registral es una garantía o medio de protección tradicionalmente utilizado para las transmisiones de derechos reales. En el caso del contrato de permuta de solar por obra, según el derecho alemán, se requiere acuerdo real de entrega, y la inscripción registral; hasta que ello se produzca solo contamos con un contrato meramente obligatorio entre partes y sin eficacia frente a terceros.

Por tanto cabría que llegaran al Registro actos traslativos sobre el solar que podrían dejar sin efecto el negocio de permuta. Y ello es un riesgo evidente cuando además, el periodo de tiempo que transcurre desde la celebración del contrato hasta la entrega de los pisos puede ser considerable.

Por ello, y extrapolando lo que para el contrato de promoción prevé el MaBV[2], es posible acudir a las anotaciones preventivas. Con ella se trata de asegurar la prestación futura de entrega, por ello es requisito indispensable que dicha pretensión futura que accede al Registro mediante la anotación preventiva

esté perfectamente configurada, y lo que es más, sea definitiva. Pues en otro caso carecerá de eficacia la anotación preventiva.

Así si el derecho del adquirente se encuentra pendiente del otorgamiento de las preceptivas licencias, la anotación no otorga ninguna ventaja, si estas licencias no se conceden. Con la anotación preventiva, no queda claro que consecuencias legales devienen, ni la naturaleza jurídica de aquella; existe una gran disparidad de opinión en la doctrina alemana, y no hay una regulación al respecto. En opinión de FERRANDO NICOLAU[3], con la anotación se le otorga un cierto carácter real a una pretensión que hasta entonces era meramente obligatoria pero, sin embargo, no impide los actos posteriores del todavía titular del bien (acreedor de su transmisión), es decir, no los priva absoluta y automáticamente de eficacia, ni produce tampoco el cierre del Registro a los actos posteriores de disposición que la contradigan. Dichos actos solo serán ineficaces en la medida en que frustren de facto la pretensión del beneficiario de la anotación, ya que este cuenta con un medio de defensa para dirigirse contra el tercero que ha inscrito su derecho con posterioridad, y exigirle la modificación del Registro, mediante su aceptación de la inscripción o de la cancelación que sean necesarias para la realización de la pretensión asegurada por la anotación preventiva.

Junto con la anotación preventiva señalada, la MaBV se aplicará al contrato de permuta de solar por obra en función del tipo o modelo de permuta que se adopte. En la MaBV se establece que para que se pueda exigir el primer desembolso al adquirente en relación al valor patrimonial transmitido: el contrato debe ser eficaz, las pretensiones firmes, y definitivas (permisos y licencias concedidos). Se inscribirá a favor del adquirente la anotación preventiva. Y el promotor debe haber liberado el bien de cualquier derecho de garantía que recayera sobre el mismo.

La cantidad restante adeudada al promotor en el contrato de promoción se efectuará conforme avanza la construcción; y de acuerdo con un plan de plazos que la misma norma prevé, según la fase en que se encuentre la obra, es decir los desembolsos se efectuarán tras la terminación de cada fase que ejecute el promotor.

Si tratamos de aplicar estos beneficios a la cesión de solar a cambio de obra, debemos distinguir en función de la modalidad de que se trate, tal y como ya fueron analizadas; así, en pura teoría encajarían en el modelo de permuta clásica; pero dado que en ella no hay pagos en dinero, como contraprestación es muy difícil su adaptación.

En el modelo de cuota, tampoco parece directamente aplicable ya que no se da una transmisión del solar al promotor sino de una cuota del mismo.

Por tanto en estos supuestos el cedente tendrá que buscar la protección por los medios tradicionales, como la anotación preventiva, la fianza o una hipoteca en garantía de su obligación.

Sin embargo en el modelo de permuta mixto o de prórroga, puesto que como se ha visto, en él se dan dos compraventas cruzadas, dos transmisiones de dos valores patrimoniales diferenciados, cabría aplicar la normativa de la MaBV si bien solo resulta lógico aplicarla a la transmisión de las viviendas del promotor al antiguo dueño del solar.

Además no podemos olvidar, que nos encontramos ante una modalidad contractual bastante frecuente en la vida jurídica alemana, mucho más que en nuestra vida jurídica, de ahí que este contrato se encuentra estandarizado, en muchas ocasiones, y lleva a que no sea negociado individualmente entre el promotor y adquirente, sino a que se imponga al cedente (no empresario normalmente). De ahí que su contenido también deba quedar sometido a la Ley de Condiciones Generales de los Contratos *(Allgemeine Geschäftbedingungn Gesetz)*. La AGBG podrá también ser aplicable cuando estemos ante contratos de adhesión, pues así se requiere expresamente.

En la práctica es usual que se celebren estos contratos propuestos y redactados con anterioridad unilateralmente por el promotor, y que el propietario del solar simplemente firme este contrato de adhesión.

Con este requisito dejamos fuera a todos aquellos contratos redactados propiamente de manera conjunta y de mutuo acuerdo entre el promotor y el dueño del solar. También quedan fuera los supuestos en que el dueño del solar sea profesional y no consumidor, por quedar excluida la aplicación de esta norma.

Por último en relación a las medidas de garantía de esta figura en el Derecho germano, se plantea la doctrina la posible aplicación del derecho de adquisición preferente derivado del artículo 504 BGB, en el caso de que un tercero pretendiera adquirir el solar permutado.

Pero como señala FERRANDO NICOLAU, solo cabría el ejercicio del derecho de retracto en el supuesto del llamado modelo de prórroga *(Stundungsmodell),* puesto que aquí la contraprestación que recibirá el dueño del suelo es simplemente una cantidad de dinero, por lo que resulta perfectamente posible la sustitución del adquirente de dicho terreno, sin que sea muy compatible con las otras dos modalidades.

Todo ello sin olvidar que desde el inicio de la configuración de esta figura en atención a la modalidad que se escoja, la debilidad de la posición del cedente es bien distinta; recordemos que esta especialidad se desarrolla en torno a tres modelos distintos, todos ellos de creación notarial, cuya principal diferencia radica en la consideración del promotor como copropietario o como propietario único del solar donde se construirán las viviendas, (según el cedente se desprenda de todo o una cuota del solar), además de una modalidad mixta que implica realmente dos compraventas cruzadas. Es una distinción muy similar a la que utiliza el legislador catalán.

Sin embargo por lo que respecta a nuestro ordenamiento, y a falta de regulación especial, pasamos a tratar las que son hoy por hoy las únicas formulas con las que puede dotarse al cedente de una mayor seguridad.

II. TRANSMISIÓN DE DERECHOS CON LA ESCRITURA DE CESIÓN

No vamos a volver a tratar las diferentes posturas doctrinales sobre la eficacia traditoria de la escritura de cesión de solar a cambio de obra futura, que hemos tenido ocasión de valorar en otras publicaciones, pero si debe recordarse que si se otorga esta escritura y previa constitución de la división horizontal con los requisitos que prevé el artículo 5 de la LPH, la obra futura, convertida ya en pisos o locales perfectamente descritos, podrá acceder al Registro, y conferir al cedente todos los derechos como propietario que además tiene su derecho inscrito sobre los pisos o locales.

Así pues se evitarían innumerables peligros, que al estar ya protegido registralmente no se darán, ahora bien lo que no se garantiza con ello es que el cesionario cumpla su obligación de construir los pisos o locales, y terminarlos de conformidad a lo pactado, por esta razón se pueden conjugar ahora otros medios de garantía que tratamos a continuación.

III. CESIÓN DE CUOTA INDIVISA DE SOLAR

Dentro de las modalidades de constitución, como hemos manifestado en varias ocasiones, entendemos especialmente conveniente la posibilidad de que el propietario del solar ceda únicamente una cuota del solar, de este modo su posición será la misma que si la transmisión fuera actual. Al transmitir esta cuota indivisa, se constituye una comunidad especial, tradicionalmente denominada «comunidad valenciana», pues fue una modalidad especialmente creada en dicha zona geográfica, alrededor de los años setenta. Al transmitir el cedente una cuota, se determina en el mismo contrato de cesión las normas por las que debe regirse esta comunidad de conformidad con el artículo 392.2 del Código Civil. Entre ellas se dispondrá la determinación del edificio a construir así como los diferentes departamentos, pisos, locales, anejos, etc., del mismo.

En el folio registral abierto al solar se hará constar esta comunidad, así como los pisos o locales. El modo en que se irá adquiriendo la propiedad de los mismos, conforme se vayan proyectando y construyendo será progresivo. Esta comunidad y su acceso al Registro ya fue admitida en Resoluciones de la DGRN como la de 18 de abril de 1988, o la de 17 de julio de 1998.

Por otro lado también esta posibilidad se analizó en el derecho alemán, y en la LCF, que regula la transmisibilidad de una finca o de la edificabilidad. El sistema de adquisición que se propone en este caso es la accesión, de modo que la transmisión de la propiedad se irá haciendo progresivamente a los propietarios sobre la finca cedida, sin que sea necesario un acto de concreción de cuotas o pisos.

Con este método, al transmitir una parte del solar, y constituir sobre el inmueble una comunidad, el cedente tiene ventajas tales como la posibilidad de ejercitar una tercería de dominio registral *ex* artículo 38.3 LH o una tercería de dominio sobre lo que en cada momento y de manera progresiva sea de su propiedad, es decir siempre sobre su cuota del inmueble y a medida en que los pisos y locales se terminen, también sobre estos.

IV. CONSTITUCIÓN DE DERECHOS DE VUELO O DE SUPERFICIE

Otro medio de constitución, consiste en configurar el derecho del cedente sobre los futuros pisos, estableciendo un derecho real limitado sobre el inmueble o solar, como el derecho de vuelo o el de sobreedificación, o subedificación, o un derecho de superficie.

En caso de constituir un derecho de vuelo sobre el solar, el cedente se reserva a su favor la titularidad del mismo solar, cediendo el derecho al vuelo, o los pisos que se construirán sobre el mismo. Cabría también constituirlo sobre un edificio ya construido.

Cuando se transmite a un tercero el derecho de sobreelevación o de subelevación, es cuando al adquirir entidad propia se habla ya de derecho de vuelo, su naturaleza a partir de ese momento pasa a ser la de derecho real que es perfectamente inscribible en el Registro de la Propiedad, como señaló la STS de 23 de junio de 1998[4].

En este sentido recordemos la Resolución de la DGRN de 5 de febrero de 1986[5], en ella la Dirección General acordó confirmar el auto de la Audiencia Territorial de Barcelona, con los siguientes razonamientos «*Considerando que la cuestión que plantea el presente recurso consiste en determinar si es inscribible en el Registro de la Propiedad una escritura en que se constituye un derecho de vuelo sobre la planta baja de un edificio proyectado, y sujeto a la condición de que el adquirente del referido derecho la construya dentro de un plazo determinado.*

Considerando que el derecho contemplado en la escritura calificada no puede estimarse que carece de trascendencia real, pues se trata de un derecho de vuelo o sobrevaloración, es decir, un derecho de construir plantas en fincas edificadas ajenas, figura nítidamente diferenciada del derecho de superficie, no solo por la distinta base física sobre la que se constituye, sino por la perpetuidad de la propiedad que origina el derecho de sobreelevar frente a la temporalidad de la propiedad superficiaria.

Considerando efectivamente que en el caso examinado no existe aun la planta baja sobre la que ha de recaer la sobreelevación, pero es indudable también —a la vista de la escritura calificada— que no se constituye al tiempo del otorgamiento un derecho actual y perfecto, sino un derecho condicionado en su origen a la construcción de la planta baja.

Considerando que el carácter condicional del derecho, que hace de este una simple expectativa hasta el cumplimiento de la condición, no impide a la vista de nuestro ordenamiento hipotecario, el que pueda ser inscrito al estar prevista en el artículo 23 de la Ley, una nota marginal para el caso de cumplirse el hecho condicionalmente (…)».

En opinión de MERINO HERNÁNDEZ[6] cuando se pacta el cambio de solar no por número de apartamentos o elementos independientes en el nuevo edificio a construir sino por un derecho de vuelo o sobreelevación, estaremos ante una permuta de solar por derecho de vuelo; y esta figura presenta grandes ventajas para el cedente de solar, como menor carga fiscal, (la valoración la hacen las partes), mayor reconocimiento de su derecho, al tratarse de un derecho real, con toda la protección que ello implica, y reducción de problemas en torno al incumplimiento, relacionados con menor cabida o menor calidad.

En la actualidad el derecho de vuelo regulado en el artículo 16 RH, permite gran margen de autonomía de voluntad a las partes, quienes podrán definir la determinación de las plantas a construir, las características de la construcción y el plazo para el ejercicio de este derecho. En relación al plazo, la STS de 24 de febrero anuló el plazo de 10 años fijado en el RH tras el Decreto de 1998, y se insistió en su nulidad en la STS de 31 de enero de 2001, al entender que se producía una extralimitación del Decreto, por cuanto esta limitación debe necesariamente venir establecida por Ley[7].

Del mismo modo cabe también la cesión del subsuelo, el cedente retiene la propiedad del solar hasta que se otorga la escritura de obra nueva y división horizontal, en la que deberá también intervenir el titular de este derecho de vuelo, y la propiedad inicial, sobre el todo, el solar, pasará a convertirse en una cuota de copropiedad sobre el nuevo elemento. Serán copropietarios del régimen de propiedad horizontal.

Y de manera análoga observamos la posibilidad de que el cedente transmita un derecho de superficie sobre el solar, acordando que la parte cesionaria cede pisos o locales al cedente.

ROCA SASTRE[8] da cabida a este supuesto, pudiendo el dueño de una finca edificada enajenar la edificación al superficiario, reservándose la propiedad del terreno; o a la inversa, enajenar el terreno reservándose la propiedad de lo edificado; o incluso enajenar a un tercero el terreno y a otro la edificación.

Lo que se transmite en este supuesto es el derecho real de superficie en suelo ajeno, pero se inserta otra cláusula de contraprestación por la que el superficiario revertirá uno o varios pisos al dueño del suelo, que previamente ha de construir.

De hecho como defiende ALONSO PÉREZ[9], ante la posición tan ventajosa que coloca el contrato de cesión de solar a cambio de obra, a quien pretende construir en finca ajena, no queda perfectamente resuelta ni con la condición resolutoria, de la que más tarde volveremos a hablar, ni con ninguna otra garantía, fuera de la misma configuración de la relación jurídica como derecho

de superficie o como derecho de sobre o de subedificación. De tal modo que el propietario del solar no edificado no pierde su derecho de propiedad sobre la finca, lo que le protege frente a posibles problemas que puedan generarse en la relación, y así mismo el constructor adquiere «o bien un derecho de propiedad o bien un derecho real sobre cosa ajena —dependiendo de si se transmite *ab initio* una cuota del suelo o no— pudiendo construir una hipoteca tanto en uno como en otro caso».

Este supuesto tiene como limitación la naturaleza temporal del derecho de superficie, de manera que salvo que se pacte por periodos realmente prolongados, al cesionario no le interesa esta posibilidad.

V. CONDICIÓN RESOLUTORIA EXPRESA

Recordemos también la conveniencia de utilizar esta institución, para garantizar la posición del cedente. Mediante la condición resolutoria expresa, las partes pueden acordar que el contrato de permuta o cesión de suelo a cambio de obra, quede resuelto en el caso de que transcurrido un plazo señalado, no se entreguen los pisos o locales ya terminados al cedente.

Si la condición resolutoria no se cumple el contrato quedará resuelto automáticamente, lo que permitirá que el cedente vuelva a ser titular registral de la finca o solar previamente transmitida; siempre que como señalaba PASCUAL MAIQUES, se cumplan los requisitos exigidos para obtener la reinscripción a favor del transmitente, como consecuencia del ejercicio de la condición resolutoria explícita del artículo 1504 del Código Civil, requisitos que debe recordarse son los siguientes: 1º. Aportarse el título del vendedor (art. 59 RH), es decir, el título de la transmisión del que resulte que el transmitente retiene el derecho de reintegración sujeto a la condición resolutoria estipulada; 2º. Acreditarse la notificación judicial o notarial hecha al adquirente por el transmitente de quedar resuelta la transmisión, siempre que no resulte que el adquirente requerido se oponga a la resolución invocando que falta algún presupuesto de la misma. Ya que si se formulara oposición por el adquirente, deberá el transmitente acreditar en el correspondiente proceso judicial los presupuestos de la resolución, es decir, la existencia de un incumplimiento, grave que frustre el fin del contrato por la conducta del adquirente, sin hallarse causa razonable que justifique esa conducta; 3. Acompañar el documento que acredite haberse consignado en un establecimiento bancario o Caja oficial el importe percibido que haya de ser devuelto al adquirente o corresponda, por subrogación real, a los titulares de derechos extinguidos por la resolución (art. 175.6 RH).

No olvidemos que el funcionamiento de la resolución derivada de la condición resolutoria difiere de la resolución derivada del artículo 1124 del Código

Civil. Fundamentalmente como señala SERRANO GÓMEZ[10] no requiere que se produzca un incumplimiento grave, sino que bastará con que tenga lugar el hecho condicionante. De ahí que con esta garantía se consiga que determinadas circunstancias que carecerían en sí mismas de suficiente entidad para producir la resolución, puedan llevar a esta al haberse pactado así.

Por ello es frecuente observar que estas cláusulas se pactan incluso para cubrir los casos de incumplimiento no imputable al deudor, es decir fuerza mayor o caso fortuito.

El único inconveniente de esta cláusula, es que si la condición resolutoria accede al Registro, las entidades bancarias se muestren negativas a la concesión de préstamo hipotecario al cesionario, salvo que se pacte, una posposición de la condición resolutoria a favor de la hipoteca que habrá de constituirse. Así el cedente asume que no le será posible oponer al acreedor hipotecario la resolución, pero sí seguirá siendo efectiva frente al resto de sujetos.

VI. CONDICIÓN SUSPENSIVA

Del mismo modo que las partes pueden pactar una condición resolutoria, pueden también introducir en el contrato una condición suspensiva, de tal manera que el contrato no se perfecciona hasta que se cumplan determinadas obligaciones, ejemplo obtención de licencia para la obra, obtención de un préstamo hipotecario para que el constructor pueda financiar la obra, etc. De este modo la eficacia del contrato queda en suspenso hasta que se cumpla la condición incluida en el mismo contrato.

El cedente mantendrá la propiedad del solar hasta que se produzca la entrega de los pisos o locales.

Por otro lado, es común para darle realmente efectividad a la condición suspensiva, estipular un plazo dentro del cual deberá producirse el hecho previsto como condición, pues en caso contrario, como señala SERRANO CHAMORRO[11] carece de eficacia.

Cabe que la condición suspensiva, tenga como acontecimiento condicionado el otorgamiento de la licencia de obras para llevar a cabo la construcción, o incluso que se vincule a la obtención de un préstamo hipotecario por parte del adquirente del solar, de manera que si no se obtiene el contrato no producirá efectos.

El funcionamiento de la condición suspensiva en este contrato, como con carácter general, llevará a que la obligación esté vigente, aunque con eficacia limitada en tanto que no se cumpla. Y una vez tiene lugar su cumplimiento, el contrato tiene plenos efectos, con retroacción al momento de la celebración del mismo.

VII. RESERVA DE DOMINIO

Cabe también que el cedente se reserve la propiedad del suelo hasta que se cumplan las obligaciones del cesionario, momento en que se producirá la transmisión de la propiedad. Con este pacto, el cedente se asegura que va a recibir la contraprestación pactada sin perder la vinculación con su terreno.

En nuestro ordenamiento queda permitido este pacto en el negocio de cesión de suelo a cambio de obra futura ya que no hay obstáculo legal para incluirlo en la compraventa de inmuebles ni en consecuencia en la permuta, y además la legislación hipotecaria lo permite expresamente en el artículo 11 LH. Este pacto de reserva de dominio, no podrá tener eficacia frente a terceros salvo que se formalice en escritura pública y se inscriba en el Registro de la Propiedad.

Desde la celebración del contrato, hasta la entrega del dominio, tras el cumplimiento del cesionario, y puesto que el cesionario necesita utilizar el suelo para cumplir sus obligaciones, se entrega por el cedente la mera posesión del solar.

El contrato se perfecciona en el momento de la celebración del mismo, a diferencia de la condición suspensiva, pero queda en suspenso la obligación de transmisión de la propiedad del suelo hasta que por parte del cesionario se cumpla su obligación.

En este caso, el principal inconveniente es la dificultad que se le plantea al cesionario para la obtención de crédito, ya que no podrá hipotecar el suelo.

Por el contrario señala SERRANO GÓMEZ[12] que el pacto de reserva de dominio puede concebirse de dos formas. La primera implica una transferencia al cesionario de la posesión del solar, pero el cedente se reserva la propiedad del mismo hasta que se construyan los pisos conforme a lo acordado. El cedente pues mantiene la propiedad y el cesionario adquiere una posesión que podría entenderse como posesión en concepto de dueño, pues no debe restituir las cosas, si la edificación llega a realizarse. Actuaría como una especie de condición suspensiva de la transmisión del dominio.

Pero también cabe configurarla, como simple garantía real a favor del cedente del solar, a modo semejante de la prenda de bienes muebles, o hipoteca en inmuebles. Así el dominio es realmente transmitido al comprador, en contra del significado literal de la expresión reserva de dominio, pero se trata de un dominio limitado por un derecho real de garantía que se establece a favor del cedente[13]. Esta modalidad es menos onerosa para el cesionario, y la va aproximando al juego de la transmisión inmediata de la propiedad sometida a la condición resolutoria de no cumplimiento por el cesionario.

Esta última opción es realmente una tercera modalidad, la concepción de la reserva de dominio como una condición resolutoria en caso de incumplimiento o falta de entrega.

El TS ha permitido configurar de diferentes maneras la cláusula de reserva de dominio. Atemperando las consecuencia, para buscar un equilibrio entre par-

tes. La STS de 16 de julio de 1993, en caso de compraventa de un inmueble a plazos, admitió que el comprador estuviera legitimado para ejercitar la tercería de dominio solicitando que se levante sobre el bien comprado, y pendiente aun de pago de parte del precio, el embargo decretado a instancia de acreedores del vendedor. Así se matizó la configuración clásica de la reserva de dominio, protegiendo al cedente pero salvaguardando los intereses legítimos del cesionario.

Lo que no se ha permitido, es vulnerar la prohibición de dejar al arbitrio de una de las partes el cumplimiento del contrato, el pacto comisorio, o un abuso de derecho.

No obstante no puede olvidarse que la reserva de dominio entraña la protección global y propia de un derecho de crédito, y por tanto lo que genera es una garantía. Si bien la práctica constante en el uso de la misma dentro del ámbito inmobiliario en general, y sin circunscribirla a la cesión de suelo a cambio de obra, donde no es excepción, demuestra que esta cláusula desarrolla una función recuperadora de los bienes vendidos. Esta función en los momentos de crecimiento económico, donde el incremento del valor de un inmueble es progresivo, permite satisfacer en mayor medida al acreedor, que con la entrega del precio aplazado. De ahí que desde una construcción clásica, con el ejercicio de la reserva de dominio, en los casos de conflicto entre las partes, el vendedor o cedente solo pretende una cosa, la recuperación del bien transmitido.

VIII. SEGURO DE CAUCIÓN Y AVAL BANCARIO

Cuando las posibilidades anteriores no se entienden adecuadas o las partes prefieren que sea un tercero el que asegure el cumplimiento de las obligaciones del cesionario, puede acudirse a un seguro de caución, en garantía de la entrega de los pisos o locales, este contrato previsto en el artículo 68 de la Ley de Contrato de Seguro, puede ser muy práctico, para garantizar que se resarza al cedente de los daños que se le ocasione en caso de no llevar a cabo la construcción y posterior entrega el cesionario.

La STS de 26 de febrero de 2000[14], se pronuncia sobre su supuesto de cesión de un solar a cambio de un local de 240 metros cuadrados que debía previamente construir el cesionario; si bien se hacen ambas transmisiones separadas en contratos privados, dando valor equivalente a las prestaciones. El cumplimiento de la obligación del cesionario se garantizó mediante un seguro de garantía y afianzamiento, que el TS calificó de auténtico seguro de caución *ex* artículo 68 de la Ley de Contrato de Seguro, por el que la entidad aseguradora se obligaba, en el caso, entre otros, de que el cesionario no entregara el local comercial a los asegurados, a la entrega de la cantidad de 18.275.000 euros. Cláusula que se entendió aplicable a tenor de los hechos, dada la evidente falta de entrega del local.

También puede acudirse a una entidad financiera, para que otorgue un aval a primer requerimiento, de tal manera que en caso de incumplimiento por parte del cesionario, se podrá requerir a la entidad financiera avalista, el pago de la cantidad estipulada como fianza, a favor del cedente.

En este caso, la garantía funciona de manera independiente al contrato, de forma que bastará se notifique al banco la falta de cumplimiento del cesionario, para que se deba abonar la suma garantizada. Es una manera muy eficaz de proteger la situación tal debilitada del decente.

Es de destacar la STS de 19 de mayo de 1990[15], al señalar que «*…La diferencia entre el contrato de fianza y el contrato de seguro de caución, ya se considere este como una figura autónoma al modo que lo hace el artículo 68 de la Ley de Contrato de seguro, ya se considere como una modalidad de seguro de crédito, presenta ciertas dificultades nacidas de la idéntica función de garantía que cumplen ambos contratos, no obstante lo cual la mayoría de la doctrina, tanto civilista como mercantilista, se pronuncian por su neta separación; así mientras la fianza es un contrato por el cual el fiador se obliga a cumplir por el deudor principal, en caso de incumplimiento de este, en el seguro de caución el asegurador se obliga, no a cumplir por el deudor principal, sino a resarcir al acreedor de los daños y perjuicios que aquel incumplimiento le hubiera producido, de donde se desprende que para que el fiador resulte obligado a satisfacer la obligación por él contraída es bastante el incumplimiento del afianzado cuya posición asume, mientras que la obligación de resarcimiento asumida por el asegurador requiere, además de ese incumplimiento, que como consecuencia del mismo, se hayan causado daños y perjuicios al asegurado, y estas notas características de ambos contratos, aparte de otras como el carácter accesorio de la fianza frente al de principal obligación del asegurador, se ponen de manifiesto en las deficiencias que de uno y otro contrato se dan en nuestros textos legales, así el artículo 1822 párrafo 1º del Código Civil dice que "por la fianza se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero en caso de no hacerlo este", mientras que el artículo 68 de la Ley de Contrato de Seguro define esta clase de seguro diciendo «por el seguro de caución el asegurador se obliga, en caso de incumplimiento por el tomador del seguro de sus obligaciones legales o contractuales, a indemnizar al asegurado a título de resarcimiento o penalidad los daños patrimoniales sufridos, dentro de los límites establecidos en la Ley o en el contrato».*

En el mismo sentido se pronuncia la STS de 7 de abril de 1992[16] «*el motivo es desestimable porque en él se pretende la aplicación de una normativa (la de fianza) a un supuesto distinto, cual es el contrato de seguro de caución, que la tiene propia, y en ella lo que se concede al asegurador es una acción de reembolso frente al tomador, no una subrogación en los derechos del asegurado contra este último (art. 68 de la Ley de Contrato de Seguro de 1980).*

El aval a primer requerimiento permite que el cesionario obtenga de la entidad financiera el compromiso de emitir a favor de la otra parte una garantía pagadera a la primera solicitud del transmitente del solar, sin que sea posible oponer excepciones derivadas de la base ni tampoco de las que puedan surgir de la relación constituida entre el garante y el ordenante de la garantía[17].

Destacan en el aval a primer requerimiento como notas características, la facilidad de la reclamación para el transmitente del solar. En segundo lugar la propia independencia o autonomía de la obligación de pago que se asume por el garante. En tercer lugar, la posibilidad de que la garantía exista con independencia del contrato base. Y en general que esta modalidad de aseguramiento personal, de naturaleza atípica, asegura también al beneficiario frente a los riesgos no solo típicos, sino también atípicos como riesgos de impago, fuerza mayor, etc.

IX. CLÁUSULA PENAL

Otro modo de proteger la situación de cedente es precisamente mediante una cláusula penal, como garantía para el cedente en caso de incumplimiento del cesionario. La inclusión en el contrato de cláusulas penales, que contemplen cantidades fijas a abonar por el cesionario al cedente en caso de retraso en el cumplimiento de las obligaciones del contrato, es bastante común en la práctica.

Así se ha llegado a admitir por la jurisprudencia que estas cláusulas son compatibles con el incumplimiento total, ya que la mora inicial podría desembocar en este incumplimiento total, así debe señalarse la STS de 3 de octubre de 1985, y la de 19 de diciembre de 1986[18]*«a pesar de su otorgamiento, el retraso ha sido afirmado, subrayado y no desvirtuado, viniendo a ser tal retraso, precisamente, el evento configurado como el resorte, caso de producirse, que dispara la puesta en marcha de la indemnización convenida, si bien con la facultad de moderación que ha sido utilizada por el Tribunal de instancia por la previsión legal del artículo 1154 del Código Civil (…) ha de entenderse como entregada la cosa vendida cuando el traspaso de posesión real o instrumental por la ficción legal creada en la norma, tenga lugar de todos los elementos constitutivos de la cosa vendida, en la forma, condiciones, y aditamentos convenidos por las partes, porque de faltar alguno de ellos, es evidente que la entrega solo sería, en el mejor de los casos, solamente parcial».*

Recuérdese, que la posible moderación de la cláusula penal, al arbitrio del Tribunal, es no solo posible sino obligada salvo cuando las partes hubieran establecido expresamente su aplicación integra para el caso de incumplimiento o retraso de las obligaciones.

De igual modo, no podemos confundir esta cláusula con una obligación facultativa, y en este sentido se pronuncia la STS de 13 de marzo de 1990[19]

«*no resulta viable como "facultas solutionis" la consignación de la cantidad de 14.000.000 de pesetas que operaba como cláusula penal para el supuesto de que la antedicha operación (la entrega del local) hubiere resultado imposible por cualquier causa, por ello no es de observancia el párrafo del precepto supuestamente infringido, toda vez que la hipotética reserva del derecho de pago de la pena para eximirse de cumplir la obligación dependía de manera inexcusable de que el débito no pudiese cumplirse*».

Por este cauce ya encontrábamos la STS de 20 de junio de 1981[20] al decir «*La existencia de la cláusula penal en el contrato suscrito por las partes, por su carácter de accesoria, no faculta al deudor a liberarse del cumplimiento de la obligación haciendo efectiva aquella sin que se den las circunstancias normales para que dicha cláusula accesoria entre el juego (…)*».

No podía liberarse de esa obligación con el pago de la cantidad fijada como pena, ya que carecía de facultad para eximirse de la prestación objeto de aquella, conforme establece el artículo 1153 del Código Civil, pues en el contrario no se le reservó expresamente este derecho, y por ello el demandado recurrido carecía de facultad de elegir entre cumplir la obligación o satisfacer la pena, de todo lo cual deriva la infracción por la Sala sentenciadora de los preceptos legales, que como vulnerados se alegan en este motivo, el cual por ello ha de ser recogido, ya que al decidir en la forma que lo hace la sentencia recurrida, ha infringido la ley de contrato y ha dejado al simple arbitrio del deudor la validez y cumplimiento de lo en él estipulado.

En todo caso, y como ya se vio la cláusula penal puede tener diversas funciones, y no podemos restringirla a la liquidatoria, que evidentemente es la más común, llamada también pena convencional. Recuérdese que cabe atribuir a la cláusula penal el carácter de cumulativa, permitiendo al cedente la reclamación de la misma pena junto al cumplimiento forzoso o la indemnización de perjuicios. Cabe pactarla con carácter sustitutivo, en cuyo caso la pena estipulada sustituirá a la indemnización de los daños y perjuicios. Y por último pese a que no puede tener este carácter sin previo pacto, es posible que las partes acuerden atribuirle un carácter facultativo, permitiendo al cesionario eximirse de la obligación principal pagando la pena.

X. LA SERVIDUMBRE SOBRE EL EDIFICIO A CONSTRUIR

Por último, no podíamos dejar de referirnos a un supuesto, que si bien no se recoge en el Código Civil, ni en la Ley de Propiedad Horizontal, pues no encontramos referencia directa a la posibilidad de que puedan establecerse servidumbres a favor de un edificio futuro, puede ser de utilidad a los fines pretendidos. Como señala BONET CORREA[21] puede deducirse del artículo 9 de la LPH, que dentro de las obligaciones de cada propietario está la de consentir las servidumbres, al

decir: «*Son obligaciones de cada propietario: c) (…) y permitir en él las servidumbre imprescindibles requeridas para la realización de obras, actuaciones o la creación de servicios comunes, llevadas a cabo o acordadas conforme a lo establecido en la presente Ley…*». Por otro lado el artículo 8 de la Ley Hipotecaria, tantas veces señalado, destaca que *se inscribirán como una sola finca bajo un mismo número: (…) 4º Los edificios en régimen de propiedad por pisos cuya construcción esté concluida, o por menos comenzada (…) En la Inscripción del solar o del edificio en conjunto se harán constar los pisos meramente proyectados*.

En consecuencia, la LH prevé dos situaciones diferentes, inscribir el solar destinado a una edificación propiedad horizontal (futura), o inscribir el edificio en régimen de propiedad por pisos, cuya construcción esté concluida o al menos comenzada.

Por tanto parece en sí mismo posible constituir servidumbre en el edificio a construir por el cesionario a favor del cedente.

Ello nos enfrenta a la duda sobre si cabe también establecer la servidumbre sobre cosa propia. Nuestro Código Civil permite que el propietario pueda establecer en sus fincas signos aparentes de servidumbres, es decir los supuestos que considera la ley de Propiedad horizontal a través de los cuales el propietario o copropietarios establecen en el edificio futuro o ya construido una serie de servicios de dependencia o interconexión, si bien, han de resultar a la postre cumplidas las condiciones formales, exigencias y deberes de cada una de las partes individualizadas, así han usado de esta facultad del artículo 541 del Código Civil, y se trata de verdaderos supuestos de servidumbres.

Por tanto, debemos admitir que sí cabe también establecer esta servidumbre a favor del cedente siempre que fuere el único titular, o todos los titulares en su caso, quienes la constituyan.

XI. CONCLUSIONES

En conclusión, son múltiples las opciones estudiadas brevemente para atemperar el posible desequilibrio existente entre cedente y cesionario, cuando en su caso lo haya.

Ello con independencia, de que como ya se señaló, si la cesión se configura con cesión de cuota, la situación de las partes guarda un mayor equilibrio entre ellos, al crear desde el inicio una comunidad entre cedente y cesionario, sin desprenderse aquel de la propiedad de todo el solar, y haciendo suyos los pisos atribuidos conforme se va ejecutando la obra. Por ello, y con independencia que las partes puedan pactar otras formas de garantía, la mejor protección del cedente a nuestro parecer se obtiene, configurando desde el inicio la cesión como una cesión de cuota, adjudicando al cesionario una parte alícuota de solar, y determinando en la misma Escritura Pública la parte de obra que cada

comunero debe recibir, de manera que confirme se lleve a cabo la edificación, los pisos y locales pasen a integrar el patrimonio de cedente y cesionario en la medida pactada. De este modo el cedente no se desprende de la totalidad de la propiedad del solar y su riesgo es menor. Se pone en circulación un inmueble y se permite llevar a cabo la obra sobre el mismo, obteniendo los beneficios deseados con los menores inconvenientes.

BIBLIOGRAFÍA

ALONSO PÉREZ, M.ª T.: *La construcción en finca ajena. Estudio del derecho de superficie y de los derechos de sobre y de subedificación*. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2000.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *La cláusula de reserva de dominio. Estudio sobre su naturales jurídica en la compraventa a plazos de bienes muebles*, Madrid, 1971.

BONET CORREA, J., La servidumbre a favor de edificio futuro, y la adquisición de apartamentos en el edificio por construir, *RDN,* Madrid, 1961.

DE LA IGLESIA MONJE, I., Breves consideraciones en torno al derecho de elevación y las modificaciones introducidas por el RH de 1998. Análisis de la STS de 24 de febrero de 2000, *RCDI,* núm. 659, mayo-junio de 2000.

FERRANDO NICOLAU, E., *Estudios de Derecho Inmobiliario Registral en Homenaje al Profesor Celestino Cano Tello,* Mario E. Clemente Meoro (coord.). Tirant lo Blanch. Valencia 2002. Epígrafe 10. Permuta de suelo por construcción futura en el derecho alemán.

MERINO HERNÁNDEZ, J. L., *El contrato de permuta*, Tecnos, Madrid, 1978.

ROCA SASTRE, R. M., Ensayo sobre el derecho de superficie, *RCDI*, 1961, núm. extraordinario 392.

SERRANO CHAMORRO, M.ª E., *Cambio de solar por edificación futura*, Aranzadi, Navarra, 2001.

SERRANO GÓMEZ, E.: *El contrato de cambio de solar por edificación futura,* Edisofer Libros Jurídicos, Madrid, 2004.

JURISPRUDENCIA

- STS de 20 de junio de 1981 *(RJ* 1981, 2533)
- STS de 19 de diciembre de 1986 *(RJ* 1986, 7683)
- STS de 13 de marzo de 1990 *(RJ* 1990, 1691)
- STS de 19 de mayo de 1990 *(RJ* 1990, 3741)
- STS de 7 de abril de 1992 *(RJ* 1992, 3031)
- STS de 23 de junio de 1998 *(RJ* 1998, 4744)
- STS de 26 de febrero de 2000 *(RJ* 2000, 1020)
- STS de 1 de abril de 2000 *(RJ* 2000, 2969)

NOTAS

[1] *Vid*. FERRANDO NICOLAU, Esperanza, *Estudios de Derecho Inmobiliario Registral en Homenaje al Profesor Celestino Cano Tello,* Mario E. Clemente Meoro (Coord.). Tirant lo Blanch. Valencia 2002. Epígrafe 10. Permuta de suelo por construcción futura en el derecho alemán.

[2] Makler und Bauträger Verordnung.

[3] *Vid*. FERRANDO NICOLAU, Esperanza: *Estudios de Derecho Inmobiliario Registral en Homenaje al Profesor Celestino Cano Tello*. Mario E. Clemente Meoro (Coordinador). Tirant lo Blanch. Valencia 2002. Epígrafe 10. Permuta de suelo por construcción futura en el derecho alemán.

[4] STS de 23 de junio de 1998 *(RJ* 1998, 4744).

[5] Resolución DGRN de 5 de febrero de 1986 *(RJ* 1986, 1006).

[6] MERINO HERNÁNDEZ, José Luis, *El contrato de permuta*, Tecnos, Madrid, 1978, 362.

[7] *Vid*. DE LA IGLESIA MONJE, Isabel, Breves consideraciones en torno al derecho de elevación y las modificaciones introducidas por el RH de 1998. Análisis de la STS de 24 de febrero de 2000, *RCDI,* núm. 659, mayo-junio de 2000, 2029.

[8] *Vid*. ROCA SASTRE, Ramón María, Ensayo sobre el derecho de superficie, *RCDI*, 1961, núm. extraordinario 392, 29.

[9] *Vid*. ALONSO PÉREZ, María Teresa: *La construcción en finca ajena. Estudio del derecho de superficie y de los derechos de sobre y de subedificación*. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2000, 359.

[10] SERRANO GÓMEZ, Eduardo: *El contrato de cambio de solar por edificación futura,* Madrid, 2004, 109.

[11] SERRANO CHAMORRO, M.ª Eugenia, *Cambio de solar por edificación futura*, Aranzadi, Navarra, 2001, 263.

[12] SERRANO GÓMEZ, Eduardo, El contrato de cambio…, *op. cit*., 112.

[13] Tesis ya defendida por BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo, en la obra *La cláusula de reserva de dominio. Estudio sobre su naturales jurídica en la compraventa a plazos de bienes muebles*, Madrid, 1971.

[14] STS de 26 de febrero de 2000 *(RJ* 2000, 1020).

[15] STS de 19 de mayo de 1990 *(RJ* 1990, 3741).

[16] STS de 7 de abril de 1992 *(RJ* 1992, 3031).

[17] STS de 1 de abril de 2000 *(RJ* 2000, 2969).

[18] STS de 19 de diciembre de 1986 *(RJ* 1986, 7683).

[19] STS de 13 de marzo de 1990 *(RJ* 1990, 1691).

[20] STS de 20 de junio de 1981 *(RJ* 1981, 2533).

[21] BONET CORREA, José, La servidumbre a favor de edificio futuro, y la adquisición de apartamentos en el edificio por construir, *RDN,* Madrid, 1961.

(Trabajo recibido el 19-11-2016 y aceptado para su publicación el 13-1-2016)

DICTÁMENES Y NOTAS

Sobre la disposición derogatoria y el ámbito temporal de aplicación de la Ley 13/2015, de Modificación de la Ley Hipotecaria, en la doctrina de la DGRN*

Transitional rules and derogatory scope of Act 13/2015 according to the Dirección General de los Registros' decisions

por

JUAN ANTONIO GARCÍA GARCÍA
Prof. Contratado Dr. Derecho Civil
Universidad de La Laguna

RESUMEN: La Dirección General de los Registros ha terminado por perfilar en sus Resoluciones el régimen transitorio y el alcance derogatorio de la Ley 13/2015, cuestiones estas que, al incorporar la ley en muchos casos una profunda transformación de los procedimientos registrales y de sus principios inspiradores, han provocado algunas dudas en los primeros momentos de su aplicación.

* Proyecto DER 2014-52262-P «Situación actual y perspectivas de futuro de la información registral: hacia un nuevo modelo de administración del territorio».

ABSTRACT: The Head of the Land Registry has outlined in its resolutions the transitional regime and the derogatory scope of Law 13/2015, issues which, once the law introduces a profound transformation of the registry procedures and its inspiring principles, have raised some doubts in the first moments of its application.

PALABRAS CLAVE: Registro de la Propiedad. Procedimientos registrales. Disposición derogatoria. Derogación tácita de preceptos legales y reglamentarios. Disposición transitoria.

KEY WORDS: Land Registry. Registration. Repeal. Commencement and extent of the Land Registry new regulations. Transition.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. SOBRE EL ALCANCE DE LA DISPOSICIÓN DEROGATORIA DE LA LEY 13/2015: 1. En cuanto a los cauces para rectificar la cabida de las fincas inscritas. 2. En cuanto a las certificaciones de dominio y el cauce para resolver las posibles contradicciones entre la descripción de las fincas contenida en estas y asientos no cancelados, artículo 306 RH. 3. En cuanto al doble título inmatriculador, y los requisitos del artículo 298.1 RH.—III. ÁMBITO TEMPORAL DE APLICACIÓN DE LA MODIFICACIÓN OPERADA POR LA LEY 13/2015 Y SU DISPOSICIÓN TRANSITORIA ÚNICA: 1. La dicotomía entre procedimientos registrales, en general, y procedimientos inmatriculadores de los artículos 205 y 206 LH en su anterior redacción. 2. Criterios temporales aplicables en función de la previa distinción entre procedimientos y documentos. 3. Los requisitos de la inscripción: *a) Para la inscripción de las fincas. b) Las obras nuevas. c) Para las operaciones de modificación de las entidades hipotecarias.*—IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Dos cuestiones aparentemente menores suscitadas por la modificación del texto de la Ley Hipotecaria a través de la Ley 13/2015 constituyen el objeto de la presente contribución. Nos centraremos, de una parte, en el análisis de la disposición derogatoria que dicha norma contiene, especialmente en la posible derogación tácita de ciertos preceptos reglamentarios, y, de otra, en el alcance de la disposición transitoria sobre los procedimientos iniciados bajo la vigencia de los preceptos ahora modificados. Y digo que son cuestiones aparentemente menores porque, al menos a la luz de la reiteración con la que aparecen en la doctrina de

la DGRN, en estos primeros años de aplicación de la reforma, han sido objeto de alguna litigiosidad.

II. SOBRE EL ALCANCE DE LA DISPOSICIÓN DEROGATORIA DE LA LEY 13/2015

La disposición derogatoria única de la Ley 13/2015 contiene una derogación expresa de los apartados dos, cinco, seis, siete, ocho, nueve y diez del artículo 53 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, así como de la disposición adicional trigésima cuarta de la Ley 2/2004, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2005, y además una cláusula derogatoria general por la que «*Quedan derogadas cuantas normas se opongan a lo previsto en la presente Ley*».

Que la derogación de la Ley 13/2015 alcanza también, por incompatibilidad, a la regulación reglamentaria de determinados requisitos y procedimientos registrales que no ha sido actualizada para acomodarse a las modificaciones operadas por la Ley 13/2015 en la Ley Hipotecaria, es advertida ya en la Resolución de 17 de noviembre de 2015.

> «*5. Si comparamos los requisitos y procedimientos hábiles, antes y después de la entrada en vigor de la reforma de la Ley Hipotecaria operada en virtud de la Ley 13/2015, para obtener la inscripción registral de rectificaciones descriptivas de las fincas, y en particular, las relativas a la superficie de las mismas, se advierte claramente que hay procedimientos o medios que se han suprimido, otros que se mantienen en esencia pero incrementando sensiblemente sus requisitos y garantías jurídicas, y finalmente, se introducen otras nuevas posibilidades antes no existentes*», por lo que la referida disposición derogatoria «*ha de interpretarse* [en el sentido de] *que deben entenderse tácitamente derogados todos los artículos del Título VI del Reglamento Hipotecario, los cuales fueron dictados en ejecución del anterior Título VI de la Ley Hipotecaria, pues la nueva redacción legal es en sí misma suficientemente detallada, y basada en principios inspiradores totalmente diferentes de los que dieron cobertura en su día a los artículos reglamentarios que, ahora, por ello, han de entenderse íntegramente derogados a partir del 1 de noviembre de 2015*».

y ello se reitera en la Resolución DGRN de 24 de enero de 2017, también sobre derogación tácita de preceptos del Reglamento Hipotecario.

> *«…debe recordarse que este Centro Directivo, en su Resolución de 17 de noviembre de 2015, ya consideró que "cuando la disposición*

> *derogatoria única de la Ley 13/2015, de 24 de junio, dispone que 'quedan derogadas cuantas normas se opongan a lo previsto en la presente Ley', ha de interpretarse que deben entenderse tácitamente derogados todos los artículos del Título VI del Reglamento Hipotecario, los cuales fueron dictados en ejecución del anterior Título VI de la Ley Hipotecaria, pues la nueva redacción legal es en sí misma suficientemente detallada, y basada en principios inspiradores totalmente diferentes de los que dieron cobertura en su día a los artículos reglamentarios que, ahora, por ello, han de entenderse íntegramente derogados a partir del 1 de noviembre de 2015"».*

Con carácter específico la DGRN se ha ido enfrentando al análisis concreto de qué procedimientos o cauces han quedado afectados por la derogación tácita aludida, alcanzando sus pronunciamientos hasta el momento presente a los siguientes:

1. En cuanto a los cauces para rectificar la cabida de las fincas inscritas

La ya citada Resolución DGRN de 17 de noviembre de 2015 resulta especialmente relevante en relación con los procedimientos para rectificar descripciones registrales. Así afirma que la derogación expresa de los apartados 2, 5, 6, 7, 8 y 9 del artículo 53 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, determina la imposibilidad, a partir de la Ley 13/2015, de inscribir excesos de cabida inferiores a la quinta parte de la cabida inscrita con un simple certificado o informe sobre su superficie expedidos por técnico competente (posibilidad prevista en el apdoº 8º de la Ley 53/1996 y a la que hace referencia el artículo 298.3 pfo.º 2º RH) o también los excesos de cabida acreditados en acta de presencia o notoriedad, posibilidad contemplada en el apdo.º 10º del artículo 53 de la Ley 13/1996 y a la que hace referencia el artículo 298.3 pfo.º 3º RH.

También queda derogado, aparte de los anteriores, como consecuencia del nuevo artículo 9 de la LH, y como procedimiento para rectificar descripciones registrales de las fincas —regulación que la citada Resolución califica como «*íntegra, sistemática y taxativa*»—, el doble título traslativo también contemplado en el artículo 298.1 RH.

Así mismo, las previsiones del artículo 301 RH en cuanto al procedimiento para resolver la contradicción entre la nueva descripción que se pretende reflejar y asientos registrales no cancelados (cuya competencia se atribuye al Juzgado de Primera Instancia, que resuelve por auto a la vista de los antecedentes y con audiencia a los interesados, de conformidad con el art. 306 RH) han quedado derogadas (Resoluciones DGRN de 17 de noviembre de 2015, 5 de mayo de 2016, o 24 de enero de 2017).

En consecuencia, concluye al respecto, esta Resolución que quedan como únicos procedimientos hábiles para rectificar la cabida la certificación catastral descriptiva y gráfica y el expediente de dominio tramitado para dicha finalidad.

> «*En cuanto a los cauces o medios hábiles que tras la nueva regulación se mantienen en su esencia pero aumentando las medidas de garantía y publicidad, cabe citar la rectificaciones de cabida que no excedan del 5% (o lo que es lo mismo, la vigésima parte) de la cabida inscrita, o las rectificaciones que no excedan del 10 % y se fundamenten en certificación catastral descriptiva y gráfica, con la importante novedad de que tras la Ley 13/2015, el artículo 201.3 de la Ley Hipotecaria exige, para ambos supuestos, que una vez inscrita la rectificación descriptiva, "el Registrador la notificará a los titulares registrales de las fincas colindantes". Respecto del expediente de dominio —antes atribuido a la competencia judicial—, y del acta de notoriedad, con la nueva regulación que ha supuesto una desjudicialización de los procedimientos del título VI de la Ley Hipotecaria, quedan sustituidos —y en cierta medida refundidos en uno— por el nuevo expediente de competencia notarial para rectificar la descripción, superficie o linderos que se tramitará siguiendo las reglas prevenidas en el nuevo artículo 203, con las particularidades establecidas en el nuevo artículo 201.1*»[1].

2. En cuanto a las certificaciones de dominio y el cauce para resolver las posibles contradicciones entre la descripción de las fincas contenida en estas y asientos no cancelados, artículo 306 RH

Las Resoluciones DGRN de 17 de noviembre de 2015, 5 de mayo de 2016, o 24 de enero de 2017 afirman también que dicho precepto ha sido derogado tácitamente por la Ley 13/2015, y ello habida cuenta de la desjudialización de la materia registral que opera la referida norma.

> «*En efecto, en la regulación anterior, en la que se atribuían a los órganos judiciales competencias para tramitar y resolver mediante expedientes de jurisdicción voluntaria —mediante simple auto, como ocurría en el ya derogado expediente de dominio del artículo 201 de la de la Ley Hipotecaria— no era de extrañar que el Reglamento también atribuyera al juez de Primera Instancia la posibilidad de dilucidar, también en procedimiento de jurisdicción voluntaria y también mediante simple auto y no sentencia, las dudas fundadas del registrador acerca de la coincidencia de la finca que se pretendía*

> *inmatricular —conforme a los anteriores artículos 205 ó 206 de la Ley Hipotecaria— con otras previamente inmatriculadas. Ahora, tras la nítida desjudicialización de tales procedimientos, como se proclama en la Exposición de Motivos de la Ley 13/2015 y se materializa en su articulado, ya no se mantiene la posibilidad de tramitación de tales expedientes en sede judicial, ni la posibilidad de resolverlos mediante simple auto. Y tal supresión afecta tanto a la anterior potencialidad de ordenar la inmatriculación de fincas por vía del expediente de dominio del anterior artículo 201, como a la de resolver las dudas registrales fundadas cuando se hubiera utilizado la vía de los anteriores artículos 205 o 206 de la Ley Hipotecaria. Por el contrario, la competencia judicial, en lo que se refiere a los procedimientos de concordancia del Registro con la realidad física y jurídica extrarregistral, queda concretada y ceñida a su labor estrictamente jurisdiccional, a través del procedimiento declarativo que en cada caso corresponda, y que habría de culminar en forma de sentencia*» cfr. Resolución DGRN de 17 de noviembre de 2015.

3. En cuanto al doble título inmatriculador, y los requisitos del artículo 298.1 RH

Resulta evidente que ha quedado afectado por la nueva regulación de los procedimientos inmatriculadores el medio previsto en el artículo 298.1 RH, primero en cuanto al carácter *fehaciente* (coincidía con el tenor literal del artículo 205 LH hasta su modificación por la Ley 13/2015) de la acreditación de haber adquirido el derecho en el caso de inmatriculación por documento público de adquisición y la innovación reglamentaria que permitía la posibilidad, en caso de falta de fehaciencia del documento presentado, de complementar dicho documento adquisitivo a través de un acta de notoriedad acreditativa de que el transmitente o causante es tenido por dueño.

La Resolución DGRN de 19 de noviembre de 2015 recuerda que, en sentido estricto, la exigencia de que el título público adquisitivo sea «*traslativo*» como ahora señala el artículo 205 LH[2] no se trata tanto de una novedad, como de un requisito que por obra de la interpretación de la DGRN ya se venía exigiendo para la inmatriculación de fincas:

> *«Así pues y con independencia de la doctrina que pueda dictar este Centro Directivo a partir de la nueva redacción del artículo 205 de la Ley Hipotecaria introducida por la Ley 13/2015, lo cierto es que en lo que se refiere a este expediente, que es de fecha anterior*

> *a la entrada en vigor de la Ley 13/2015, la inmatriculación de fincas por la vía del doble título exige el encadenamiento de dos adquisiciones sucesivas o directamente coordinadas con la finalidad de lograr cierta certidumbre de que el inmatriculante es su verdadero dueño. Se busca así que sean dos transmisiones efectivas y reales. Por ello, y aun cuando la función registral no pueda equipararse a la judicial, no se excluye que el registrador pueda apreciar el fraude cuando de la documentación presentada resulte objetivamente un resultado antijurídico, cuando el contexto resulta de lo declarado por el presentante y de los libros del Registro pues la tarea de calificación no se limita a una pura operación mecánica de aplicación formal de determinados preceptos, ni al registrador le está vedado acudir a la hermenéutica y a la interpretación contextual. De este modo se ha reiterado por este Centro Directivo que el registrador puede detener la inmatriculación cuando estime la instrumentalidad de los títulos, si bien esta no puede derivar de simples sospechas, debiendo estar suficientemente fundadas. Para esto, debe estudiarse el caso concreto».*

Pero aun así, lo que sí resulta evidente que la nueva redacción del artículo 205 LH afecta a la vigencia del artículo 298.1 RH como recuerda la Resolución DGRN de 19 de noviembre de 2015:

> «*Por ello, 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"».*

Concluyendo también las Resoluciones de 3 y 11 de octubre, y 23 de junio de 2016, que:

> *«De esta manera, la tramitación del acta conforme al normativa ya derogada no le atribuye al documento notarial la aptitud inmatriculadora exigida tras la reforma operada por la Ley 13/2015, de 24 de junio».*

III. ÁMBITO TEMPORAL DE APLICACIÓN DE LA MODIFICACIÓN OPERADA POR LA LEY 13/2015 Y SU DISPOSICIÓN TRANSITORIA ÚNICA

La Ley 13/2015 dispone, disposición transitoria, que «*Todos los procedimientos regulados en el Título VI de la Ley Hipotecaria, así como los derivados de los supuestos de doble inmatriculación que se encuentren iniciados a la fecha de entrada en vigor de la presente Ley, continuarán tramitándose hasta su resolución definitiva conforme a la normativa anterior»,* precisando, de manera restrictiva, para el caso de la inmatriculación por las vías de los artículos 205 y 206 de la antigua LH, vías que ahora son objeto de una regulación más exigente (la del at. 205) o que, simplemente, desaparecen (la del art. 206), que *«A efectos de la inmatriculación a obtener por el procedimiento recogido en el artículo 205 o en el artículo 206, solo se tendrá dicho procedimiento por iniciado si a la fecha de entrada en vigor de la presente Ley estuviese presentado el título público inmatriculador en el Registro de la Propiedad*».

La propia estructura de la citada disposición transitoria obliga a distinguir entre, 1º) procedimientos registrales en general y, 2º) procedimientos inmatriculadores previstos en los artículos 205 y 206 de la LH en su anterior redacción, así como, finalmente, entre 3º) requisitos documentales y, 4º) circunstancias y requisitos de las inscripciones que los anteriores medios y vías propiamente causan.

1. La dicotomía entre procedimientos registrales, en general, y procedimientos inmatriculadores de los artículos 205 y 206 LH en su anterior redacción

Ya ha tenido ocasión de pronunciarse de manera reiterada la DGRN sobre la interpretación de esta disposición, poniendo el acento en que la misma se refiere a procedimientos, y que el término procedimiento se refiere solo a los procedimientos regulados en el Título VI de la LH, los relativos a «la concordancia entre el Registro y la realidad jurídica», referencia que incluía tanto a los procedimientos inmatriculadores, como a los de reanudación del tracto sucesivo interrumpido y al expediente de liberación de cargas y gravámenes, ello según el tenor literal del artículo 198 LH en su redacción anterior a la Ley 13/2015[3], procedimientos que tenían su desarrollo reglamentario en los artículos 272 a 313 RH; regulación reglamentaría que añadía a los procedimientos enumerados por la LH también el procedimiento para la inscripción de derechos reales sobre fincas no inscritas (art. 312 RH) y el de resolución y constancia registral de la doble inmatriculación (art. 313 RH).

Como he anticipado, en cuanto a los procedimientos, la propia estructura de la disposición transitoria obliga a distinguir, como señala la Resolución de 26 de enero de 2017 (en idéntico sentido la Resolución de 1 de julio de 2016), a estos efectos entre unos determinados procedimientos inmatriculatorios (los de los arts. 205 y 206 LH) y otros procedimientos, incluso inmatriculadores, distintos de aquellos.

> *«… para conocer qué normativa resulta de aplicación … es preciso abordar primero la cuestión de fondo acerca de si estamos ante una pretensión de inmatriculación al amparo del anterior artículo 205 de la Ley Hipotecaria (en cuyo caso le resultaría de aplicación la nueva regulación resultante de la Ley 13/2015), o por el contrario, estamos ante una pretensión distinta de la inmatriculación en virtud de procedimiento iniciado antes de la entrada en vigor de la nueva Ley (en cuyo caso habría de ser calificado también conforme a la normativa anterior, incluso si la documentación con la que concluya tal procedimiento se hubiera presentado en el registro de la propiedad, como es el caso, con posterioridad al 1 de noviembre de 2015, fecha de la plena entrada en vigor de la nueva ley)».*

Pero aún, y para los procedimientos inmatriculadores la disposición se refiere exclusivamente a los regulados en los artículos 205 y 206 de la LH en su redacción anterior, y solo a ellos, excluyendo otros procedimientos inmatriculadores para los que no será exigible que el título se haya presentado en el Registro antes de la entrada en vigor de la Ley 13/2105. Por ello, para un expediente de dominio con finalidad inmatriculatoria tramitado conforme al anterior artículo 201 LH debe de aplicarse la redacción anterior aunque el título se presente con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 13/2015. Así lo señala la Resolución de 18 de abril de 2016.

> «*Dicha disposición excluye otros procedimientos inmatriculadores y por ello en el presente caso es de aplicación el artículo 201 de la Ley Hipotecaria en la redacción dada antes de la reforma operada por la Ley 13/2001*».

y lo confirma la posterior Resolución de 7 de julio de 2016.

> *«…debe indicarse que pese a ser un documento presentado en el Registro de la Propiedad correspondiente con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 13/2015 conforme a su disposición final quinta (1 de noviembre de tal año), debe aplicarse la Disposición transitoria única que establece que los expedientes regulados en el Título VI de la Ley Hipotecaria iniciados en el momento de la entrada*

> *en vigor de la citada norma deberán continuar su tramitación conforme a la normativa anterior. De tal forma que la doctrina de este Centro Directivo contenida en la reciente Resolución de 8 de febrero de 2016, que entiende aplicable tal norma a todos los documentos cuya presentación en los Registros de la Propiedad sea posterior a su entrada en vigor, debe excepcionarse en este supuesto por aplicación de la mencionada disposición transitoria única, debiendo por tanto ser de aplicación la norma contenida en el anterior artículo 201 de la Ley Hipotecaria y sus concordantes de la legislación de desarrollo. Por tanto, en virtud de la mencionada disposición transitoria, para «todos los procedimientos regulados en el Título VI de la Ley Hipotecaria, así como los derivados de los supuestos de doble inmatriculación que se encuentren iniciados a la fecha de entrada en vigor de la presente Ley, continuarán tramitándose hasta su resolución definitiva conforme a la normativa anterior».*

Distinto es el caso de la previsión del artículo 200 pfo.º 2º LH sobre la constancia de mayor cabida de las fincas inscritas mediante procedimientos no inmatriculadores (doble título público) o el de constancia de las obras nuevas del artículo 208 LH mediante los simples títulos, que no alcanzan la categoría de procedimientos sino la de simples documentos (cfr. Resolución de 21 de septiembre de 2016, 2 de septiembre de 2016, 1 de julio de 2016, Resolución de 12 de febrero de 2016, Resolución de 12 de febrero de 2016). Así, sobre constancia registral de mayor cabida con base en un acta de notoriedad se pronuncia la Resolución de 1 de julio de 2016, distinguiendo entre la propia inmatriculación de exceso de cabida y la simple constancia mediante rectificación de aquella cabida.

> «*Que al estar en presencia del acta regulada en el artículo 53.10 para la modificación de superficie o la rectificación de linderos fijos, y siendo tal acta en sí misma un auténtico procedimiento integrado por diversos trámites legales y reglamentarios sucesivos, se acoge al primer inciso de la disposición transitoria de la Ley 13/2015, y por tanto, habiéndose iniciado su tramitación antes del 1 de noviembre de 2015, toda su tramitación, y también su calificación registral ha de regirse por la normativa anterior a dicha ley*».

Tampoco la constancia registral de agrupación o división de terrenos merece la cualificación de procedimiento sino la de simple documento:

> «*La excepción prevista en la disposición transitoria única de la Ley 13/2015, … se refiere únicamente a que los procedimientos regulados en el Título VI de la Ley Hipotecaria (entre los que*

> *claramente no cabe entenderse incluido el mero otorgamiento de documentos público de agrupación o división de terrenos) que se encuentren iniciados a la fecha de entrada en vigor de la presente Ley, continuarán tramitándose hasta su resolución definitiva conforme a la normativa anterior*», cfr. Resolución de 28 de noviembre de 2016.

2. Criterios temporales aplicables en función de la previa distinción entre procedimientos y documentos

En el caso de los documentos el criterio para decidir si el supuesto se rige por la nueva legislación o por la antigua será el de la fecha de presentación del título correspondiente al Registro.

Como resumen del criterio la Resolución DGRN de 1 de febrero de 2017.

> «*Esta cuestión ya ha sido tratada por las Resoluciones de esta Dirección General de 19 de noviembre de 2015 y 23 de junio, 3 y 11 de octubre y 14 de diciembre de 2016 en las que se consideró que el criterio decisorio, atendiendo al tenor de la disposición transcrita, es el de la fecha de la presentación del título en el Registro*»

atendiendo para dicha fecha al asiento, no caducado, que causa en el libro Diario,

> *«…El criterio decisorio será, por ello, el de la fecha de la presentación del título en el Registro. Como ha quedado justificado en este expediente, la documentación fue objeto de dos presentaciones. Si bien se produjo una primera presentación por vía telemática en el mes de octubre del año 2015, la misma decayó por no haberse despachado dentro del plazo de vigencia del asiento de presentación —los sesenta días hábiles reconocidos en el artículo 17 de la Ley Hipotecaria— y no habiéndose producido ninguno de los supuestos de prórroga del artículo 432 del Reglamento Hipotecario, el asiento caducó y por ello perdió en su totalidad cualquier eficacia que la legislación aplicable le pudiera conceder. Objeto de nueva presentación, la misma se produjo bajo la vigencia de la ley una vez objeto de reforma, por lo que la titulación debe ser calificada a tenor del nuevo articulado, …», Resolución de 11 de octubre de 2016,*

consecuentemente, los documentos que se presenten al Registro de la Propiedad, cualquiera que sea su fecha de otorgamiento, para causar un determinado asiento deberán reunir los requisitos exigidos por la legislación sustantiva aplicable, y también la hipotecaria, vigente en el momento en que se verifica tal presentación.

Lo que afecta a los documentos que contengan actos de agrupación, agregación, división o segregación,

> «*los documentos públicos que, conteniendo actos de agrupación, agregación, división o segregación, se hubieran otorgado antes de la entrada en vigor de la Ley 13/2015, no pueden acogerse, pues no están contempladas en ella, a la excepción prevista en la disposición transitoria única de la Ley 13/2015, la cual se refiere únicamente a que los procedimientos regulados en el título VI de la Ley Hipotecaria (entre los que claramente no cabe entenderse incluido el mero otorgamiento de documentos públicos de agrupación o división de terrenos) que se encuentren iniciados a la fecha de entrada en vigor de la presente Ley, continuarán tramitándose hasta su resolución definitiva conforme a la normativa anterior»,* Resolución de 14 de noviembre de 2016, también la Resolución de 21 de septiembre de 2016 y 12 de febrero de 2016.

Para los procedimientos inmatriculadores distintos de los previstos en los artículos 205 y 206 LH y para los procedimientos no inmatriculadores, el criterio es el de la fecha de iniciación. Es el caso, por ejemplo de los procedimientos de doble inmatriculación ya iniciados antes de la entrada en vigor de la Ley 13/2015, a los que se aplicará la normativa anterior.

> «*2. Como cuestión previa, de carácter procedimental, debe manifestarse este Centro Directivo respecto a la norma aplicable al presente supuesto. En este sentido debe indicarse que pese a ser un documento presentado en el Registro de la Propiedad correspondiente con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 13/2015 conforme a su disposición final quinta (1 de noviembre de 2015), debe aplicarse la disposición transitoria única que establece que los expedientes regulados en el Titulo VI de la Ley Hipotecaria iniciados en el momento de la entrada en vigor de la citada norma deberán continuar su tramitación conforme a la normativa anterior. De tal forma que la doctrina de este Centro Directivo contenida en la Resolución de 8 de febrero de 2016, que entiende aplicable tal norma a todos los documentos cuya presentación en los Registros de la Propiedad sea posterior a su entrada en vigor, debe excepcionarse en este supuesto* [se trata de un auto judicial dictado en un expediente de dominio para la reanudación del tracto sucesivo] *por aplicación de la mencionada disposición transitoria única, debiendo por tanto ser de aplicación la norma contenida en el anterior artículo 201 de la Ley Hipotecaria y sus concordantes del Reglamento de desarrollo…*», Resoluciones de 21 de diciembre de 2016 y 28 de abril de 2016.

Mientras que, por el contrario, para los procedimientos inmatriculadores de los referidos artículos 205 y 206 LH en su anterior redacción el criterio es preciso y restrictivo, y solo se aplicará la anterior normativa cuando el título público apto (doble título público o certificación) para causar un asiento de inmatriculación esté ya presentado en el Registro de la Propiedad con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva redacción legal.

> *«A efectos de la inmatriculación a obtener por el procedimiento recogido en el artículo 205 o en el artículo 206, solo se tendrá dicho procedimiento por iniciado si a la fecha de entrada en vigor de la presente Ley estuviese presentado el título público inmatriculador en el Registro de la Propiedad». Por lo tanto, en el presente caso, en el que se pretende la inmatriculación por la vía del artículo 205, en virtud de titulación que no solo se ha presentado en el Registro de la Propiedad con posterioridad al 1 de noviembre de 2015, sino que incluso también ha sido otorgada con posteridad a dicha fecha, no cabe duda que la normativa vigente y aplicable al presente procedimiento registral es la contenida en el nuevo artículo 205 de la Ley Hipotecaria tras su reforma por la Ley 13/2015». Resolución de 4 de mayo de 2016,*

Las razones para excluir a estos procedimientos inmatriculadores de la regla general aplicable a los procedimientos registrales en general se justifica en el cambio de regulación del procedimiento inmatriculador del artículo 205 LH, con la exigencia de nuevos requisitos, en la nueva redacción de la Ley 13/2015, que implican una absoluta transformación del mismo. Como señala la Resolución DGRN de 4 de mayo de 2016 para la vía del 205 LH.

> *«Este Centro Directivo, en su Resolución de 19 de noviembre de 2015, al interpretar dicho nuevo precepto, señaló que "en la nueva redacción del artículo 205 de la Ley Hipotecaria, introducida por la Ley 13/2015 (…) el legislador ha dado un paso más allá, pues, como señala en su Exposición de Motivos, procede a regular de manera más minuciosa la inmatriculación mediante título público de adquisición del antiguo artículo 205, con nuevos requisitos (…) En efecto, frente a la anterior redacción del artículo 205 de la Ley Hipotecaria, relativa a la posibilidad de obtener la inmatriculación en virtud de 'títulos públicos otorgados por personas que acrediten de modo fehaciente haber adquirido el derecho con anterioridad a la fecha de dichos títulos', ahora, la nueva redacción legal exige que se trate de 'títulos públicos traslativos otorgados por personas que acrediten haber adquirido la propiedad de la finca al menos un año antes de dicho otorgamiento también mediante título público'"».*

Por ello, 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, ya no bastará para cumplir las exigencias del procedimiento inmatriculador del artículo 205 LH.

> *…Recordando la Resolución de 19 de noviembre de 2015: «Por ello, 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"». De esta manera, la tramitación del acta conforme al normativa ya derogada no le atribuye al documento notarial la aptitud matriculadora exigida tras la reforma operada por la Ley 13/2015, de 24 de junio, Resolución de 11 de octubre de 2016,* y, relación con la vía del artículo 206 LH, razona la Resolución de 17 de febrero de 2016 sobre la desaparición de aquellas circunstancias históricas que motivaron la misma y que carecen de sentido en el ordenamiento actual.

3. Los requisitos de la inscripción

En cualquier caso, la inscripción que se practique, tanto derivada de los simples documentos como de los procedimientos registrales, tendrá que contener los datos y circunstancias exigidos por la legislación vigente en el momento en que se realice.

> «*Sin perjuicio de que la tramitación del procedimiento se haya realizado y deba calificarse conforme a la legislación anterior, siendo, por tanto, inscribible si cumple los requisitos de tales normas; la inscripción que se practique ya bajo la vigencia de la nueva redacción legal deberá contener las circunstancias previstas en el artículo 9 de la Ley Hipotecaria. Ello es así porque el modo de practicar los asientos y las circunstancias de estos debe ajustarse siempre a las normas vigentes al tiempo de extenderse, aunque el título sea calificado e inscribible según una legislación anterior (en nuestro caso, por*

> *mor de la disposición transitoria única de la Ley 13/2015, de 24 de junio)»*. Resolución de 7 de julio de 2016 y de 4 de enero de 2017.

lo que implica que, singularmente, debe exigirse que tales documentos, en el caso en que documenten operaciones de modificación de entidades hipotecarias, aporten la representación georreferenciada de la finca con las coordenadas de los vértices de las mismas.

> «*Por tanto, es forzoso concluir que todo documento, cualquiera que sea la fecha de su otorgamiento, en el que se formalice una división o agrupación de finca, incluyendo las subespecies registrales de la segregación y la agregación, y que se presente a inscripción a partir del 1 de noviembre de 2015, habrá de cumplir con la exigencia legal de aportación preceptiva, para su calificación e inscripción, de la representación georreferenciada con coordenadas de los vértices de las fincas a las que afecte*», Resolución de 21 de septiembre de 2016 y Resolución de 12 de febrero de 2016.

Lo que se traduce para las distintas clases de asientos en el cumplimiento de los siguientes requisitos:

a) Para la inscripción de las fincas

> *«…conforme al nuevo artículo 9.b), la inscripción en casos de inmatriculación debe contener la representación gráfica georreferenciada de la finca que complete su descripción literaria, expresándose, si constaren debidamente acreditadas, las coordenadas georreferenciadas de sus vértices, circunstancia esta que no supone añadir ningún requisito nuevo a la documentación que es válida según la legislación anterior: dicha representación gráfica será necesariamente la catastral que ya debía aportarse conforme a la normativa vigente antes del 1 de noviembre de 2015 (apartado séptimo del artículo 53 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social). Esta representación gráfica determinará indubitadamente la superficie de la finca, que, como ha quedado señalado en el fundamento anterior, es coincidente con la expresada en el título quedando cumplida la exigencia legal de total coincidencia*». Resolución de 7 de julio de 2016.

No obstante, recuerda la DGRN que la nueva redacción introducida en el artículo 9. b) de la LH, y la exigencia de aportar una representación gráfica

de la finca que se inmatricula no es estrictamente una novedad en el sistema registral español, por cuanto ya era un requisito exigido por el artículo 53 de la Ley 13/1996, por consiguiente, la exigencia de tal requisito no es en sentido estricto un supuesto de aplicación retroactiva de la Ley 13/2015.

> *«La novedad esencial que introduce la reforma en esta materia estriba en que conforme al nuevo artículo 9 de la Ley Hipotecaria, la inscripción habrá de contener, necesariamente, entre otras circunstancias, "la representación gráfica georreferenciada de la finca que complete su descripción literaria, expresándose, si constaren debidamente acreditadas, las coordenadas georreferenciadas de sus vértices"»,* Resolución de 12 de febrero de 2016.

b) Las obras nuevas

La exigencia del artículo 202 LH en su redacción dada por la Ley 13/2015 exige que la porción de suelo ocupada por cualquier edificación, instalación o plantación habrá de estar identificada mediante sus coordenadas de referenciación geográfica.

La georreferenciación de la superficie ocupada por la edificación, en el caso de obras nuevas, se exige con independencia de la fecha de su construcción.

> «*En consecuencia, para inscribir cualquier edificación terminada, nueva o antigua, cuya declaración documental y solicitud de inscripción se presente en el Registro de la Propiedad a partir del 1 de noviembre de 2015, fecha de la plena entrada en vigor de la Ley 13/2015, será requisito, en todo caso que la porción de suelo ocupada habrá de estar identificada mediante sus coordenadas de referenciación geográfica*», Resolución de 21 de septiembre de 2016.

> «*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*», Resolución de 28 de septiembre de 2016.

Sobre la forma de acreditar tales coordenadas, la Resolución de 9 de enero de 2017, señala que si bien «*No contiene el precepto ninguna exigencia adicional relativa a la forma de la acreditación de tales coordenadas. Ello ha llevado a esta Dirección General (cfr. Resoluciones citadas en «Vistos») a interpretar*

de forma amplia el modo en que pueden acreditarse dichas coordenadas de la edificación, de manera que pueden contenerse bien en una certificación catastral descriptiva y gráfica, o en un certificado técnico, ya sea en formato GML u otro. Resulta intrascendente a efectos registrales la falta de precisión del día exacto de expedición de dicho certificado; considerando, además, que puede deducirse una fecha cierta con los datos que constan en el mismo. Por ello, este defecto debe revocarse».

También para las nuevas construcciones y edificaciones el artículo 202 de la Ley Hipotecaria, según redacción dada por la Ley 13/2015, de 24 de junio, establece que deberá aportarse para su archivo registral el libro del edificio, dejando constancia de ello en el folio real de la finca, ello a menos que «*…por la antigüedad de la edificación no le fuera exigible*».

Como dice la Resolución de 17 de enero de 2017.

> «*En base a este precepto se añade un requisito a efectos de inscripción para las declaraciones de obra nueva terminada, esto es, la necesidad de aportar para su archivo el Libro del Edificio. Y se exige a todo tipo de edificación sean viviendas o industriales (art. 2 de la Ley de Ordenación de la Edificación). Requisito que viene confirmado por el artículo 9.a) de la Ley Hipotecaria al señalar que: "A tal fin, la inscripción contendrá las circunstancias siguientes: a) (…) y, tratándose de edificaciones, expresión del archivo registral del Libro del Edificio, salvo que por su antigüedad no les fuera exigible"*»

requisito este que es exigible «a todo tipo de edificación sean viviendas o industriales (art. 2 de la Ley de Ordenación de la Edificación)», cfr. Resoluciones de 9 y de 18 de enero de 2017, si bien la Resolución de 17 de enero de 2017 concreta solo para las inscripciones que se realizan al amparo del artículo 20.1 TRLS pero no respecto de las que se formalizan al amparo del 20.4 del mismo texto legal:

> «*Respecto del llamado libro del edificio, su depósito es exigido en las obras nuevas terminadas que se formalizan al amparo del artículo 20.1 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, pero no a las que se formalizan al amparo de su apartado cuarto en el caso de construcciones, edificaciones e instalaciones respecto de las cuales ya no proceda adoptar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su demolición, por haber transcurrido los plazos de prescripción correspondientes, las llamadas obras nuevas antiguas, sin que su exigencia tampoco venga impuesta para la autorización de las escritura, ni para su inscripción, de las declaraciones de obras nuevas de edificios, ni antiguos, ni nuevos, por la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación,*

por cuanto el citado artículo 20 de dicha Ley, se refiere única y exclusivamente a las garantías del artículo 19, no al libro del edificio».

c) Para las operaciones de modificación de las entidades hipotecarias

La DGRN argumenta sobre el carácter estrictamente «registral» de las operaciones de modificación de las entidades hipotecarias (segregación, agregación, división o unión), señalando que, dada tal naturaleza, los requisitos para la constancia registral son los que sean exigibles en el momento de presentar el título correspondiente en el Registro de la Propiedad, en consecuencia, y, singularmente, deben cumplir con la exigencia del nuevo artículo 9 b) LH que exige para la inmatriculación o para las operaciones de parcelación, reparcelación, concentración parcelaria, segregación, división, agrupación o agregación, expropiación forzosa o deslinde que determinen una reordenación de los terrenos, que se acompañe obligatoriamente la representación gráfica georreferenciada de la finca que complete su descripción literaria, expresándose, si constaren debidamente acreditadas, las coordenadas georreferenciadas de sus vértices.

«…los documentos públicos que, conteniendo actos de agrupación, agregación, división o segregación, se hubieran otorgado antes de la entrada en vigor de la Ley 13/2015, no pueden acogerse, pues no están contempladas en ella, a la excepción prevista en la disposición transitoria única de la Ley 13/2015, la cual se refiere únicamente a que los procedimientos regulados en el Título VI de la Ley Hipotecaria (entre los que claramente no cabe entenderse incluido el mero otorgamiento de documentos público de agrupación o división de terrenos) que se encuentren iniciados a la fecha de entrada en vigor de la presente Ley, continuarán tramitándose hasta su resolución definitiva conforme a la normativa anterior. Por tanto, es forzoso concluir que todo documento, cualquiera que sea la fecha de su otorgamiento, en el que se formalice una división o agrupación de finca, incluyendo las subespecies registrales de la segregación y la agregación, y que se presente a inscripción a partir del 1 de noviembre de 2015, habrá de cumplir con la exigencia legal de aportación preceptiva, para su calificación e inscripción, de la representación georreferenciada con coordenadas de los vértices de las fincas a las que afecte», Resolución de 28 de noviembre de 2016, también la de 14 de noviembre de 2016.

IV. CONCLUSIONES

Las nuevas exigencias legales, tanto para los procedimientos como para la extensión de los asientos registrales producidos una vez la Ley 13/2015 ha

entrado en vigor, ha planteado cierta conflictividad sobre el régimen transitorio previsto en la ley, especialmente en lo relativo a los procedimientos inmatriculadores de los artículos 205 y 206 LH cuya transformación casi completa en el nuevo texto legal resulta más que evidente, al pretender los interesados el acceso registral de determinados actos producidos legalmente bajo la vigencia de la legislación anterior pero que adolecen de determinadas garantías y cautelas ahora incorporadas al nuevo texto legal. También ha resultado clarificadora la postura de la DGRN sobre el alcance derogatorio de las nuevas disposiciones en las que, ya sin duda alguna, el Centro Directivo ha asumido sin quiebra alguna el principio de jerarquía normativa entendiendo derogados tácitamente numerosos preceptos reglamentarios incompatibles con la nueva regulación.

NOTAS

[1] Artículo 201.3 LH, en la redacción que introduce la Ley 13/2015, «Tampoco será necesario tramitar el expediente de rectificación para la constatación de diferencias de cabida de la finca inscrita, en los siguientes supuestos: a) Cuando las diferencias de cabida no excedan del diez por ciento de la inscrita y se acredite mediante certificación catastral descriptiva y gráfica, siempre que de los datos descriptivos respectivos se desprenda la plena coincidencia entre la parcela objeto del certificado y la finca inscrita. b) En los supuestos de rectificación de la superficie, cuando la diferencia alegada no exceda del cinco por ciento de la cabida que conste inscrita. En ambos casos será necesario que el Registrador, en resolución motivada, no albergue dudas sobre la realidad de la modificación solicitada, fundadas en la previa comprobación, con exactitud, de la cabida inscrita, en la reiteración de rectificaciones sobre la misma o en el hecho de proceder la finca de actos de modificación de entidades hipotecarias, como la segregación, la división o la agregación, en los que se haya determinado con exactitud su superficie. Realizada la operación registral, el Registrador la notificará a los titulares registrales de las fincas colindantes».

[2] Serán inscribibles, sin necesidad de la previa inscripción y siempre que no estuvieren inscritos los mismos derechos a favor de otra persona, los títulos públicos traslativos otorgados por personas que acrediten haber adquirido la propiedad de la finca al menos un año antes de dicho otorgamiento también mediante título público, siempre que exista identidad en la descripción de la finca contenida en ambos títulos a juicio del Registrador y, en todo caso, en la descripción contenida en el título inmatriculador y la certificación catastral descriptiva y gráfica que necesariamente debe ser aportada al efecto.

[3] Ya que ahora tiene un alcance más amplio al comprender según la nueva redacción a los procedimientos de «1.º La inscripción de la representación gráfica georreferenciada de la finca y su coordinación con el Catastro. 2.º El deslinde registral de la finca. 3.º La rectificación de su descripción. 4.º La inscripción de plantaciones, edificaciones, instalaciones y otras mejoras incorporadas a la finca. 5.º La inmatriculación de fincas que no estén inscritas a favor de persona alguna. 6.º Las operaciones registrales sobre bienes de las Administraciones Públicas, en virtud de certificación administrativa. 7.º El expediente de reanudación del tracto sucesivo interrumpido. 8° El procedimiento de subsanación de la doble o múltiple inmatriculación. 9.º El expediente de liberación registral de cargas o gravámenes extinguidos por prescripción, caducidad o no uso».

(Trabajo recibido el 6-4-2016 y aceptado para su publicación el 9-5-2017)

DERECHO COMPARADO

El negocio jurídico hipotecario en el ordenamiento peruano

Mortgage in the peruvian legal system

por

GILBERTO MENDOZA DEL MAESTRO
Profesor de Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú
Presidente de la Asociación CADRI AEC

RESUMEN: La hipoteca en el sistema legal peruano, aunque regulada en el Código Civil, es el registro de las decisiones del Tribunal que han permitido estudiarla a profundidad.

Su importancia económica, cómo se constituye, el desarrollo y la extinción de la hipoteca son materia de desarrollo de este texto, con el fin de tener una mirada completa y general de esta figura en el sistema legal peruano.

ABSTRACT: The mortgage in the Peruvian legal system, although regulated in the Civil Code, it is the registry Tribunal decisions which have allowed further study.

Its economic importance, how its constituted, development and extinction of the mortgage are a matter of development of this text, in order to have a complete and general look of the figure in the Peruvian legal system.

PALABRAS CLAVE: Hipoteca. Constitución. Rango. Extinción.

KEY WORDS: Mortgage. Constitution. Range. Extinction.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.—I. EL COSTO DEL CRÉDITO Y LA GARANTÍA HIPOTECARIA: 1. El costo del crédito. 2. El mercado hipotecario. 3. La garantía hipotecaria.—II. APUNTES INICIALES SOBRE EL DERECHO ¿REAL? DE HIPOTECA: 1. La hipoteca como derecho real. 2. Naturaleza jurídica de la hipoteca. 3. ¿Qué dice nuestro ordenamiento? —III. LA CONSTITUCIÓN DEL NEGOCIO JURÍDICO HIPOTECARIO ¿INSCRIPCIÓN CONSTITUTIVA?: 1. La formalidad como elemento del negocio jurídico. 2. Formalización a escritura pública. 3. La inscripción ¿constitutiva? de la hipoteca. 4. El negocio jurídico de garantía hipotecaria. 5. Elementos de validez y eficacia de la hipoteca: *5.1. Legitimación. 5.2. El objeto y fin hipotecario y coligación contractual*: 5.2.1. Sobre los títulos conexos. 5.2.2. El contrato coligado de garantía hipotecaria.—IV. TIPOS DE NEGOCIOS JURÍDICOS HIPOTECARIOS: 1. «Corsi y ricorsi» de la hipoteca unilateral. 2. El título de crédito hipotecario negociable.—V. CESIÓN PARCIAL DE RANGO: ¿PREFERENCIA POR LA INSCRIPCIÓN O POSIBILIDAD DE APLICACIÓN DE LA AUTONOMÍA PRIVADA?: 1. ¿Puede cederse parcialmente el rango en nuestro ordenamiento? 2. Prioridad en el subrango hipotecario. 3. Autonomía privada y preferencia de rango.—VI. EXTINCIÓN DE LA HIPOTECA: 1. La consolidación hipotecaria y la ¿confusión? registral: *1.1. La consolidación como supuesto de extinción de la hipoteca. 1.2. Calificación registral. 1.3. Imprecisa aplicación del supuesto de consolidación.* 2. Caducidad de hipoteca ¿extinción de inscripción o del derecho?: *2.1. Antecedentes de la norma. 2.2. Caducidad de la inscripción y/o del derecho. 2.3. Supuestos especiales. 2.4. Aplicación a otros registros. 2.5. Renovación. 2.6. Supuesto especial: garantías a favor de entidades del sistema financiero. 2.7. Otros supuestos de extinción.*—CONCLUSIONES.—REFERENCIAS.

INTRODUCCIÓN

Cuando se estudia la figura de la hipoteca se puede realizar desde diferentes puntos de vista. Una perspectiva es la jurídica, desde la cual buscamos analizar la naturaleza de la hipoteca, tomándola como punto de referencia para reconstruir el régimen legal a partir de verificar cómo se constituye, sus vicisitudes, su ejecución y la extinción.

Una segunda perspectiva es la económica, la cual busca analizar la utilidad y el valor de la garantía. No es lo mismo otorgar un crédito sin garantía que uno con garantía, por lo que a pesar que sea imperceptible en los contratos de préstamo hipotecario la hipoteca tiene un valor económico.

Tome en cuenta que si formalizando en una relación crediticia tenemos que el costo de un bien es: en el cual (precio) varía dependiendo si quien vende es

el verdadero titular y cuanta aversión al riesgo tenga el comprador (1-r) donde por lo que tenemos:

A mayor riesgo tenga el acreedor, el precio disminuye, disminuyendo la eficiencia social.

Con la garantía hipotecaria disminuye el riesgo por parte de los acreedores, trasladándose el mismo a la tasa de interés.

Percatémonos entonces que la garantía sí tiene un efecto económico relevante en la contratación, siendo que a mayor escala permite una mayor circulación de recursos.

Vamos a iniciar el presente comentario brindando ciertos alcances sobre el costo del crédito en el Perú y la función económica de la garantía.

I. EL COSTO DEL CRÉDITO Y LA GARANTÍA HIPOTECARIA

1. El costo del crédito

Podemos entender como crédito la operación mediante la cual sujetos con recursos con excedentes trasladan fondos hacia agentes con recursos deficitarios, los cuales buscan financiar sus proyectos de consumo e inversión.

Evidentemente dicho traslado de recursos tiene un costo, el cual aumenta o disminuye dependiendo de diferentes factores que vamos a proceder a analizar.

Datos que son importantes tomar en cuenta son que en los otorgamientos de crédito existe el problema de información asimétrica, dado que los que solicitan los préstamos tienen un mayor conocimiento del uso de los recursos que solicitan, a diferencia de los agentes que prestan toda vez que se enfrentan al riesgo de no recibir el retorno del préstamo.

Es por ello que en el sector bancario se evalúa el crédito, téngase en cuenta que por ejemplo trasladar recursos a sujetos que no tienen los medios para devolverlos, incentiva el sobre endeudamiento. En el caso de las empresas, de no evaluar los proyectos a los cuales será destinado el crédito se orientaría los recursos a proyectos con alta probabilidad de no ser rentables, lo cual conlleva una posibilidad alta de incumplimiento.

Ejemplo de falta de evaluación con efectos nocivos fue la que originó la crisis de 2007-2008 bajo la denominación de hipotecas basura, o la denominada burbuja inmobiliaria en diversos países europeos.

Es necesaria la evaluación: evidentemente sí. Una mayor seguridad de retorno disminuye el interés del crédito. Tome en cuenta, por ejemplo, las hipotecas otorgadas por los bancos con una tasa de interés del 12% al 14%, y un Título de Crédito Hipotecario Negociable (en adelante TCHN) que tiene tasas de 24 a 26%.

Es interesante brindar algunos alcances sobre nuestro mercado antes de ingresar al estudio de la garantía.

Vamos a indicar señalando que las principales características del mercado peruano de créditos —como lo señala la BCRP— son: mercado bimonetario, heterogéneo y segmentado (2002, 12).

Bimonetario dado que circulan 2 monedas principalmente: el sol y el dólar, los cuales tienen diferente tratamiento a la hora de aplicar intereses. Existe heterogeneidad en las tasas de interés activas, y diferente tratamiento a los segmentos que a continuación procederemos a describir.

En el estudio que realizó el BCRP sobre el Costo del Crédito en el Perú en el año 2002 se distinguen los siguientes segmentos (12):

a) Corporativo. Constituido por empresas domésticas con ventas anuales mayores a US $ 10 millones. Al tener acceso a los mercados de capitales interno y externo, tienen un alto poder de negociación frente a los bancos.

b) Mediana empresa. Conformado por compañías con ventas anuales entre US $ 1 millón y US $ 10 millones. El poder de negociación de este segmento es variable y depende del acceso que tengan al mercado de capitales doméstico.

c) Pequeña empresa. Integrado por prestatarios con ventas anuales menores a US $ 1 millón, que usualmente no tienen acceso al mercado de capitales.

d) Microfinanzas. Este segmento tiene dos componentes: (i) microempresas, que son personas naturales o jurídicas con un endeudamiento con el sistema financiero menor a US $ 30,000 o su equivalente en soles y demandan crédito para financiar actividades productivas, comerciales o de prestación de servicios; y (ii) personas de bajos ingresos que demandan crédito de consumo[1].

e) Crédito de consumo. Personas naturales de estratos de ingresos: alto y medio, que demandan créditos para atender el pago de bienes, servicios de uso personal o gastos no relacionados con una actividad empresarial. Incluye a los usuarios de tarjetas de crédito y préstamos personales.

f) Préstamos hipotecarios. Personas naturales que demandan crédito amparado en garantía hipotecaria, destinado a financiar la construcción o adquisición de viviendas propias.

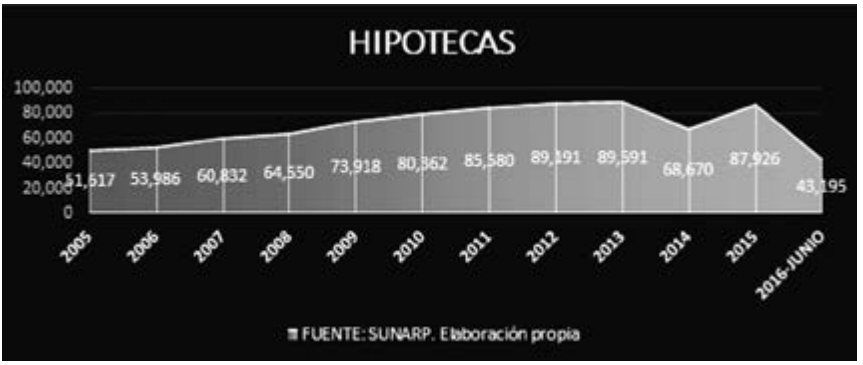
Esta segmentación es interesante toda vez que permite entender las relaciones económicas que se dan en el mercado, siendo previsible verificar por ejemplo que las tasas de interés y condiciones serán distintas dependiendo el sector en el que nos ubiquemos.

2. El mercado hipotecario

De una forma general podemos verificar el último rubro a través de las hipotecas que se constituyen en los Registros Públicos.

Si bien vamos a tomar como referencia los datos estadísticos proporcionados por la SUNARP, debemos indicar que estos no han sido debidamente detallados dado que se brinda solo el rubro hipotecas más no los actos que están contenidos[2].

Realizando una comparación entre los datos que brinda la misma institución respecto a las transferencias y el número de hipotecas, podemos esbozar como hipótesis que la cantidad referida como hipotecas es de actos de constitución.



Bajo dicha hipótesis podemos verificar que entre el año 2005 y 2013 ha existido un desarrollo estrictamente creciente siendo en este último año la cantidad de 89,191 inscripciones.

En el año 2014 existe una caída importante en la cantidad de inscripciones de hipotecas en un aproximado de 23%, recuperándose en el 2015.

Si bien la pendiente de crecimiento entre el 2013 y la proyección del 2016 comparado con la existente entre el 2005 y 2013 es menor, podemos a partir de los datos ofrecidos esbozar que se mantiene (Salvo en el año 2014).

Ahora bien, comparando las transferencias realizadas por SUNARP con el de hipotecas podemos verificar que la cantidad de transferencias es muy superior a la cantidad de hipotecas, siendo posible indicar que existen otros mercados aparte del hipotecario para garantizar las transferencias o se realiza el pago al contado. Téngase en cuenta que si no se ha pagado el íntegro del precio se genera una hipoteca legal.

Así por ejemplo en el año 2015 existieron 183,274 transferencias, y solo 87,926 hipotecas. En lo que va del año hasta junio se han inscrito 92,209 transferencias, sin embargo solo se habrían constituido 43,195.

En ambos casos podemos verificar que existe menos del 50% de hipotecas respecto a la cantidad de actos de transferencia.

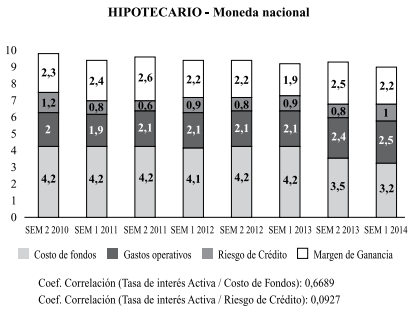
3. La garantía hipotecaria

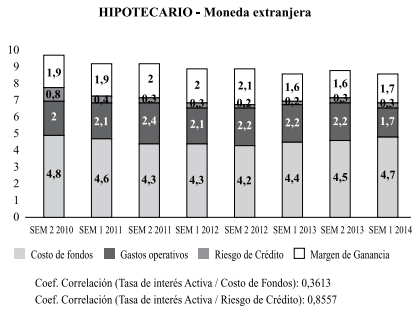
Actualmente el contenido económico de incentivo de circulación del crédito es lo más importante en el mercado hipotecario, debiendo tener un contenido jurídico (vinculación de bienes inmuebles a un crédito) claramente definido y reglas de ejecución sencillas y rápidas.

Ahora bien, remitámonos solo a lo primero: el segmento de crédito corporativo no son frecuentes el uso de garantías, debido a que las empresas de este segmento tienen mejor calificación de riesgo, mayores alternativas de financiamiento y, por lo tanto, mayor poder de negociación. De igual forma, en los segmentos de consumo y microfinanzas, las entidades crediticias usualmente no exigen garantías debido al reducido monto de las operaciones involucradas (Subgerencia de Análisis Financiero y del Mercado de Capitales, 2006, 15).

Entonces, las garantías son más frecuentes en el crédito de medianas y pequeñas empresas y en el denominado crédito hipotecario.

En el documento de trabajo del BCRP realizado por Choy, Costa y Churata (2015) se nos proporciona el siguiente cuadro en el sector Hogares (31):





Téngase en cuenta que se verifica en el Sector de Hogares una disminución en las tasas activas de interés por hechos como la compra de deuda entre entidades del sistema financiero, lo cual se ha traducido en competencia entre ellas.

Dado que existe menor concentración y creciente competencia, la tasa de interés disminuye y los márgenes de ganancia disminuyen para las entidades prestatarias.

II. APUNTES INICIALES SOBRE EL DERECHO ¿REAL? DE HIPOTECA

Si bien preguntas como ¿Cuánto es la tasa de interés en nuestro país y en la de otros países? ¿Por qué en el ámbito español, incluso en época de peor crisis

la tasa no pasó del 4% y en nuestro país en época de bonanza se promedió el 11%? ¿Qué efecto tiene el apalancamiento del crédito en el otorgamiento de hipotecas? son preguntas que derivan del apartado anterior y el derecho no necesariamente sea la materia que tenga todas las herramientas necesarias para poder absolverlas, sino que se tendrá que recurrir a otras áreas como la economía, estadística, entre otras.

A continuación vamos a responder otro tipo de preguntas: ¿Qué es la hipoteca y cuál es su esencia? ¿Es un derecho real? ¿Cómo se construye esta figura? ¿A quién debe privilegiarse: al acreedor o al deudor? ¿Qué son las hipotecas autónomas?

Vamos a absolver estas y otras dudas sobre esta figura post a fin de tener un enfoque lo más completo posible sobre la figura teniendo como instrumento esencial las resoluciones del Tribunal Registral.

En este sentido, iniciaremos con la pregunta del texto de CONSENTINO ¿L'poteca e un diritto reale?

El objetivo de absolver esta pregunta más que una abstracción sin sentido, busca brindar cimientos adecuados para la construcción de esta figura en nuestro ordenamiento.

Además debe tomarse en cuenta que dependiendo de su naturaleza pueden tener acceso o no a los Registros según lo dispuesto en el artículo 2019[3] de nuestro Código Civil, así como tener mecanismos de tutela distintos.

1. La hipoteca como derecho real

El libro V de nuestro Código Civil señala en su artículo 881[4] que son derechos reales los que se encuentran regulados ahí, cumpliendo dicho requisito la hipoteca según lo dispuesto en los artículos 1097 y siguientes.

La naturaleza real asumida en nuestra doctrina permite tantos cuestionamientos conforme vamos acercándonos a la regulación de las instituciones. Así pues, puede verificarse que ciertas figuras que se reconocen en nuestro ordenamiento como derechos reales, son en realidad notoriamente obligacionales. Ejemplo de ello lo encontramos en la multipropiedad.

Nuestro ordenamiento mediante Decreto Legislativo núm. 706 la reguló asemejándola a la copropiedad, con lo cual quedaba sin discusión el cuestionamiento a su naturaleza de Derecho Real.

No obstante ello, al analizar la figura uno se percata que los multipropietarios en sí no son copropietarios, dado que ni fisiológicamente (facultades y poderes) ni patológicamente (tutelas) gozan de un derecho real, sino más bien de un crédito.

Entonces podemos esbozar que no necesariamente porque una norma señale que cierta figura es un derecho real, tiene dicha naturaleza aunque se la trate como tal.

Esto se puede verificar dado que hay figuras que en determinados países son consideradas como derechos reales y en otros países no.

2. Naturaleza jurídica de la hipoteca

Antes de hacer el análisis sobre qué es la hipoteca en nuestro ordenamiento, requerimos hacer un recorrido básico sobre los diferentes enfoques de esta figura.

BÜCHEL se acercaba a las garantías como *«obligatio rei in securitatem crediti»* mediante la cual las garantías *«Pfandenrechts»* se las asimila a la obligación: es decir la propia cosa es la «obligada», por lo que existiría un derecho sobre el crédito *«dingliches Forderungsrecht»*[5]. En este caso, la hipoteca tendría como objeto «responsable» a la propia cosa, lo cual parte de una posición eminentemente realista.

MEIBOM (1971) varios años después traslada la carga de responsabilidad de la cosa al propietario del bien en caso de incumplimiento del deudor («[…] *gegen den jeweiligen Eigenthümer* […]») (5).

Siguiendo a MEIBOM debe tenerse en cuenta que en esa época ya existía el registro en Alemania y el principio de especialidad y el de publicidad brindaban seguridad al acreedor (*Gläubiger*) hipotecario (42)[6].

Esto es importante dado que se va dejando de lado la posición realista inicial, fundamentándose en las relaciones obligatorias entre privados, con la precisión que fuente de dichas relaciones será la relación de pertenencia que tenga el propietario del bien afectado.

Ahora bien, si bien SINTENIS (1836) inicia abordando a la garantía como *«dingliches Forderunsrecht»,* es importante el aporte por el cual señala que las garantías generan obligaciones lo cual fue recogido en nuestro medio como la doctrina de las «obligaciones *propter rem*» (7)[7].

De otro lado, se hace en esa época la distinción entre *«Schuld»* (deber) y *«Haftung»* (Responsabilidad), siendo enfocadas las garantías por BRINZ (1879) en función de la responsabilidad *(Haftung)* (1-3).

Siguiendo dicha posición, HERMANN YSAY (1904) señala que tanto en la hipoteca, como en las garantías en general, hay una responsabilidad de la cosa. En caso que el titular del bien —no deudor— desee liberar su bien de responsabilidad, realizará el pago para satisfacer el crédito del acreedor (206-207).

Posteriormente, GIERKE (1905) si bien define a las garantías como *«dingliches Rechte»,* señala que en su contenido se construye lo que denomina *«Sachhaftung»* (Responsabilidad por la cosa) (851).

No obstante, ello, GIERKE critica las posiciones que otorgan a la cosa responsabilidad por la deuda, toda vez que la cosa no responde, lo que es distinto a que sea un mecanismo de atribución de responsabilidad.

Así pues el constituyente de la garantía «asume» responsabilidad extendiéndose al valor del bien gravado. Es por esta razón que en esta construcción GIERKE (1905) señala que en las garantías existe *«persönliche Schuld»* y al lado de la misma existe *«dingliche Schuld»* (852-853).

Posteriormente, lo cual se difunde actualmente por BINDER (1912), es aproximar a la hipoteca como aprovechamiento o realización de valor *(«Wervertungsrecht»)*[8], lo cual puede ser analizado tanto en una etapa fisiológica como en la patológica (245).

En la etapa fisiológica, como «derecho a un valor específico» (MOSCHELLA, 1938, 170) sobre el bien hipotecado. En la etapa patológica, en cambio, como derecho de realización en concreto da lugar a que se trate de dejar de lado tanto las posiciones realistas como las obligacionistas, enfocándolo desde una perspectiva procesal (CARNELUTTI, 1939, 3 y 4). Este enfoque se centrará en la etapa de ejecución como medio de realización.

Existirán también los eclécticos que dirán que la hipoteca es de naturaleza mixta o intermedia (CONSENTINO, 1964, 157-160), como situación jurídica con doble estatus: real y obligacional (HECK, 1960, 313 y 314).

3. ¿Qué dice nuestro ordenamiento?

Nuestro ordenamiento ubica a la hipoteca dentro del libro de derechos reales, sin embargo cuando revisamos las características de un derecho real podemos encontrar algunos escollos.

Un derecho real tiene como característica su inmediatividad (GIORGIO, 1909, 9), lo cual se traduce en que existe un vínculo directo entre la cosa y el sujeto, generándose una relación jurídica (GIERKE, 1905, 187-188); a diferencia de los denominados derechos de crédito que el vínculo inmediato es con los sujetos.

Ejemplo de ello lo tenemos en el derecho de propiedad, la posesión, el usufructo, entre otros. El titular a partir del vínculo jurídico tiene una relación directa con el bien, lo cual le permite en caso de, por ejemplo, afectación de su derecho tener tutelas como los interdictos, reivindicación entre otros.

¿La hipoteca tiene inmediatez? ¿El acreedor hipotecario tiene un derecho a la cosa? En ninguna de las posiciones antes expuestas se señala ello, y tampoco en nuestro ordenamiento.

La hipoteca garantiza el pago del crédito en una situación patológica de incumplimiento, sin embargo esto no genera que el acreedor tenga un vínculo directo con el bien: el acreedor no puede usar, disfrutar el bien, y el poder de disposición no lo realiza él sobre el bien como titular sino como facultado.

Dado que este obstáculo no permite a la hipoteca ser considerada como un derecho real, se utiliza la figura de la inherencia[9], es decir la posibilidad de afectar el bien sin importar quien sea el titular.

Véase entonces la definición de nuestro Código Civil:

> Artículo 1097.—Por la hipoteca se afecta un inmueble en garantía del cumplimiento de cualquier obligación, propia o de un tercero.

La garantía no determina la desposesión y otorga al acreedor los derechos de persecución, preferencia y venta judicial del bien hipotecado.

Cuando se garantiza un crédito, el bien que se afecta puede circular, es decir que el titular puede transferirlo; sin embargo, los adquirentes «asumirán» la responsabilidad por ser adquirentes del bien gravado, incluso sin ser los deudores.

Lo que puede ser una construcción satisfactoria para ubicar a la Hipoteca dentro de los derechos reales, puede abrir las puertas a otras situaciones con efectos similares.

Existen otros actos de afectación patrimonial que gozan de la inherencia: la acción pauliana, las medidas cautelares, las cargas técnicas, entre otros.

¿Por el hecho de que tienen inherencia, deberán considerárseles también derechos reales? Evidentemente no.

Por esta razón compartimos lo señalado por PUGLIESE (1964) cuando señala que la inherencia no determina la calidad de derecho real, solo tiene un carácter real (772).

Esta afirmación abre la posibilidad del reestudio de los derechos reales en nuestro ordenamiento: No solo existen derechos reales y personales, sino que también existen efectos reales y efectos personales.

Así pues existirán derechos reales que tendrán efectos obligacionales (Obligaciones *Propter Rem*), derechos obligacionales que tendrán efectos reales, coexistirán efectos reales y personales, y habrán nuevas situaciones jurídicas que no entran en estas clasificaciones.

Por tanto:

Si bien la hipoteca en nuestro ordenamiento es regulada como derecho real, no se configura como tal, y al no tener inmediatez recurre a la figura de la inherencia.

La inherencia no es solo característica de las garantías, sino que se extiende a otras figuras, lo cual no deriva necesariamente en considerarlas a estas como derechos reales.

III. LA CONSTITUCIÓN DEL NEGOCIO JURÍDICO HIPOTECARIO ¿INSCRIPCIÓN CONSTITUTIVA?

Para conocer cualquier régimen de garantías es importante conocer el momento de su constitución, su eficacia (relativa o plena) y su grado de oponibilidad.

En el ámbito del primer momento, en nuestro ordenamiento se afirma de forma recurrente que la hipoteca «nace» en el Registro, o en términos registrales, que la hipoteca es un ejemplo de inscripción constitutiva.

El fundamento para señalar ello se encontraría en el numeral 3 del artículo 1099 el cual menciona como requisito de validez de la hipoteca que «(…) se inscriba en el Registro de la Propiedad inmueble».

Una lectura limitada y superficial del tema nos puede llevar a equívocos en su interpretación, por lo que proponemos ampliar la lectura de este dispositivo no solo en los términos del libro de derechos reales, sino ampliar su estudio sistemático a lo regulado en el libro II de negocio jurídico (o «acto jurídico) y el libro IX sobre derecho registral.

Para fundamentar ello debemos empezar este breve comentario señalando que las garantías reales son efectos jurídicos que se originan de un negocio jurídico unilateral[10] o bilateral, por lo que los requisitos de validez deberán verificarse conjuntamente con los elementos de cualquier negocio jurídico.

1. La formalidad como elemento del negocio jurídico

Entre los elementos de validez del negocio jurídico tenemos a la manifestación de voluntad, a las partes, al objeto, al fin, y en algunos casos a la formalidad.

El artículo 143 del Código Civil nos indica que en los negocios jurídicos, salvo que una norma expresa no indique lo contrario, la formalidad es libre:

> Artículo 143.—Cuando la ley no designe una forma específica para un acto jurídico, los interesados pueden usar la que juzguen conveniente.

Ejemplo de ello lo encontramos en el artículo 949 del Código Civil:

> «La sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario».

Es decir al momento de celebrar un contrato de compraventa, para la validez del mismo, no es necesario que se formalice por escritura pública, bastando solo el mero consenso[11].

Ahora bien, en caso que las partes o la norma señalen que debe celebrarse un negocio con cierta formalidad, pero que no sancione con nulidad su inobservancia, simplemente dicha formalidad será un medio de prueba, más no un requisito de validez.

Ejemplo de ello lo tenemos en el artículo 1098 del Código Civil:

> Artículo 1098.—La hipoteca se constituye por escritura pública, salvo disposición diferente de la ley.

En este caso (obviando lo que señala el 1099) este dispositivo señala que la hipoteca se constituye por escritura pública, pero no sanciona con nulidad su inobservancia, por lo que puede ser celebrado dicho negocio con una formalidad menor.

Finalmente, en los casos en los cuales la norma sancione con nulidad la inobservancia de la formalidad, y no se cumpla con ello, el contrato será inválido.

El dispositivo normativo que recoge esto indica:

> Artículo 144.—Cuando la ley impone una forma y no sanciona con nulidad su inobservancia, constituye solo un medio de prueba de la existencia del acto.

Ejemplo de ello lo podemos encontrar en el artículo 1625 que sanciona con nulidad la celebración de contratos de donación cuando no sean celebrados por escritura pública[12].

Con fines didácticos, estableceremos diversos escalafones de formalidad, siendo el menor el de documento privado, luego uno mayor el de escritura pública, y finalmente el de inscripción en registros públicos.

2. Formalización a escritura pública

Imaginemos que A celebra un contrato de compraventa con B por documento privado. De otro lado A' celebra un contrato de donación con B' por documento privado.

Dado que ya celebraron los contratos por documento privado, deciden formalizarlo elevándolo a escritura pública. Para ello asisten a la notaría A y A', sin embargo tanto B como B' no suscriben la escritura. ¿Qué pueden hacer A y A' en el presente caso?

Probablemente a partir del artículo 1412 del Código Civil se les sugerirá compeler para su elevación a escritura pública:

> Artículo 1412: Si por mandato de la ley o por convenio debe otorgarse escritura pública o cumplirse otro requisito que no revista la forma solemne prescrita legalmente o la convenida por las partes por escrito bajo sanción de nulidad, estas pueden compelerse recíprocamente a llenar la formalidad requerida.

La pretensión se tramita como proceso sumarísimo, salvo que el título de cuya formalidad se trate tenga la calidad de ejecutivo, en cuyo caso se sigue el trámite del proceso correspondiente.

Ahora bien, ¿este artículo puede ser utilizado tanto por A y A'? En estricto dicho artículo solo podrá ser utilizado por A en el caso de la compraventa y no en el caso A' en el caso de la donación.

En el primer caso se estará en el supuesto de hecho de la norma, dado que el contrato de compraventa se entenderá válido incluso cuando consta en documento privado, por lo que el artículo 1412 será un instrumento para formalizar un contrato existente y válido.

En cambio, en el caso de A' la donación es un supuesto distinto. Según el artículo 1625 para que un contrato de donación de bienes inmuebles sea válido, debe ser formalizado por escritura pública bajo sanción de nulidad.

De esto se deduce que en nuestro escalafón de formalidades, si un contrato de donación de bienes inmuebles es celebrado solo por documento privado este será nulo, obteniendo la validez en el momento en que se eleve a escritura pública.

Esto es relevante para nuestro supuesto dado que al haber celebrado A' y B' un contrato de donación por documento privado, este es nulo por falta de formalidad, dado que es *ad solemnitatem*.

Esto no se soluciona con la aplicación del artículo 1412 del Código Sustantivo, dado que el mismo señala que se puede compeler siempre y cuando no revista la forma solemne, es decir que exista y sea válido. Este dispositivo normativo es de formalización, no de constitución de negocios jurídicos.

En resumen, solo se aplicará el artículo 1412 cuando el negocio jurídico ya es válido, y se desee compeler a la otra parte por una formalidad mayor la cual no es constitutiva del negocio.

3. La inscripción ¿constitutiva? de la hipoteca

Partamos, aunque no lo compartimos, de la siguiente premisa: La hipoteca es constitutiva. Por tanto el negocio jurídico hipotecario será válido, solo cuando se inscriba en el Registro.

Ahora, tengamos en cuenta el siguiente ejemplo:

X desea comprar el inmueble de Y, por lo que pide un préstamo a Z para adquirirlo, aceptando este (Z) siempre y cuando le otorgue una garantía inmobiliaria sobre el inmueble que respalde el crédito.

El día 1, X y Z celebran el contrato de garantía hipotecaria por documento privado (al día siguiente suscribirán la escritura pública), siendo que Z realiza el desembolso lo cual sirve para cancelar el precio de la compraventa a favor de X. En razón de ello, ese mismo día X e Y celebran por documento privado el contrato de compraventa.

El día 2, Z asiste a la notaría a firmar la escritura (previa minuta), pero X no asiste. ¿Qué medio podrá utilizar Z para compeler a X a suscribir la escritura pública del otorgamiento de escritura?

Toda vez que nuestra premisa fue que la inscripción era constitutiva, no podríamos aplicar el artículo 1412 dado que el documento privado de garantía sería nulo, aunque la transferencia de propiedad (de Y a X) es válida.

Bajo la premisa de la inscripción constitutiva, dicha garantía real voluntaria no existiría. ¿Pueden reinterpretarse dichos dispositivos normativos? Consideramos que sí.

4. El negocio jurídico de garantía hipotecaria

El artículo 1097 define a la hipoteca por su función de afectación a un inmueble, siendo está ubicada dentro del libro de los derechos reales[13], siendo entonces un efecto jurídico.

El artículo 1098 nos indica que la hipoteca constituye por escritura pública, salvo disposición diferente de la ley.

Tal cual lo indicamos en líneas anteriores, interpretando de forma conjunta este artículo con el 143 y 144 del Código Civil, la formalidad en este caso no es *ad solemnitatem,* por lo que es solo un medio de prueba.

Esto deriva en que en nuestro escalafón de formalidades, no es necesaria la escritura pública para la constitución de hipoteca, sino que puede otorgarse mediante, por ejemplo, documento privado.

Ahora bien, coexiste con este artículo el dispositivo normativo del Código Sustantivo 1099:

> Artículo 1099.—Son requisitos para la validez de la hipoteca:
> 1. Que afecte el bien el propietario o quien esté autorizado para ese efecto conforme a ley.
> 2. Que asegure el cumplimiento de una obligación determinada o determinable.
> 3. Que el gravamen sea de cantidad determinada o determinable y se inscriba en el registro de la propiedad inmueble.
>
> Toda vez que se indica que son requisitos de validez, tendrían que cumplirse para que se constituya el negocio jurídico hipotecario.

Sin embargo, analizando cada uno de los supuestos se verifica que solo el cumplimiento de la obligación y el gravamen determinado o determinable son requisitos de validez dado que atañen al objeto del negocio jurídico, mas no así el supuesto de que lo otorgue el propietario.

En nuestro ordenamiento, cuando un no propietario transfiere o afecta bienes que no son suyos (salvo los casos de las adquisiciones *a non domino*) la sanción no es la nulidad sino la ineficacia.

Esto es importante resaltar, dado que el legislador ha introducido dentro del dispositivo redactado 1099 no solo supuestos de invalidez, sino también de ineficacia.

En el caso específico de la constitución de hipoteca consideramos que la inscripción no es un supuesto de validez sino uno de eficacia real del negocio jurídico de hipoteca.

Entonces tendríamos que el negocio jurídico de garantía hipotecaria se constituirá mediante formalidad libre. Una vez constituido generará solo efectos obligacionales.

En el caso propuesto, dado que sería válida la hipoteca celebrada por documento privado, sería obligación del deudor hipotecario formalizar dicho contrato, y en caso de incumplimiento el acreedor tendría como sustento jurídico al artículo 1412 para compeler a dicha formalización.

Una vez elevado el contrato a escritura pública, se solicitará la inscripción para que se generen los efectos reales.

5. Elementos de validez y eficacia de la hipoteca

Tal cual lo hemos señalado entonces, la hipoteca tiene en el Registro un requisito de eficacia real, corresponde entonces analizar los demás elementos y requisitos del negocio jurídico hipotecario.

> Artículo 1099.—Son requisitos para la validez de la hipoteca:
> 1. Que afecte el bien el propietario o quien esté autorizado para ese efecto conforme a ley.
> 2. Que asegure el cumplimiento de una obligación determinada o determinable.
> 3. Que el gravamen sea de cantidad determinada o determinable (…).

5.1. Legitimación

La legitimación es uno de los requisitos que tienen las partes dentro de la configuración del negocio jurídico, el cual en el ámbito hipotecario se ha descrito como la exigencia de que sea el titular del derecho de propiedad quien realice el acto de afectación del bien a una deuda.

Ahora bien, ¿qué sucede en los casos en los cuales el acreedor hipotecario no sea plenamente identificado? Evidentemente el negocio es ineficaz.

Ahora bien, dado que existe el registro público y en este dado la existencia del principio de especialidad o determinación subjetiva generalmente se va a identificar plenamente al propietario y este va a gozar de legitimación.

No obstante, ello, podemos encontrar patologías cuando los titulares son un patrimonio autónomo, toda vez las inexactitudes registrales que se presentan en la actualidad cuando figura una persona en el Registro como propietario en calidad de soltera, cuando en realidad es casado.

Nos encontramos entonces, en el ámbito registral en supuestos de apariencia jurídica que emite el Registro, e ineficacia registral en el ámbito civil.

Debemos iniciar comentando entonces que no existe impedimento de rectificación de la inexactitud registral:

> PRECEDENTE VI.2.—PROCEDENCIA DE RECTIFICACIÓN
>
> «La existencia de una hipoteca no es obstáculo para la rectificación del estado civil del constituyente de dicha garantía». (6° Pleno del Tribunal Registral, 7 y 8 de noviembre de 2003)[14]

Aunque en sede registral la casuística va un poco más allá.

La Resolución núm. 618-2011-SUNARP-TR-L de 5 de mayo de 2011 estableció que:

> *«CONDICIÓN DE ACREENCIA BAJO RÉGIMEN DE SOCIEDAD DE GANANCIALES*
>
> *Cuando el acreedor en una hipoteca es de estado civil casado bajo el régimen de sociedad de gananciales, se presume que la acreencia es bien social, salvo que se pruebe lo contrario».*

Ahora bien, se precisó que si bien no era necesaria la intervención del cónyuge del acreedor, sí lo era de su identificación en un caso mediante declaración jurada:

> «(…) Conviene precisar que para constituir una hipoteca, no es necesaria la intervención del acreedor hipotecario, entonces menos aún será la intervención del cónyuge de este. Lo que si es necesario es la identificación del acreedor hipotecario, a efectos de que en el asiento aparezca la designación de la persona a cuyo favor se extiende la inscripción. Por lo tanto, deberá consignarse en el asiento de constitución de la hipoteca que la acreedora es la sociedad conyugal.
>
> Por ello, se requiere presentación de *declaración jurada formulada por la acreedora*, en la que indique el nombre de su cónyuge y su documento de identidad».

Y en otro, mediante copia certificada de la partida de matrimonio:

> «(…) Estando al hecho de que la acreedora es la sociedad conyugal, quien en su oportunidad debe efectuar el levantamiento de la garantía, es preciso que en asiento registral aparezca el nombre del cónyuge de

> la Sra. Freundt, para lo cual deberá adjuntar *copia certificada de su partida de matrimonio*» (SUNARP, Resolución 033-2005).

La posición de los vocales relativizaba la exigencia de los documentos a exigirse como en el caso de la Vocal(s) Andrea GOTUZZO:

> «¿Por qué en la Escritura Pública sí se cree la simple declaración de uno de los cónyuges y cuando no aparece esta declaración se solicita la presentación de la partida de matrimonio? Considero que también se debería admitir la sola declaración jurada».

En virtud de ello se dio como criterio el siguiente acuerdo:

> ACUERDO XCIII 7.—CONSTITUCIÓN DE HIPOTECA
> «En caso no se consigne en la escritura pública el nombre del cónyuge del acreedor, se observará exigiendo la presentación de declaración jurada con firma certificada o la partida de matrimonio» (93° Pleno del Tribunal Registral, 2 y 3 de agosto de 2012).

Dicho criterio en la práctica ha sido útil, no obstante ello se identificaron en el fondo problemas que se dejaron para una discusión posterior.

El Vocal Rolando ACOSTA manifestó que:

> «¿Qué sucede cuándo existe una hipoteca constituida a favor de ambos cónyuges y el acreedor efectúa el pago solo a uno de ellos? ¿Debemos tener por extinguida la obligación y levantar la hipoteca?».

La Vocal (s) Andrea GOTUZZO indicó que:

> «El acreedor no es solo uno de los cónyuges, sino la sociedad conyugal, por lo que la declaración de la extinción debe provenir de ambos cónyuges».

Finalmente la Vocal Martha SILVA refirió:

> «Entonces, si conforme a la normativa que rige el pago, la obligación se extingue por el pago a uno de los cónyuges, ese cónyuge puede levantar la hipoteca, conforme al primer párrafo del artículo 85 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios».

Consideramos no obstante lo mencionado, que el pago debe realizarse a ambos, lo cual se puede verificar cuando en el contrato se coloca el número de cuenta a la cuál debe realizarse el depósito, o cumpliendo su prestación tal

cual se determinó en el contrato. Caso contrario, si no se puede determinar ello, deberá realizarse el pago por consignación.

No obstante lo antes mencionado, el levantamiento deberán realizarlo ambos cónyuges, salvo delegación de uno al otro.

5.2. El objeto y fin hipotecario y coligación contractual

Si estudiamos un contrato de garantía inmobiliaria, leasing financiero entre otros nos vamos a percatar que en la realidad estamos frente a 2 o más negocio jurídicos que se encuentran vinculados.

En el caso de la garantía inmobiliaria, por lo menos en su construcción básica, esta depende del contrato de mutuo al cual garantiza. Percátese entonces que el negocio jurídico de garantía está vinculada al mutuo en función de su finalidad, siendo esta de tipo unilateral, es decir la garantía depende del contrato de mutuo, más no al revés por su finalidad.

Otro tipo de vinculación, esta vez en función del objeto, lo encontramos en el contrato de Leasing en el cual se encuentra primero un contrato de arrendamiento y posteriormente el contrato de opción de compra.

Estamos frente a los denominados contratos conexos o coligados, los cuales en la realidad tienen cada vez mayor importancia por su complejidad, y que pueden buscar su publicidad en sede registral.

No obstante ello, las normas registrales contienen normas poco precisas sobre este tema, y lo que se hace es extender la figura de los denominados títulos conexos.

En ese sentido, vamos a analizar la figura de los títulos conexos, para luego introducirnos en el estudio de los objetos que se verifican en el negocio hipotecario.

5.2.1. Sobre los títulos conexos

Nuestro Reglamento General de los Registros Públicos ha recogido en su artículo 5 la definición de títulos conexos como:

> «(…) *aquellos presentados al Registro, sea con uno o más asientos de presentación, siempre que estén referidos a la misma partida o asunto y sean compatibles*».

Según esta definición entendemos que los elementos básicos son:

a) Existan 1 o más asientos de presentación.
b) Que se encuentren presentados al Registro.

c) Sean compatibles
d) Referidos a la misma partida o al mismo asunto.

Esto se vincula con el artículo 47 del Reglamento el cual señala:

> «(…) Solo se calificarán conjuntamente los títulos conexos ingresados con distintos asientos de presentación, cuando:
> a) Lo soliciten el o los presentantes; b) Se encuentre pagada la totalidad de los derechos registrales requeridos para su inscripción; c) El título presentado en segundo lugar contenga el acto previo que posibilite la inscripción del título presentado en primer lugar, siempre que dicho acto preexista a la fecha de presentación del primer título; d) No existan títulos intermedios incompatibles (…)»[15].

a) Existan 1 o más asientos de presentación

Téngase en cuenta que el dispositivo normativo es poco preciso de contenido, siendo que entendemos que se está refiriendo a títulos materiales más que a títulos formales, dado que estos últimos se verifican en el extremo de que abran 1 o más asientos de presentación.

Ahora bien, si existen en un solo título formal, debe tener en cuenta la diferencia entre los denominados contratos complejos pero dentro de un mismo tipo contractual y contratos coligados.

Nos referimos que por ejemplo un contrato puede tener diferentes prestaciones pero estas no implica que nos encontremos frente a un contrato coligado, dado que existe un solo contrato.

No obstante ello, dicho contrato complejo dado que puede contener una serie de actos, puede dar lugar a la generación de diversos asientos, por lo que puede dar lugar a conexidad de actos de inscripción.

Esto ha sido vinculado normalmente a la necesidad de inscribir actos previos en la presentación de diversos títulos.

En las resoluciones del Tribunal se tiene este criterio, dado que para la calificación de títulos conexos el título presentado debe contener el acto previo que posibilite la inscripción del título presentado en primer lugar.

Esta situación no existió en Resolución núm. 382-2012-SUNARP-TR-A en la cual se solicitó la inscripción del acto de traslación de dominio por sucesión intestada y compraventa con independización de los sub lotes 2 y 3 inscritos en la ficha 12204 del Registro de Predios de Juliaca.

Así pues debido a que el título presentado en segundo lugar (15400 de 7 de junio de 2012) no contiene acto previo que posibilite la inscripción del primero. Si bien en el título 15400-2012 se solicitó la inscripción de la numeración y acumula-

ción de los lotes 2 y 3, esta se iba a realizar conjuntamente con los lotes 1 y 1-A, por lo que se declaró improcedente la solicitud de calificación de títulos conexos.

Otro ejemplo similar lo encontramos en la Resolución núm. 394-2012-SUNARP-TR-A en la cual se solicitó la inscripción de la acumulación de los predios signados como sub lote 1, 2, 3 y A, ubicado en el distrito de Juliaca, predios inscritos en las partidas 05005203, 05004271 y 11098972 del Registro de Predios de la Oficina Registral de Juliaca.

El Tribunal determinó que el título presentado en segundo lugar (2012-15400 de 7 de junio de 2012) no contenía el acto previo que posibilitaría la inscripción del primero.

Si bien en el título 2012-15400 solicitó la inscripción de la numeración, y este de acuerdo al apelante constituiría el acto previo para que se proceda a inscribir la transferencia presentada en el título 2012-11489, es cierto también, que este acto de transferencia constituye acto previo para que proceda la acumulación.

Según el Tribunal la inscripción de la acumulación no constituye acto previo, ello por cuanto de acuerdo al certificado de numeración adjuntado, este acto operaba una vez que proceda la inscripción de la acumulación, ya que en el mismo certificado se identifica al predio acumulado sub lote 1, 2, 3 y A por lo que resulta no estaríamos en un supuesto de títulos conexos.

De igual forma en la Resolución núm. 146-2009-SUNARP-TR-L mediante la cual se solicitó la inscripción de la compraventa de un área de 75.00 m^2, correspondiendo al sub lote 1A 1 de la manzana R2, Sector 1, del Asentamiento Humano Julio C. TELLO, del distrito de Lurín.

El Tribunal indicó encontrándose pendiente la inscripción del título núm. 456315 del 14/7/2008, que contenía como acto solicitado la compraventa del área de 106.02 m^2, cuya desmembración se solicita mediante el título ingresado con el núm. 678366 del 10/10/2006; es que debe señalarse que no resultan ambos títulos incompatibles, sino más bien que el título posterior ingresado bajo el asiento núm. 678366, contiene el acto previo de inscripción del título núm. 456315. En tal sentido, el Registrador no debió suspender la vigencia del asiento del título núm. 678366 dado que eran conexos.

Un supuesto particular de no existencia de acto previo, pero sí de acto necesario lo encontramos en la Resolución núm. 153-2011-SUNARP-TR-T en la cual el señor QUIROZ solicitó la inscripción de la compraventa del predio de 4,020.00 m^2 inscrito en la partida 11005544.

Presentó el usuario el traslado instrumental de la escritura pública de compraventa del 21.8.1996 otorgada por la Municipalidad Distrital de Pacasmayo a favor de Empleados Bancarios de Pacasmayo. El Tribunal determinó que el título 2010-2313 contenía un acto que si bien no es previo sí resultaba necesario para la inscripción del título 2010-2136, puesto que contenía la ratificación de la compraventa ineficaz.

b) Que se encuentren presentados al Registro

Cuando se refiere presentados implica que no exista aún inscripción de ninguno de ellos, dado que caso contrario estaríamos en un supuesto de calificación simple.

Verifíquese esto en la Resolución núm. 205-2006-SUNARP-TR-A mediante el cual se solicitó la inscripción de la compraventa de derechos que efectúan Pedro CERVANTES NÚÑEZ, Gerald Pedro CERVANTES LACO y Milward CERVANTES LAZO, a favor de Juan DE LA CRUZ QUICAÑO ALMANZA, respecto de los derechos de las cuales son propietarios en los predios registrados en las partidas: 928680, 931299, 914201, 928699 y 928765.

El Tribunal determinó que el título bajo análisis (2006-47650) presentado el 19 de julio de 2006 era conexo con el título ya inscrito 2006-50295, no es incompatible, pero que sin embargo no era aplicable el artículo 47 del RGRP, pues este numeral regula la calificación simultánea o conjunta de ambos, lo que en este caso ya no puede darse pues el título 2006-50295 ya había sido inscrito.

c) Sean compatibles

Con compatibilidad nos referimos a que 2 o más actos puedan coexistir en una misma partida, la ausencia del mismo impide la formación de títulos conexos.

Ejemplo de ello lo encontramos en la Resolución núm. 040-2007-SUNARP-TR-A en la cual se solicita la inscripción de la elección de los consejos directivos elegidos en asamblea general del 11 de noviembre de 2006 convocada judicialmente de la Cooperativa de Servicios de Transporte Interprovincial de Carga «Arequipa».

El Registrador observó señalando 1) según antecedentes aparece tramitado con anterioridad al presente los títulos identificados con el núm. 74627-2006 y 74803-2006, en calidad de observados, 2) el título 74803-2006, se trata del mismo acto jurídico solicitado en el presente, por consiguiente, se suspende la vigencia del asiento de presentación.

El Tribunal consideró que el título 74803-2006 resulta incompatible con el título 74627-2006, ya que al efectuar convocatoria judicial de la asamblea del 11 de noviembre de 2006, con posterioridad a los directivos registrados (periodo 2002-2003), no ha existido nueva elección. Sin embargo, la asamblea del 23 de octubre de 2006, pretendía reconocer la existencia de directivos elegidos para los periodos 2003-2004 y 2004-2005; incluso se sostiene que los directivos del 2004-2005 continuaron en funciones en los periodos 2005-2006 y 2006-2007; siendo así, los títulos presentados resultan incompatibles.

Otro ejemplo de incompatibilidad lo encontramos en la Resolución núm. 037-2007-SUNARP-TR-A mediante la cual se solicitó la inscripción de la elección de los consejos directivos elegidos en asamblea general del 11 de noviembre de 2006 convocada judicialmente de la Cooperativa de Servicios de Transporte Interprovincial de Carga «Arequipa». El registrador observó que se había tramitado con anterioridad el título 74627-2006 y que estaba en estado observado. El Tribunal Registral señaló que los títulos presentados eran incompatibles.

También se planteó incompatibilidad en la Resolución núm. 038-2007-SUNARP-TR-A mediante el cual se solicitó la adecuación de estatutos al D.S. núm. 074-90-TR y la «regularización» consejos directivos acordada en Asamblea General del 23 de octubre de 2006 de la Cooperativa de Servicios de Transporte Interprovincial de Carga «Arequipa».

Se observó de los documentos presentados que el título que contenía el acuerdo de asamblea de regularización de consejos directivos resulta incompatible con el título que contiene la convocatoria judicial efectuada bajo el supuesto que con posterioridad a los directivos inscritos no hubo elecciones; por tanto, la eventual inscripción del primero determinaría la imposibilidad de la inscripción del segundo.

d) Referidos a la misma partida o al mismo asunto

Ahora bien, se señala que tienen que estar referidos a la misma partida, con lo cual no abarca necesariamente los supuestos de contratos coligados, sino por ejemplo los actos que están contenidos dentro de una misma partida, por ejemplo la inscripción de una declaratoria de Fábrica y la Constitución de Reglamento Interno e independización.

Ahora bien, el artículo 20 del Reglamento General señala que:

> «*Se podrán presentar simultáneamente títulos conexos referidos a registros de distinta naturaleza, siempre que estos sean de competencia de la misma Oficina Registral, en cuyo caso se extenderá un solo asiento de presentación. La Jefatura de cada Oficina Registral dictará las normas necesarias para la aplicación de lo dispuesto en el párrafo anterior*».

Dicho dispositivo es interesante dada la apertura de no restringir a solo un registro, sino que pueda vincular varios registros. Lamentablemente no existe hasta el momento reglamento preciso sobre ello.

De otro lado la referencia a que se refieran al «mismo asunto» es el caso de los denominados conexos aunque no haya sido abordado de forma consistente en sede registral.

La amplitud que tienen estos contratos conexos parte de lo que los alemanes denominaron *wirtschäfteliche Einheit* (unidad económica) y lo encontramos recogidos en el § 358 (3) BGB.

Mencionemos pues los casos de préstamos de colaboración (Mitwirking) de un proveedor en las tratativas (Vorbereitung des Verbraucherdarlehensvertrag) o en la conclusión (Abschluss des Verbraucherdarlehensvertrag) de un contrato de crédito.

Estos contratos si bien tiene limitaciones en sede registral (no todo se inscribe), es pues necesaria su regulación, la cual no ha sido abordada hasta el momento, siendo insuficiente la regulación de los títulos conexos.

5.2.2. El contrato coligado de garantía hipotecaria

Tal como hemos adelantado cuando se realiza un negocio jurídico hipotecario en la operación económica no solo existe este, sino que se encuentra vinculado (generalmente) a otro denominado obligacional o principal el cual también ingresa al Registro, aunque como vamos a analizar, su calificación es mínima.

Ello lo podemos verificar en nuestro Código Sustantivo:

> Artículo 1099.—Son requisitos para la validez de la hipoteca:
> (…)
> 2. Que asegure el cumplimiento de una obligación determinada o determinable.
> 3. Que el gravamen sea de cantidad determinada o determinable (…).

Respecto a la relación obligacional, el Tribunal Registral ha señalado que el Registrador no puede cuestionar la inexistencia ni la invalidez del negocio jurídico.

> PRECEDENTE XII.7.—ASPECTOS DE CALIFICACIÓN DE LA OBLIGACIÓN GARANTIZADA CON HIPOTECA
>
> «No corresponde al Registrador verificar la existencia ni la validez de la obligación cuyo cumplimiento pretende asegurar, sino únicamente la constatación de que en el acto constitutivo de la hipoteca se ha enunciado al acreedor, al deudor y a la prestación. En cuanto a la prestación, esta deberá ser determinada o determinable» (12° Pleno del Tribunal Registral, 4 y 5 de agosto 2005)[16].

Dado que la relación obligatoria no es sujeto de inscripción por el artículo 2019 del Código Civil, se ha considerado que solo debe tomarse en consideración los datos del acreedor, deudor y prestación.

Tomando en consideración lo señalado respecto a los contratos coligados, siendo que el negocio obligacional afecta la garantía (mutuo pasible de nulidad, tiene como efecto en general la ineficacia de la garantía), el Registrador en caso verificará supuestos de nulidades manifiestas en la relación obligatoria, debería denegar su inscripción.

Luego, en función del principio de determinación aparte de los datos del acreedor, deudor y prestación, deberá en este último caso se señale la fecha de vencimiento del crédito garantizado a fin de tenerlo en cuenta para el cómputo del plazo de caducidad.

> PRECEDENTE IV.5.—PLAZO DE CRÉDITO GARANTIZADO
>
> «La fecha de vencimiento del plazo de crédito garantizado y su modificación, tanto en el contrato de mutuo como en los demás actos y contratos de los que surjan obligaciones garantizadas por gravámenes inscritos, requerirán acceder al Registro en atención a las consecuencias registrales que el segundo párrafo del artículo 3° de la Ley núm. 26639 le otorga a dicho plazo» (4° Pleno del Tribunal Registral, 6 y 7 de junio de 2005)[17].

No obstante lo antes mencionado, sobre el objeto en el plano funcional de la relación obligatoria principal se ha realizado una evaluación más profunda.

Tenemos entonces que las obligaciones directas no son las únicas que pueden ser garantizadas sino también las que indirectamente figuran en el contrato:

> ACUERDO XCVIII.2.—OBLIGACIONES RESPALDADAS POR LA HIPOTECA
>
> «Cuando se pacta que la hipoteca garantiza las obligaciones directas o indirectas emanadas de un contrato, las obligaciones garantizadas son las expresadas en dicho contrato y las que puedan derivar de las normas legales aplicables al mismo, no requiriéndose acreditar el nacimiento de presuntas obligaciones futuras o eventuales no expresadas».

Esto se extiende a la distinción entre obligaciones determinadas o determinables. Las primeras entendidas como la exigencia que se brinden todos los elementos para identificar la obligación de forma clara.

En cambio, se define como determinable:

> ACUERDO VI.1.—DEFINICIÓN DE OBLIGACIÓN DETERMINABLE
>
> «Debe considerarse obligación determinable aquella que en algún momento, pueda concederse, por el deudor y los terceros, cuál es la obligación garantizada, y cual es su cuantía; lo cual puede lograrse haciendo referencia a una relación jurídica ya existente, a uno o más tipos

> materiales de los cuales puedan surgir las obligaciones, o las actividades habituales del acreedor, cuando estas vengan determinadas por Ley».

Esto se ha extendido incluso en el caso de las denominadas hipotecas sábanas, siendo ejemplo de ello la Resolución núm. 164-2006-SUNARP-TR-T en la cual se solicitó la inscripción de la hipoteca constituida hasta por US$ 10,349-36.

La hipoteca gravaba el predio de la señora Díaz, en garantía del cumplimiento de las obligaciones originadas por el contrato de servicios bancarios que ambas partes hayan celebrado o que celebren en el futuro, así como el cumplimiento de las obligaciones que adquiera la señora Díaz frente al Banco por operaciones de crédito directo e indirecto o de financiamiento, sea en moneda nacional o extranjera y en general de cualquier obligación asumida o por asumir frente al Banco.

El Registrador denegó tachando el título señalando que la hipoteca sábana que se pretendía constituir, la cual fue contemplada en el artículo 172 de la Ley 26702 modificada por Ley 27682 y esta a su vez por Ley 27851, fue derogada mediante Ley 28677. Por lo que de acuerdo a la base legal expuesta, se le requería determinar de manera expresa cuales son las deudas y obligaciones a garantizar.

El Tribunal Registral revocó la tacha señalando que el artículo 1099.2 del Código Civil no podía ser interpretado en el sentido de que contiene una exigencia ineludible para que la hipoteca, al momento de su inscripción, garantice un crédito y para que este crédito reúna todos los elementos que lo hacen determinado o determinable. Por lo que no es exigible que al momento de concertar el gravamen exista una relación jurídica material concreta entre deudor y acreedor.

La cláusula segunda, después de hacer referencia a las fuentes posibles de las obligaciones garantizadas culmina señalando que la hipoteca cobertura «…en general, cualquier deuda, obligación o responsabilidad (…), cualquiera sea su origen, sin reserva ni limitación alguna».

Entendió entonces el Tribunal que este pacto exigía una interpretación acorde a las fórmulas de determinabilidad. En caso se acogiera el sentido literal del convenio se anularía la libre determinación del hipotecante para establecer cuáles son las obligaciones cuyo incumplimiento desea garantizar, pues incluso deudas que jamás pensó o quiso que ingresaran en la cobertura (créditos aquilianos o reparación civil derivada de delito en agravio del Banco) estarían respaldadas con el gravamen.

A partir de ello se emitió el siguiente criterio:

> PRECEDENTE XXII.1.—CRITERIOS DE DETERMINABILIDAD DE LAS OBLIGACIONES GARANTIZADAS CON HIPOTECA
>
> «Toda hipoteca, inclusive las constituidas a favor de entidades del sistema financiero, debe garantizar obligaciones determinadas o determinables. Son admisibles como criterios mínimos de determinabilidad de las obligaciones, que se haga referencia a cualquiera de los siguientes:
>
> a) A una relación jurídica ya existente, futura o eventual, que se especifica en el título;

b) Uno o más tipos materiales de los cuales pueden surgir las obligaciones;

c) A actividades habituales del acreedor, cuando estas vengan determinadas por Ley». (22° Pleno del Tribunal Registral, 18, 19 y 20 de diciembre de 2006).

De otro lado, lo que sí debe calificarse es el gravamen de la garantía hipotecaria. A diferencia de la obligación que responde a la pregunta ¿Cuál es el valor del crédito garantizado?, ahora la pregunta es ¿hasta cuanto va a responder el inmueble?

Y este dato es importante en función del principio de determinación no solo para las partes, sino también para los terceros que deseen tener créditos respaldados con ulteriores hipotecas o en un mercado secundario:

> Código Civil artículo 1113.—No se puede renunciar a la facultad de gravar el bien con segunda y ulteriores hipotecas.

No obstante lo antes mencionado en sede registral han existido cuestionamientos sobre los montos de gravamen.

Por ejemplo en la Resolución núm. 115-2005-SUNARP-TR-T se solicitó la inscripción del bloqueo registral de la partida núm. 11002791 del Registro de Propiedad Inmueble-Libro de Concesiones para la Explotación de Servicios Públicos, con la finalidad de reservar la prioridad para la inscripción de la compraventa, hipoteca y levantamiento de hipoteca celebrados por Alimentos Marítimos S.A., Pesquera Maru S.A.C. y el Banco de Crédito del Perú.

Se observó y el Tribunal Registral confirmó la observación señalando que en la cláusula décimo primera de la minuta se fija como monto del gravamen la suma de US$382,500.00 más intereses, comisiones y gastos, siendo que estos últimos conceptos convierten en indeterminado dicho monto del gravamen.

Si se tomaba en cuenta la Resolución núm. 076-2005-SUNARP-TR-T esta Sala del Tribunal Registral se decidió que el monto del gravamen exige inexorablemente encontrarse determinado o ser determinable al momento mismo de la constitución de la garantía, para posibilitar a los terceros (destinatarios de su protección) conocer en todo momento el límite de la responsabilidad del bien gravado.

En razón de ello se emitió el siguiente precedente:

> PRECEDENTE L.7.—MONTO DEL GRAVAMEN HIPOTECARIO
>
> «El monto de la hipoteca debe ser expresado en forma numérica desde el momento de su inscripción. Dicho monto será determinado si es una suma fija claramente definida o especificada. Será determinable si se obtiene sobre la base de elementos objetivos o factores fijados por las partes, mediante simples operaciones aritméticas y sin necesidad

> de recurrir a acuerdos o convenios posteriores de aquellas» (50° Pleno del Tribunal Registral, 18 de junio de 2009)[18].

Téngase presente que se señalan simples operaciones aritméticas, no pudiéndose señalar en función de fórmulas matemáticas a partir de logaritmos, exponenciales u otras formas de determinación del monto.

Así tampoco se puede señalar que el monto será determinado de forma posterior mediante acuerdos.

IV. TIPOS DE NEGOCIOS JURÍDICOS HIPOTECARIOS

Existen diversas formas de clasificación de la garantía hipotecaria, en esta parte vamos a introducirnos en diferentes pronunciamientos del Tribunal Registral sobre las hipotecas unilaterales y el Título de Crédito Hipotecario Negociable (en adelante TCHN).

1. «Corsi y ricorsi» de la hipoteca unilateral

La historia pendular del filósofo napolitano Giambattista VICO puede graficar las marchas y contramarchas en la regulación de la denominada hipoteca unilateral.

Inicialmente era recurrente en el Tribunal Registral requerir la intervención del acreedor hipotecario para la constitución de la garantía. Así pues en la solicitud de inscripción de hipoteca unilateral por parte de Consorcio Pesquero Acuario S.A.C. (constituyente) el cual garantizó de forma unilateral a favor de EDPYME RAIZ (sin suscripción de este). Sin embargo mediante Resolución núm. 424-2004-SUNARP-TR-L de 9 de septiembre de 2004 se denegó dicha inscripción toda vez que la falta de aceptación por parte del acreedor no permitía la conclusión del contrato.

Dicha posición de tener como fuente solo al contrato como generador de afectaciones patrimoniales (V.g. garantías) tiene como uno de sus fundamentos lo señalado en la exposición de motivos que de forma reiterada menciona al *contrato de hipoteca:* «(…) De modo que el contrato de hipoteca que no estuviere inscrito no confiere al acreedor la garantía real hipotecaria, sino un título que sirve al acreedor hipotecario para obtener a través de la inscripción el derecho real de hipoteca» (Exposición de Motivos Oficiales del Código Civil, Hipoteca, 1990, 8-9).

Se verifica la posición cuando se indica en la Resolución:

> «HIPOTECA UNILATERAL Si bien constituye un requisito de validez de la hipoteca que el inmueble debe ser afectado por el pro-

> pietario o por quien esté autorizado para tal efecto, dicha norma *no constituye una fuente de relaciones jurídicas de carácter unilateral* a la que no se le reconozca limitación alguna para la creación de derechos, como ocurre en el caso de la fuente contractual. Por lo tanto, la hipoteca voluntaria deberá constituirse mediante contrato en el que intervenga el propietario del inmueble y el acreedor hipotecario»[19].

Ahora bien, posteriormente en el XII Pleno del Tribunal Registral (4 y 5 de agosto de 2005) se reconoció en el precedente núm. 6 la posibilidad de inscripción de la denominada Hipoteca Unilateral[20].

Ya habiéndose dispuesto la inscripción de la hipoteca unilateral, la duda surgía para el levantamiento. Siendo que se constituyó unilateralmente la hipoteca por el deudor ¿podía levantarse unilateralmente por el mismo? ¿Se requería el consentimiento del acreedor? ¿Podía este último levantarla unilateralmente?

Inicialmente en el XXXII PLENO del 3 y 4 de abril de 2008 se determinó que podía cancelarse la hipoteca unilateral por decisión del constituyente:

> «1. *CANCELACIÓN DE GARANTÍA UNILATERAL QUE NO HA SIDO ACEPTADA POR EL ACREEDOR*
>
> *«Procede la cancelación de una garantía unilateral en cualquier momento por la sola voluntad del constituyente, siempre que no conste en la partida registral la aceptación del acreedor».*

Pongamos un supuesto: El deudor constituye una garantía hipotecaria a favor de un acreedor que está fuera del país, a fin que le desembolse un crédito. Siendo que este último está en el extranjero no puede suscribir la garantía hipotecaria a su favor.

Basándose en el precedente del XII Pleno del Tribunal Registral antes mencionado, el acreedor tendrá confianza en que cuando el deudor constituya la hipoteca tendrá una garantía real, la cual le dará la tranquilidad de realizar el préstamo.

Debe tenerse en cuenta que se utiliza este mecanismo dado que el acreedor está fuera del país, y desea hacer circular el crédito con una garantía de por medio. Entonces, no podemos compartir la decisión del Tribunal Registral cuando señalaba que si no se hacía constar en la partida registral la aceptación del acreedor, esta se podía levantar unilateralmente por el deudor.

Es decir, una vez que el acreedor hipotecario desembolsó el crédito, el deudor obligacional puede solicitar el levantamiento de la hipoteca, siendo procedente su pedido. Si está aceptando el acreedor hipotecario la garantía unilateral, es porque no puede (o no desea) estar en el momento de la constitución de la hipoteca. Abrir la puerta a que el deudor pueda levantar la garantía, desincentiva al acreedor a desembolsar el crédito aunque exista una hipoteca unilateral, dado que siempre tendrá el temor que el mismo pueda levantarla.

En ese sentido, ante este escenario el acreedor hipotecario requerirá para realizar el desembolso conste su aceptación, lo cual deriva en la práctica al sin sentido de poder constituir una hipoteca unilateral, pero que en la práctica no tendría mayor utilidad.

Posteriormente este precedente se deja sin efecto por *el artículo 85 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios (Aprobado por Resolución núm. 248-2008-SUNARP/SN).*

Dicha norma vuelve su cauce a la normalidad «(…) En ningún caso la declaración unilateral del constituyente dará mérito para cancelar el asiento de una hipoteca, cualquiera sea el título o modalidad de constitución de esta».

Finalmente, dicho dispositivo normativo fue modificado por el artículo 118 del actual Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios aprobado mediante Resolución 097-2013-SUNARP-SN.

> «(…) En ningún caso la declaración unilateral del constituyente dará mérito para cancelar el asiento de una hipoteca, salvo el caso en que se haya registrado la constitución de hipoteca unilateral y no conste en la partida del predio su aceptación por el acreedor. Estas disposiciones no rigen para las hipotecas unilaterales reguladas por leyes especiales».

Esta combinación normativa de supuestos de hecho, nos hace volver al precedente no compartido del XXXII PLENO de 3 y 4 de abril de 2008 siendo que en este caso de forma unilateral el constituyente puede dejar sin efecto unilateralmente la hipoteca.

Lamentablemente no podemos compartir lo dispuesto por dicho dispositivo normativo, dado que en la práctica deja sin efecto la denominada hipoteca unilateral.

2. El título de crédito hipotecario negociable

El crédito circula, pero no todos pueden acceder al mismo ya sea por su historial crediticio o por otros motivos. Incluso teniendo un bien para respaldar dicho crédito, no se califica para obtener el crédito.

Una forma más rápida para obtener dicho crédito es a través del denominado Crédito Hipotecario Negociable, toda vez que al funcionar como un título valor emitido por el registro público o por empresas del sistema financiero es una forma de garantía unilateral que se ejecuta con mayor facilidad.

No obstante ello, la realidad indica que no es muy recurrida dado que generalmente la tasa de interés (24% a 36%) es superior al de un crédito hipotecario normal (8% a 14%) toda vez que no existe un análisis crediticio exhaustivo como en el régimen general.

A continuación revisaremos un poco más esta figura:

El TCHN se encontraba regulado en el artículo 239 de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros Ley núm. 26702, siendo luego derogado por la Ley de Títulos Valores, Ley núm. 27287 de 19 de junio de 2000, regulándolo en los artículos 240 al 245, siendo precisado por la Ley 27640 publicada el 19 de enero de 2002.

El reglamento se encuentra regulada en la Resolución SBS núm. 685-2007 de 31 de mayo del 2007 la cual derogó el reglamento contenida en la Resolución SBS núm. 942-2003[21].

La actual ley de títulos valores - Ley núm. 27287 (en adelante LTV) regula el denominado TCHN el cual es unilateral:

> 240.1. El Título de Crédito Hipotecario Negociable se expedirá a petición expresa del propietario de un bien susceptible de ser gravado con hipoteca y que esté inscrito en cualquier Registro Público, por acto unilateral manifestado mediante escritura pública. El representante del propietario requiere de poder especial para solicitar la expedición del Título de Crédito Hipotecario Negociable.

No debe existir en la partida otro gravamen:

> Artículo 146 del RIRP.- Emisión de nuevo Título de Crédito Hipotecario Negociable
>
> Solo procede la inscripción del acto de emisión o expedición de nuevo Título de Crédito Hipotecario Negociable en reemplazo de uno anterior, de conformidad con lo previsto en el numeral 244.3 del artículo 244 de la Ley de Títulos Valores, cuando no se hayan inscrito cargas o gravámenes distintos a la hipoteca que dio lugar a la emisión o expedición originaria, esta deberá haberse mantenido como el único gravamen voluntario sobre el predio.

En ese mismo sentido la LTV:

> 240.2. Solo luego de constatar la inexistencia de cargas o gravámenes, el respectivo Registro Público expedirá el título en formulario aprobado por la Superintendencia Nacional de Registros Públicos en el caso de registros públicos que dependan de esta; y, en el caso de otros registros, por la respectiva autoridad de control o supervisión.

Una vez expedido el título:

> LTV. 240.3. Al expedir el título, el Registrador anotará el gravamen hipotecario constituido por el valor total del bien gravado, según

> la valorización de perito que debe ser insertada en la escritura pública, gravamen hipotecario que será el único, otorgando la preferencia y exclusividad en favor del tenedor del título, en respaldo del crédito que se señale en el mismo documento en el acto de su primer endoso.

Por tanto no pueden inscribirse otras garantías tal como se resolvió en la Resolución núm. 709-2012-SUNARP-TR-L en la cual se solicitó la inscripción de la garantía hipotecaria que recae sobre el inmueble inscrito en la partida núm. P01054532 del Registro de Predios de Lima, contenida en la escritura pública del 13 de enero de 2012 otorgada ante notario de Lima José Luis MONTOYA VERA.

La Registradora denegó la inscripción señalando que en los asientos 003 y 004 de la partida citada, corre registrada la constitución de una Hipoteca Unilateral y la expedición de Título de Crédito Hipotecario Negociable (TCHN) sobre dicho gravamen, por lo que conforme al artículo 240 de la Ley de Títulos Valores, el único gravamen hipotecario es aquel para ser representado por el TCHN, al ser la hipoteca exclusiva, única y por el valor total del bien.

En caso de que existan medidas cautelares inscritas tampoco podrá inscribirse un TCHN tal cual lo recogió la Resolución núm. 708-2006-SUNARP-TR-L en la cual se solicitó la cancelación del embargo registrado en el asiento 1D de la ficha núm. 134500, de la anotación de reconvención (contrademanda), registrada en el asiento 2D de la ficha núm. 134500, y la inscripción de hipoteca sobre el inmueble inscrito en la partida antes referida, y que continúa en la partida electrónica núm. 43098616 del Registro de Predios de Lima, constituida unilateralmente por el propietario, para que se expida el correspondiente Título de Crédito Hipotecario Negociable.

Sin embargo el Registrador observó dado que sobre el inmueble inscrito en dicha partida existía un embargo en forma de inscripción hasta por la suma de S/. 116,425.27 (asiento D00001). Por lo que no fue denegada la inscripción.

La Sala determinó que sigue vigente el embargo en forma de inscripción anotado en el asiento D00001 de la partida electrónica núm. 43098616, resolviendo que en este caso nos encontramos frente a un defecto insubsanable.

Dicho título debe contener:

> Artículo 241 LTV.—Contenido
> 241.1. El Título de Crédito Hipotecario Negociable debe contener:
> a) La denominación de Título de Crédito Hipotecario Negociable y el número que le corresponde;
> b) El lugar y fecha de su emisión;
> c) El nombre y número de documento oficial de identidad del propietario que constituye el gravamen hipotecario, a cuya orden se expide el título;

d) La descripción resumida del bien afectado con el gravamen hipotecario, según aparece de la inscripción registral;
e) El monto de la valorización que será el importe hasta por el cual se constituye el gravamen hipotecario, con indicación del nombre del perito y de su registro o colegiatura respectiva;
f) La fecha de la escritura pública, nombre del Notario y demás datos de la inscripción registral de la hipoteca; y
g) El nombre y firma del Registrador, con indicación de la oficina registral correspondiente.

En sede registral han existido algunos pronunciamientos como en la Resolución núm. 652-2009-SUNARP-TR-L en la cual se señaló lo que el Registrador debe verificar para decidir el acceso o no al Registro del acto de emisión del TCHN:

> i) Si la hipoteca incorporada en el TCHN se encuentra inscrita en el Registro o se está solicitando simultáneamente su inscripción. En el primer caso verificará si además de la hipoteca inscrita no existe otra carga o gravamen que afecte al bien y, en el segundo caso, además de verificar que el bien no esté afectado con ninguna carga o gravamen, que reúna los requisitos exigidos para la inscripción de la hipoteca;
>
> ii) que la comunicación cursada por la entidad emisora, que tiene el carácter de declaración jurada, contenga los datos previstos en el artículo 5° del Reglamento del Título hipotecario negociable; y
>
> iii) que se haya acompañado a la mencionada comunicación copia de la valuación efectuada al inmueble y del TCHN emitido. De acuerdo a lo señalado, no es exigible acompañar el consentimiento del propietario para la emisión del TCHN, pues ello no constituye un requisito para la inscripción del acto de emisión cuando el TCHN es emitido por una entidad financiera, dado que la verificación de tal autorización corresponde al emisor del título de manera que la emisión del TCHN presupone que ya se recabó el consentimiento del propietario.

En el caso de un TCHN que se emita por una entidad financiera se desarrolla en la Resolución núm. 887-2009-SUNARP-TR-L:

> La Sala determina lo siguiente: 1) tratándose de un TCHN por una entidad financiera, lo que se inscribe en el registro es la comunicación que esta entidad efectúa a efectos que sea conocida por terceros la emisión de un TCHN, por lo que la valorización del bien y el mismo TCHN emitido no son actos que complementen la validez del acto a inscribir, que en este caso es la comunicación de la emisión al registro, sino que únicamente deben presentarse para ser consultados por terceros. Se concluye que la labor de calificación del Registrador si

bien se ciñe a la verificación del cumplimiento de los requisitos referidos a la solicitud que el emisor dirige al Registro, ello no implica que los documentos adicionales que deberá presentar y que están allí señalados complementen la calificación y por tanto tengan que ser acompañados en copia legalizada notarialmente. En tal sentido, no es necesario que las copias de los documentos antes señalados cumplan con ser presentados en copias legalizadas notarialmente. Se revoca este extremo. 2) se determina que la comunicación al Registro solo requiere la indicación de la valorización del inmueble y no del valor de realización. Por otra parte, si bien se exige la correspondencia entre el valor del bien con el monto del gravamen, nada obsta para que este último pueda ser menor al valor del inmueble. Se revoca este extremo. Se revoca la observación y se dispone la inscripción.

En línea con lo previamente mencionado en los registros se ha dicho:

PRECEDENTE L.3.—INSCRIPCIÓN DE LA EMISIÓN DE TCHN NO EMITIDO POR EL REGISTRO

«Cuando se inscriba la anotación del TCHN no emitido por el Registro, la calificación registral solo comprende los siguientes aspectos:

Que la hipoteca incorporada en el TCHN sea el único gravamen inscrito o se este solicitando simultáneamente su inscripción; la verificación de la comunicación de la entidad emisora autorizada por la SBS, con el carácter de declaración jurada, con la información a que se refiere el artículo 5 de la RESOLUCIÓN SBS núm. 685-2007, anexando copia simple de la valuación y del título emitido.

No corresponde la acreditación de la autorización del propietario o del deudor en su caso, para el acto de emisión, ni la exigencia de la inscripción previa de la modificación de la hipoteca incorporada en el TCHN, en caso esta se encuentre inscrita con anterioridad al acto de emisión» (50° Pleno del Tribunal Registral, 3, 4 y 5 de agosto de 2009)[22].

El vocal Carlos GÓMEZ señaló que la calificación es limitada dado que:

«El reglamento de la SBS señala claramente que es lo que se debe presentar al Registro. Entonces solo corresponde verificar si los requisitos están presentes en el título y si reúnen las cualidades para la calificación positiva».

Añade:

«El artículo 4 de la Resolución SBS señala que a la entidad emisora le corresponde verificar la autorización del propietario o deudor. Agre-

ga que los Títulos podrán ser emitidos por las Empresas en cualquier momento posterior a las autorizaciones concedidas. En tal sentido el Registrador no puede alzarse como un contralor de la entidad emisora, máxime si la propia resolución SBS señala meridianamente cuales son los recaudos que debe presentarse al Registro para la inscripción del acto de emisión».

Respecto a los endosos se ha señalado:

Artículo 242 LTV.—Primer endoso:

242.1. En el acto de realizarse el primer endoso del título, deberá consignarse en el mismo documento, el crédito que se garantiza, plazo o plazos de su vencimiento, los intereses acordados y demás condiciones del mismo; constituyendo desde entonces el Título de Crédito Hipotecario Negociable, un título valor que representa la hipoteca y el crédito consignado, en favor de su tenedor.

242.2. Con los subsiguientes endosos, se transfieren ambos derechos, tanto el crédito como el derecho real de hipoteca que lo garantiza, sin que el endosante asuma la responsabilidad solidaria a que se refiere el artículo 11 frente al tenedor.

Finalmente para la extinción:

244.1. LTV El Registro Público levantará el gravamen, sin que sea necesario escritura pública, solo contra la devolución del título no endosado o debidamente cancelado por el último endosatario en cuanto se refiere al crédito que representa, manteniéndose el gravamen entre tanto vigente, sin que proceda su extinción en la forma señalada por la Ley núm. 26639.

244.2. LTV También se levantará el gravamen y toda carga o derecho que se hubiera inscrito en fecha posterior a la expedición del título, en los casos de venta judicial o extrajudicial, en virtud de las respectivas constancias que expidan la autoridad judicial o la empresa del Sistema Financiero Nacional que intervino en su enajenación, conforme al artículo 243 acompañando en su caso, en devolución del título correspondiente. Dicha constancia es suficiente para la inscripción registral del derecho de propiedad en favor del adquirente y levantar todo gravamen o derecho que pueda afectarlo.

244.3. El propietario que hubiere pagado el crédito consignado en el título podrá solicitar la expedición de otro en su reemplazo, con la misma formalidad prevista para su emisión original, devolviendo el título debidamente cancelado por su último tenedor, manteniéndose en ese caso el gravamen hipotecario inscrito en el Registro Público. El Registro Público establecerá el procedimiento administrativo para este efecto.

V. CESIÓN PARCIAL DE RANGO: ¿PREFERENCIA POR LA INSCRIPCIÓN O POSIBILIDAD DE APLICACIÓN DE LA AUTONOMÍA PRIVADA?

Sin duda el rango hipotecario es uno de los elementos más importante de la hipoteca, dado que genera un valor económico a la garantía al ser el respaldo de los créditos.

Dicho valor se hace efectivo no solo para el acreedor, que tiene un medio de tutela a su crédito, sino también para los terceros dado que les informa que dicho bien «responde» hasta cierto monto.

Si dicho monto no supera el valor del bien, probablemente se podrá afectar nuevamente para otorgar posteriores hipotecas. Téngase en cuenta que el Código Civil proscribe en el artículo 1113 los negocios jurídicos en los que se pacte la renuncia a la facultad de gravar el bien con segunda y ulteriores hipotecas.

No obstante ello, las reglas hipotecarias en nuestro Código Civil han sufrido un anquilosamiento, las cuales pudieron responder a las necesidades de su tiempo, pero que probablemente puedan estar desfasadas con nuestra realidad actual.

La necesidad de un mayor énfasis sobre la autonomía de la hipoteca, que se garanticen sumas variables, la reutilización de la misma, la posibilidad de la novación, el enfoque *multipurpose*, el incremento de la hipoteca entre prestamistas, la mejora de financiación, el registro electrónico (MUÑIZ, NAZARRE y JORDÁN, 2008, 40-44) son algunas de las necesidades que se han verificado en otras latitudes y que pueden de alguna forma verificarse en nuestro ordenamiento a partir de lo regulado en el Código Civil.

Esto adicionalmente va de la mano con un estudio más estadístico y económico de la hipoteca en sus diferentes modalidades —V.G. la hipoteca inversa[23]—, a fin de ofrecer mejores productos para la circulación del crédito en nuestro ordenamiento.

Lamentablemente nuestro ordenamiento carece de variedad de estudios de esta envergadura, pudiendo tomar como referencia importantes documentos de trabajo como el denominado Informe Segré, el informe del Max-Planck Institute für ausländisches und internationales Privatrecht, entre otros. Téngase en cuenta que territorialmente más cerca, se encuentran estudios como de la denominada Hipoteca Centroamericana[24].

Debe pues tomarse como dato esto, a fin de realizar un estudio completo sobre la situación actual de la hipoteca y proponer cambios en la actual regulación de la misma a fin de actualizarla y lograr hacer más operativa a la misma.

No obstante ello, dado que no podemos obviar la regulación vigente, vamos a proponer un caso sobre la cesión de rango en nuestro ordenamiento que puede traer consigo algunos problemas en la ejecución de la garantía.

1. ¿Puede cederse parcialmente el rango en nuestro ordenamiento?

El deudor D1 decide afectar su inmueble (valorizado en $200,000) a favor del acreedor A1 a fin de garantizar un crédito (gravamen $100,000). Toda vez que nuestro ordenamiento proscribe en el artículo 1113 del Código Civil cualquier pacto de renuncia a la facultad de gravar el bien con segunda y ulteriores hipotecas, D1 decide otorgar una nueva hipoteca a favor de A2. (Monto $50,000).

A1 requiere liquidez, y dado que su crédito aún no es exigible, decide ceder parcialmente su rango a B1 por el valor de $50,000[25]. Téngase en cuenta que si bien el artículo 1114 se dirige a una cesión total del rango, nada impide que por autonomía privada pueda realizarse una cesión parcial del mismo.

Es decir al final del día, en primer rango se encontrarán tanto A1 y B1 por un monto de $50,000; y en segundo rango A2 por un monto de $50,000.

Toda vez que el deudor no puede cancelar las deudas, es llevado a un proceso de ejecución. Imaginemos que lo que se obtiene por el bien solo es de $50,000, quien va a cobrarlos ¿A1 o B1? ¿O ambos?

2. Prioridad en el subrango hipotecario

Nuestro Código Civil en el caso planteado, no ha señalado una regla aplicable para dicho caso, por lo que se nos habilita a interpretar con otras reglas de nuestro ordenamiento a fin de buscar una sistematización de las mismas.

¿Puede encontrarse una solución en los derechos de las obligaciones? No consideramos que existan obstáculos en ello.

Se ha planteado la discusión entre la distinción entre derechos reales y derechos obligacionales, tanto desde el supuesto plano de naturaleza como a nivel funcional. Sin embargo, esta distinción parte por diferentes criterios (real, obligacional, procesal, ecléctico, negador, entre otros) que buscan distinguir entre los efectos que tiene cada uno de ellos.

Es útil la distinción, sí. Es definitiva, lo dudamos. Y esto es porque consideramos que tanto los efectos obligaciones como reales son una especie de sistematización de efectos a partir de requisitos que en el devenir histórico se han dado.

Así por ejemplo, la propiedad sin duda es tradicionalmente enfocada como un derecho real, resaltándose la inmediatividad de la misma (GIORGIO, 1909, 9). En cambio, la hipoteca, consideramos que no puede considerarse como derecho real dado que carece de dichas características, forzándose su inclusión en los alcances de la inherencia[26].

Ahora bien, esta forzada inclusión lleva a que la misma característica la posean por ejemplo las medidas cautelares, la acción pauliana, entre otras.

Súmese a este ejemplo, los supuestos de las denominadas obligaciones *propter rem*. Es decir, aquellos casos en los cuales los denominados «derechos reales» del cual se derivan obligaciones (V.G. pago a la junta de propietarios por parte del propietario exclusivo por las deudas comunes).

Entonces consideramos que los derechos reales contienen una serie de características configuradoras que las tienen en igual sentido los derechos obligacionales, pero que entre las mismas existen situaciones que no cumplen con todos los requisitos de una o de otra, sino que contienen elementos de ambas. Este es el caso de la hipoteca.

Por esta razón, no debe ser extraño que podamos buscar alguna solución de forma sistemática en el libro de derecho de las obligaciones.

Entonces, dado que se habla de cesión de rango, podríamos encuadrarlo en el supuesto de hecho de la cesión de derechos.

El acreedor A1 probablemente ha cedido el 50% de su rango por una contraprestación, que probablemente sea menor a la que tendría que obtener en la ejecución a fin que el negocio sea rentable.

En función del caso en concreto, en caso que el deudor no tenga otros bienes que ejecutar sería aplicable el artículo 1213 en el extremo que señala que el cedente no está obligado a garantizar la solvencia del deudor, pero si lo hace, responde dentro de los límites de cuanto ha recibido y queda obligado al pago de los intereses y al reembolso de los gastos de la cesión y de los que el cesionario haya realizado para ejecutar al deudor, salvo pacto distinto.

Es decir, si A1 garantizó la solvencia del deudor, B1 podrá exigir el pago a A1, subrogándose en el crédito ejecutado a D1.

En caso que no se haya pactado ello, se plantea como solución la equidad, es decir que cobre cada uno proporcionalmente tomando en consideración el porcentaje en el rango en que se encuentren en función del artículo 1264 del Código Civil.

> Artículo 1264.—Si el subrogado en lugar del acreedor lo fuese solo parcialmente, y los bienes del deudor no alcanzasen para pagar la parte restante que corresponda al acreedor y la del subrogado, ambos concurrirán con igual derecho por la porción que respectivamente se les debiera.

Este artículo consideramos que puede alegarse para la solución del presente caso, no obstante existe un dispositivo normativo más preciso para el presente caso.

El artículo 1112 señala:

> «Las hipotecas tendrán preferencia por razón de su antigüedad conforme a la fecha de registro, salvo cuando se ceda su rango».

Esta norma está inspirada entre acreedores hipotecarios que inscriban su derecho de forma sucesiva, tal que la preferencia la otorga la inscripción.

Sin embargo en este caso estamos frente a acreedores hipotecarios que gozan del mismo rango. No creemos que exista inconveniente para que podamos aplicar la misma regla entre sub rangos.

En este sentido, tanto A1 como B1 están en el primer rango, sin embargo A1 tiene preferencia por la inscripción. Por lo tanto el primero en recibir el monto de la realización será A1, en caso que exista remanente será B1, y luego A2.

En caso de que B1 no reciba el monto correspondiente a su subrango hipotecario, consideramos que deberá verificarse por el Artículo 1213 si se garantizó o no la solvencia del deudor en el ámbito obligatorio, para tentar alguna pretensión contra A1.

3. Autonomía privada y preferencia de rango

No debe haber duda entonces que en el ámbito de la cesión de rango está permitido tanto la cesión total, como la parcial de rango.

En el ámbito de la ejecución, la preferencia se aplica tanto a nivel de rango hipotecario, y no hay razón para no aplicar a los subrango hipotecario.

La duda surge si vía autonomía privada puede modificarse la preferencia de rango.

Recordemos que el artículo 1112 dispone que:

> «Las hipotecas tendrán preferencia por razón de su antigüedad conforme a la fecha de registro, salvo cuando se ceda su rango».

Eso quiere decir, que salvo en la cesión de rango la preferencia solo la determina la inscripción en el registro. Si en un título se coloca que la hipoteca sobre un bien libre tiene rango posterior a un título que se va a presentar luego en el Registro, el Registrador no tomará en cuenta ello, sino que inscribirá al primer título que se inscribió, independientemente de que haya señalado un rango distinto.

Esto también se aplica en aquellos casos que el bien esté libre de gravámenes, y se señale que tiene un rango distinto al primero. En este caso, el Registrador inscribirá dicha hipoteca en primer rango.

Cuestión distinta es cuando exista cesión de rango, la propia norma señala que se aplicará la preferencia «salvo cuando se ceda su rango».

Lo distinto en la cesión de rango es que existe un pacto expreso entre el acreedor hipotecario primigenio y el nuevo acreedor hipotecario, y al ser un supuesto de cesión de derechos, el cesionario y el cedente en la hipoteca han consentido en ello.

La preferencia hipotecaria tiene su razón en que los acreedores hipotecarios no tienen acuerdos entre ellos, sino que cada uno lo tiene con el deudor. Entonces, la imposibilidad de acuerdo entre ellos, lo normal es que

todos quieran tener prioridad en el cobro, y el ordenamiento ya señaló una solución formal.

Pero en el caso de la cesión, el sub rango depende del acuerdo entre un acreedor hipotecario y el cesionario, por lo que nada impide que en el caso de cobro pueda pactarse y exigirse que la prioridad en el cobro lo tenga un sujeto distinto al primero que inscribió.

Si no se pacta nada, entonces la solución la dará el régimen general de preferencia de inscripción. No obstante queda a salvo la solución de pactarse el supuesto de solvencia del deudor ya en vía obligatoria para que el cedente responda frente al cesionario.

VI. EXTINCIÓN DE LA HIPOTECA

Nuestro Código Civil ha regulado los supuestos de extinción de hipoteca en el Código Sustantivo:

Artículo 1122.—La hipoteca se acaba por:
1. Extinción de la obligación que garantiza.
2. Anulación, rescisión o resolución de dicha obligación.
3. Renuncia escrita del acreedor.
4. Destrucción total del inmueble.
5. Consolidación.

Sin embargo se han añadido otros mediante nuevas normas como caducidad, o por decisiones razonadas del Tribunal Registral, por ejemplo por extinción del acreedor.

Los primeros cuatro supuestos se desprenden de una interpretación literal: Si se cumple con el pago del crédito se extingue la relación obligatoria y también las garantías.

En ese sentido:

> PRECEDENTE XCIX.4.—LEVANTAMIENTO DE HIPOTECA
>
> «En aplicación del principio de legitimación, procede la inscripción de la escritura pública de levantamiento de hipoteca otorgada por solo uno de los cónyuges, cuando la hipoteca se registró a favor de este consignando su estado civil de casado, sin haber consignado el nombre del cónyuge» (99° Pleno del Tribunal Registral, 15 y 16 de noviembre de 2012)[27].

Dentro del primer supuesto también se encuentran los casos en los que se ejecuta la garantía:

> PRECEDENTE LXII. 3.—CANCELACIÓN DE GRAVÁMENES
>
> «Procede cancelar en mérito de la resolución judicial que dispone la adjudicación por remate y el levantamiento de gravámenes, todos los

> gravámenes que constaren en la partida del predio, incluso aquellos registrados con posterioridad a la expedición de la antedicha resolución, estando exceptuados únicamente aquellos que expresamente excluye el artículo 739 del Código Procesal Civil» (62° Pleno del Tribunal Registral, 5 y 6 de agosto de 2010)[28].

Deben tenerse en cuenta los efectos de la ejecución de la garantía:

> ACUERDO VI.2.—PRIORIDAD OTORGADA POR LA INSCRIPCIÓN DE LA HIPOTECA.
>
> «El derecho adquirido como consecuencia de la ejecución de la garantía, prevalecerá frente a los actos o derechos inscritos con posterioridad a la fecha del asiento de presentación de la hipoteca»[29].

Existe también el supuesto de si se declara nula o anulable, o se rescinde o resuelve el contrato principal entonces la garantía corre igual suerte.

Si el acreedor en virtud de su autonomía privada renuncia a la garantía, igualmente se deja sin efecto. No obstante lo antes mencionado, debe tomarse en consideración el siguiente supuesto:

> ACUERDO CL.—CANCELACIÓN DE HIPOTECA TRASLADADA DE PARTIDA MATRIZ
>
> Cuando se constituyó hipoteca sobre un predio que posteriormente se independizó, trasladándose la hipoteca a las partidas independizadas, si al cancelar la hipoteca en la partida matriz el acreedor además manifiesta que cancela la hipoteca de determinada partida independizada, sin pronunciarse respecto a las demás, no procede la cancelación de los demás asientos de traslado de hipoteca» (150° Pleno del Tribunal Registral, 10 de mayo de 2016).

Y cuando se destruye el inmueble, la garantía no puede afectar un bien por lo cual se extingue. No obstante ello, debemos tener cuidado por lo que entendemos por destrucción del bien, dado que la destrucción de la fábrica no implica necesariamente la extinción de la garantía dado que puede seguir vigente respecto al terreno.

1. La consolidación hipotecaria y la ¿confusión? registral

Las instituciones jurídicas se gestan en el tiempo, logrando su autonomía a partir de elementos de diferenciación que son útiles para una sociedad en un determinado momento.

No es cuestión de naturalezas, sino de los desarrollos que tienen las figuras en cada ordenamiento. Tenemos por ejemplo que la compraventa tiene una regulación distinta a un arrendamiento, la cesión de derechos es distinta a celebrar una cesión de posición contractual.

Es necesario por tanto conocer las instituciones jurídicas, a fin de aplicarlas de forma adecuada y conforme a lo regulado por el ordenamiento.

Hemos verificado que en sede registral se vienen inscribiendo cancelaciones de hipoteca utilizando supuestos distintos: Se resuelve el contrato de compraventa que estaba garantizado con hipoteca a favor del acreedor, y para el levantamiento de hipoteca se utiliza el supuesto de consolidación.

Asimismo, el acreedor hipotecario ejecuta su hipoteca y luego del proceso él adquiere el inmueble. Se levanta igualmente la garantía hipotecaria por el supuesto de consolidación.

En ambos supuestos consideramos que no es precisa la utilización de la figura de la consolidación o confusión de la hipoteca, por lo que procederemos a analizar brevemente a la misma como supuesto de extinción de la garantía.

1.1. La consolidación como supuesto de extinción de la hipoteca

El Código Civil regula en el artículo 1122 numeral 5 el supuesto de consolidación. Esta puede abordarse cuando las calidades de deudor y acreedor respecto a un mismo crédito se verifican en un mismo sujeto.

Su tratamiento lo encontramos en la parte de relaciones obligatorias:

> Artículo 1300.—La consolidación puede producirse respecto de toda la obligación o de parte de ella.

Téngase en cuenta que en el primer supuesto la extinción opera por ley (SUNARP, Resolución 716-2016) y no por autonomía privada como la novación, condonación u otros supuestos.

Ejemplo de esto lo encontramos en el caso contenido en la Resolución núm. 716-2016-SUNARP-TR-L mediante la cual se solicitó la inscripción de la cancelación por consolidación de la hipoteca inscrita en el asiento D00001 de la partida núm. 11023756 del Registro de Predios de Huánuco.

La Registradora denegó la inscripción señalando que verificada la escritura pública sobre dación en pago y su aclaratoria, se advertía que el reconocimiento de la hipoteca hasta por un monto menor a la constituida primigeniamente a favor del adjudicatario, por lo que a fin de inscribir el título se debía presentar escritura pública de levantamiento de hipoteca.

La Sala determinó que en el caso, el título material para la cancelación de la hipoteca está representado por la adquisición de la propiedad contenida en la

escritura pública del 17/9/2014 debidamente inscrita en el asiento C00003 de la partida núm. 11023756 del Registro de Predios de Huánuco, en la cual quedó registrada la adquisición de la propiedad por acreedor hipotecario.

En ese sentido se señaló:

> «TITULO FORMAL PARA CANCELAR HIPOTECA POR CONSOLIDACIÓN. Para inscribir la cancelación de una hipoteca por consolidación no se requiere como título formal escritura pública otorgada por el acreedor hipotecario, si no que basta solicitud del interesado, por cuanto la cancelación opera por imperio de la ley y no por la voluntad del acreedor. (SUNARP, Resolución 716-2016)»

1.2. Calificación registral

En sede registral se verifican supuestos de consolidación en diversos casos como en el usufructo sucesivo:

> USUFRUCTO SUCESIVO Y EXTINCIÓN DE USUFRUCTO POR CONSOLIDACIÓN. El usufructo sucesivo constituido a favor de varias personas en orden sucesivo se extingue por la muerte de la última. Sin embargo si el primer usufructuario adquiere la nuda propiedad, el usufructo se extingue por consolidación conforme al artículo 1021 inciso 3 del Código Civil y por tanto el usufructo ya no se transmite a los usufructuarios sucesivos, toda vez que opera la extinción automática del usufructo, con independencia a la voluntad de las partes (SUNARP, Resolución 744-2016).

O cuando el arrendador y titular se verifican en un mismo sujeto:

> EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO POR CONSOLIDACIÓN. Para extinguir el contrato de arrendamiento por consolidación, el acreedor y deudor de la obligación deberán recaer en una misma persona y con ello poner fin a la desmembración del derecho de propiedad (SUNARP, Resolución 1285-2015).

Ahora bien, en el caso de la consolidación de la hipoteca la calificación no es necesariamente igual.

El título que dará mérito a la cancelación por consolidación no depende de si se ha solicitado en la rogatoria, sino que basta verificarse el supuesto de las calidades de acreedor y constituyente (deudor) hipotecario en un mismo sujeto.

Entonces no se requerirá un título en el cual se solicite la cancelación de la hipoteca, sino que será el título que contiene la adquisición del bien tal como verificaremos en el caso contenido en la Resolución núm. 50-2014-SUNARP-TR-L.

En este caso se solicitó la inscripción de la cancelación por caducidad en virtud de la Ley núm. 26639, de la hipoteca inscrita en la partida 07013928 del Registro de Predios de Lima.

La Registradora formuló tacha sustantiva, por cuanto de los asientos del antecedente registral, constaba que el acreedor hipotecario inició procesos judiciales de ejecución de garantía respecto de dicha hipoteca, habiéndose registrado en dichos asientos los embargos respectivos.

La Sala determinó que mediante escritura pública del 18/7/1994, la acreedora Carmen Rosa ELMORE RODRÍGUEZ adquirió la propiedad del predio, la misma que quedó inscrita.

En mérito de dicho acto y a la inscripción del mismo se produjo la unión exigida de las cualidades de acreedor hipotecario y propietario en una sola persona, Carmen Rosa ELMORE RODRÍGUEZ; al constar este hecho en el Registro, se acreditó la consolidación que origina la extinción de la hipoteca tal.

Debe tenerse en cuenta además que el Registrador no califica si con la extinción de la hipoteca se extingue la relación obligatoria.

Así por ejemplo en la Resolución núm. 138-2016-SUNARP-TR-T el Banco Agropecuario-Agrobanco solicitó la cancelación de la hipoteca registrada en la partida electrónica núm. 11026165 del Registro de Predios de Bagua, constituida a su favor, al haber adquirido el dominio de dicho inmueble por dación en pago, según se verifica del asiento C00001 de la citada partida.

El Registrador observó el título pues consideró que no se acreditó que la obligación garantizada con la hipoteca haya sido cancelada en mérito de la dación en pago.

La Sala determinó que en virtud de escritura pública 26 de noviembre de 2014, el acreedor hipotecario Banco Agropecuario- Agrobanco adquirió la propiedad del predio, la que quedó inscrita en partida.

Por lo que en mérito a este acto y a su inscripción se produjo la unión de las calidades de acreedor hipotecario y propietario en una sola persona. Al constar este hecho en el registro, se acreditó la consolidación que originó la extinción de la hipoteca.

Así pues se concluyó:

> «CANCELACIÓN DE HIPOTECA POR CONSOLIDACIÓN.— Para la cancelación de hipoteca por consolidación solo se requiere que el acreedor hipotecario haya adquirido el dominio del inmueble dado en garantía. No es materia de calificación si con dicha adquisición se cancelaron las obligaciones garantizadas con la hipoteca» (SUNARP, Resolución 138-2016).

Debe añadirse entonces que la determinación de la consolidación o no de las relaciones obligatorias, deben verificarse en sede judicial:

> IMPROCEDENCIA DE CADUCIDAD DE HIPOTECA POR CONSOLIDACIÓN DE LA OBLIGACIÓN. El órgano judicial dilucida si se ha producido la consolidación y consiguiente extinción de la obligación asegurada con hipoteca, o también puede determinarse por las partes a través de una declaración de voluntad expresada en título público; pero no cabe solicitar que esa cuestión sea resuelta directamente por el Registro, a través de un procedimiento que no es idóneo para ello por su carácter administrativo, sumario, documental y sin contradictorio (SUNARP, Resolución 740-2009).

1.3. Imprecisa aplicación del supuesto de consolidación

Un primer supuesto se verifica en la partida núm. P02091252 del Registro Predial Urbano en el cual en el asiento 001 se inscribe una compraventa, en el asiento 0002 la hipoteca respectiva. En el asiento 007 se inscribe la resolución del contrato, y en el asiento 0008 si el contrato principal fue dejado sin efecto por resolución, la misma suerte sigue la garantía, por ello el Registrador cancela por el supuesto de ¿Consolidación? fundamentándose en el numeral 5 del artículo 1122.

Quizá se viene interpretando que al reintegrarse el bien al vendedor, la garantía también ¿retorna? al acreedor hipotecario lo cual evidentemente no es correcto dado que al constituirse la garantía en el plano subjetivo se encuentran en por lo menos 2 sujetos distintos.

Entonces si se resuelve la obligación principal (en este caso la compraventa), debe extinguirse también la hipoteca, pero no por el supuesto 5 (consolidación), sino por el numeral 2, es decir resolución de la «obligación que garantiza».

El segundo caso se refiere a la adjudicación vía proceso de ejecución judicial, en el cual el acreedor adquiere el bien garantizado. En estos casos consideramos que la adquisición se encuentra libre de gravámenes (pocos adquirirían si siguieran vigentes) tal cual lo señala el artículo 739 del Código Procesal Civil:

> Artículo 739.—Transferencia de inmueble y destino del dinero obtenido.
>
> (…)
>
> Depositado el precio, el Juez transfiere la propiedad del inmueble mediante auto que contendrá:
>
> (…)
>
> 2. La orden que deja sin efecto todo gravamen que pese sobre este, salvo la medida cautelar de anotación de demanda; se cancelarán

> además las cargas o derechos de uso y/o disfrute, que se hayan inscrito con posterioridad al embargo o hipoteca materia de ejecución (…).

En este caso, el levantamiento de la hipoteca se realiza por mandato judicial.

Revisemos el caso contenido en la Resolución núm. 495-2012-SUNARP-TR-A dado que se solicitó la caducidad de la hipoteca inscrita a favor de la Casa Gambarini, hipoteca que garantiza la obligación contraída por la sociedad conyugal conformada por Víctor Gabriel SALCEDO VELAZCO y Yanet ÁLVAREZ ZEGARRA DE SALCEDO. Se observó señalándose que no se reunía los requisitos exigidos por la Ley núm. 26639.

No obstante ello, la Sala viabilizó la cancelación de la hipoteca señalando que de los antecedentes registrales se verificaba, que quien inicialmente fue acreedor hipotecario, Casa Gambarini E.I.R.L, había adquirido el bien inmueble por adjudicación, concurriendo en la misma persona la calidad de acreedor y propietario, consecuentemente sin perjuicio de que lo solicitado sea la caducidad al amparo de la Ley núm. 26639, se desarrollaría la consolidación como causal de extinción de la hipoteca.

Datos precisos del caso en concreto señalan que mediante escritura pública el 14 de junio de 1994 la Casa Gambarini E.I.R.L., adquirió el dominio del inmueble gravado con la hipoteca inscrita en el asiento 00005 de la partida núm. P06150293, en mérito a la adjudicación judicial que otorgó el juez (título archivado 47639-1994 y asiento 00007 de la partida núm. P06150293 del Registro de Predios de Arequipa).

Esto significa que el adquirente del predio según la escritura pública mencionada, hizo valer el monto de la deuda hipotecaria (US$ 14,800.00) mencionada en el asiento 00005 de la partida electrónica núm. P06150293 del Registro de Predios de Arequipa, como ejecución de la obligación garantizada, según se desprendía de la escritura de adjudicación.

En mérito a estos actos y a la inscripción de los mismos la Sala indica que se produce la unión exigida de las calidades de acreedor hipotecario y propietario en una sola persona, la Casa Gambarini E.I.R.L.; al constar este hecho en el Registro, se acreditó la consolidación.

En estricto el levantamiento de la hipoteca consideramos es producto del mandato judicial, el cual contiene también la orden del levantamiento de los gravámenes, por lo que la consolidación en este caso consideramos no es aplicable.

En resumen, si bien la consolidación es un supuesto de extinción de las obligaciones que ha sido regulado también para el caso de extinción de las garantías hipotecarias, debe tomarse con cuidado su aplicación dado que no es lo mismo que los supuestos de resolución de los contratos o adjudicación vía proceso judicial.

2. Caducidad de hipoteca ¿extinción de inscripción o del derecho?

El artículo 3 de la Ley 26639 señala:

> «*Las inscripciones* de las hipotecas, de los gravámenes y de las restricciones a las facultades del titular del derecho inscrito y las demandas y sentencias u otras resoluciones que a criterio del Juez se refieran a actos o contratos inscribibles, se extinguen a los 10 años de las fechas de las inscripciones, si no fueran renovadas.
>
> La norma contenida en el párrafo anterior se aplica, cuando se trata de gravámenes que garantizan créditos, a los 10 años de la fecha de vencimiento del plazo del crédito garantizado» (El subrayado es nuestro).

¿Cuáles son los alcances de esta norma? ¿Caduca solo la inscripción o también el derecho? ¿Es aplicable a otros Registros? En este post explicaremos los alcances de este artículo, toda vez que se viene interpretando de forma inexacta este dispositivo normativo.

2.1. Antecedentes de la norma

El artículo 1049 del Código Civil de 1936 indicaba:

> «Las inscripciones de las hipotecas y de los gravámenes indicadas en los incisos 5 a 8 del artículo 1042, inclusive las que constan en los asientos de dominio, se extinguirán a los 30 años de las fechas de las respectivas inscripciones si no fueren renovadas»[30].

Dicho artículo no fue acogido por nuestro Código Civil de 1984 dado que no fue incluida en el artículo 1122 del Código Civil.

Siendo que la caducidad no era un supuesto de extinción, se interpretó inicialmente como que las garantías hipotecarias no caducaban.

El proyecto de Ley núm. 01050 (que dio mérito al artículo bajo comentario) propuso la siguiente regulación:

> Artículo único.—Las inscripciones de las hipotecas y de los gravámenes referentes a restricciones y limitaciones en las facultades del propietario, derivadas de los contratos, testamentos y sentencias; las protestas de hipoteca; las medidas cautelares preventivas y definitivas y las demandas que se refieran a actos inscribibles, inclusive las que consten en los asientos de propiedad, se extinguirán a los diez años de las fechas de las respectivas inscripciones, si no fueran renovadas.

Téngase en cuenta que llama la atención realizando una simple comparación entre el Código Civil de 1936, el proyecto de Ley núm. 1050 y el artículo 3 de la Ley 26639 que el término del plazo de caducidad varía de 30 a 10 años.

La Exposición de Motivos del proyecto de Ley explica ello:

> «Que el aludido plazo de treinta años guardaba armonía con el referente a la prescripción adquisitiva de la propiedad inmueble y los plazos de prescripción extintiva referidos en los artículos 871 y 1068 del mencionado C.;
>
> Que los mencionados plazos de prescripción adquisitiva y extintiva están reducidos a diez años por los artículos 950 y 2001 del actual Código Civil; Que se ha omitido en el actual Código Civil una disposición similar a la del artículo 1049 del Código Civil, hecho que perturba el ejercicio del derecho de la propiedad inmueble y obliga a realizar trámites engorrosos y onerosos, que carecen de justificación; (…)».

Actualmente no existe duda que la caducidad es un supuesto distinto de las causales de extinción de las hipotecas reguladas en el Código Civil, tal como se verifica en el Sexto Precedente de Observancia Obligatoria aprobado en el IV Pleno, en el que se dispuso:

> El artículo 3 de la Ley 26639 ha introducido una *nueva causal de extinción de la hipoteca*, adicional a las señaladas en el artículo 1122 del Código Civil.

2.2. Caducidad de la inscripción y/o del derecho

El artículo bajo comentario regula 2 supuestos para aplicar el cómputo de plazos:

- Si se trata de gravámenes que *garantizan créditos* el plazo de diez años se contabiliza a partir del vencimiento del plazo del crédito garantizado.
- En caso se trate de gravámenes que *no garantizan créditos* el plazo de diez años se contabiliza desde la fecha de la inscripción, esto es, desde la fecha del asiento de presentación del título, por la retroprioridad de la inscripción.

Debe tenerse en cuenta si bien la fecha del vencimiento de la obligación garantizada puede variarse, la misma debe constar en el Registro:

> ACUERDO IV.8.—POSIBILIDAD DE MODIFICAR LA FECHA DE VENCIMIENTO DEL PLAZO DEL CRÉDITO GARANTIZADO
>
> «El computo del plazo para la extinción de la inscripción del gravamen, al amparo del artículo 3 de la Ley núm. 26639, debe rea-

> lizarse objetivamente sobre la base de la información que obra en el Registro, no pudiendo presumirse que el plazo fue ampliado por haberse establecido la posibilidad de modificarlo».

Un supuesto especial es el caso de los pagos de obligaciones en cuotas:

> PRECEDENTE X. 14.—CÓMPUTO DEL PLAZO PARA LA EXTINCIÓN DE LA HIPOTECA
>
> «Para el cómputo del plazo de caducidad establecido en el segundo párrafo del artículo 3 de la Ley 26639, cuando en un contrato se haya pactado que el vencimiento de las cuotas es mensual y no exista algún periodo de gracia para dar inicio al cómputo del vencimiento de la primera cuota, debe interpretarse que el pago de la primera armada se efectuará luego de transcurrida un mes de la fecha cierta de celebración del contrato» (10° Pleno del Tribunal Registral, 8 y 9 de abril de 2005).

No queda duda entonces que nos encontramos en los terrenos de la caducidad, téngase en cuenta lo dispuesto en el cuarto acuerdo aprobado en el Pleno IV del Tribunal Registral:

> El plazo de extinción contemplado en el artículo 3 de la Ley núm. 26639 es uno de caducidad. Sin embargo, la caducidad no opera si del título presentado o de la partida registral se desprende que dentro de dicho plazo se ha iniciado la ejecución el gravamen.

Esto se aplica tanto a las hipotecas voluntarias como a las legales inscritas.

Ahora bien, respecto a hipotecas legales no inscritas téngase en cuenta que respecto a estas últimas si fueron constituidas bajo la vigencia del Código Civil de 1936 el Tribunal Registral en su Resolución núm. 1070-2013-SUNARP-TR-L resolvió que procedía cancelar por caducidad al amparo del artículo 3 de la Ley núm. 26639, de una hipoteca legal no inscrita.

Es decir en la partida existía solo la transferencia, aunque se señalaba en el asiento que no se había cancelado totalmente el precio. Esto generaba una hipoteca legal, y siendo que no se requería la emisión de un asiento que señalase ello, la existencia del efecto real hipotecario estaba implícitamente en el Registro. Para cancelar ello, el Tribunal señaló que era aplicable el supuesto de caducidad.

Ahora bien, caduca en este caso la inscripción pero también el derecho real hipotecario, toda vez que si esto no fuera así podría reinscribirse mediante el cotejo con el título archivado que le dio mérito.

Esto se desprende del siguiente precedente:

PRECEDENTE XXXII.4.—IMPROCEDENCIA DE LA REINSCRIPCIÓN DE HIPOTECAS CANCELADAS

«No procede la reinscripción de una hipoteca cuando esta se canceló por caducidad de conformidad con la Ley núm. 26639» (32° Pleno del Tribunal Registral, 3 y 4 de abril de 2008)[31].

El presupuesto del que parte el legislador es que la inscripción genera la garantía hipotecaria, y cancelando la inscripción se cancela también el efecto real.

Ahora, esto no contradice lo que hemos señalado en otro espacio sobre la constitución del negocio hipotecario fuera del Registro[32], toda vez que de la interpretación conjunta de los artículos 143, 144, 1098 y 1099 se puede deducir que el negocio jurídico hipotecario se produce fuera del Registro, algunos efectos obligacionales se dan también fuera del Registro y los efectos reales con la inscripción en el Registro.

Una vez que caduca la inscripción, estos efectos reales dejan de tener efectos.

Finalmente es necesario mencionar que cuando entró en vigencia el artículo 87 del antiguo Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios (SUNARP, Resolución 248-2008), se dejaron sin efecto diferentes acuerdos y precedentes:

Artículo 87.—Caducidad de la inscripción de los gravámenes

La inscripción de los gravámenes a que se refiere el primer párrafo del artículo 3° de la Ley 26639 caduca a los 10 años de la fecha del asiento de presentación del título que los originó. Se encuentran comprendidas dentro de este supuesto las inscripciones correspondientes a gravámenes que garantizan obligaciones que no tienen plazo de vencimiento; en estas deberá entenderse que la obligación es exigible inmediatamente después de contraída, en aplicación del artículo 1240 del Código Civil, salvo que el plazo se hubiera hecho constar en el Registro, en cuyo caso el cómputo se hará conforme al siguiente párrafo.

En el caso de gravámenes que garantizan créditos a que se refiere el segundo párrafo del artículo 3° de la Ley núm. 26639, la inscripción caduca a los 10 años contados desde la fecha de vencimiento del crédito, siempre que este pueda determinarse del contenido del asiento o del título. Tratándose de inscripciones correspondientes a gravámenes que garantizan obligaciones que remiten el cómputo del plazo a un documento distinto al título archivado y dicho documento no consta en el Registro, así como las que garantizan obligaciones futuras, eventuales o indeterminadas, solo caducarán si se acredita fehacientemente el cómputo del plazo o el nacimiento de la obligación, según corresponda, y ha transcurrido el plazo que señala este párrafo, contado desde la fecha de vencimiento de la obligación garantizada.

Cesaron sus efectos:

> PRECEDENTE: XI PLENO. 1.—PRECISIÓN DEL PRECEDENTE RATIFICADO EN EL SEGUNDO PLENO RESPECTO A LA CADUCIDAD DE LOS GRAVÁMENES CONSTITUIDOS A FAVOR DE ENTIDADES DEL SISTEMA FINANCIERO
>
> «Las hipotecas constituidas a favor de empresas del sistema financiero que garanticen obligaciones indeterminadas caducan a los 10 años de inscritas, siempre que dicho plazo hubiera transcurrido antes de la vigencia de la Ley núm. 26702» (11° Pleno del Tribunal Registral, 27 de julio de 2005).

> VIII. PRECEDENTE 7.—CADUCIDAD DE HIPOTECA QUE GARANTIZA OBLIGACIÓN FUTURA O EVENTUAL
>
> *«La hipoteca que garantiza una obligación futura o eventual, caduca a los 10 años desde su inscripción, salvo que se haya hecho constar en la partida registral el nacimiento de la obligación determinada o determinable antes del vencimiento de dicho plazo, en cuyo caso caducará a los 10 años desde la fecha de vencimiento del plazo del crédito garantizado»* (8° Pleno del Tribunal Registral, 13 y 14 de agosto de 2004)[33].

Ahora bien, dicho artículo 87 es recogido sustancialmente en el artículo 120 del vigente Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios:

> Artículo 120.—Caducidad de la inscripción de los gravámenes:
>
> La inscripción de los gravámenes a que se refiere el primer párrafo del artículo 3 de la Ley núm. 26639 caduca a los 10 años de la fecha del asiento de presentación del título que los originó. Se encuentran comprendidas dentro de este supuesto las inscripciones correspondientes a gravámenes que garantizan obligaciones que no tienen plazo de vencimiento; en estas deberá entenderse que la obligación es exigible inmediatamente después de contraída, en aplicación del artículo 1240 del Código Civil, salvo que el plazo se hubiera hecho constar en el Registro, en cuyo caso el cómputo se hará conforme al siguiente párrafo.
>
> En el caso de gravámenes que garantizan créditos a que se refiere el segundo párrafo del artículo 3 de la Ley núm. 26639, la inscripción caduca a los 10 años contados desde la fecha de vencimiento del crédito, siempre que este pueda determinarse del contenido del asiento o del título. Tratándose de inscripciones correspondientes a gravámenes que garantizan obligaciones que remiten el cómputo del plazo a un documento distinto al título archivado y dicho documento no consta

en el Registro, así como las que garantizan obligaciones futuras, eventuales o indeterminadas que por su naturaleza o por la circunstancias que consten en el título no estén concebidas para asegurar operaciones múltiples, solo caducarán si se acredita fehacientemente con instrumento público el cómputo del plazo o el nacimiento de la obligación, según corresponda, y ha transcurrido el plazo que señala este párrafo, contado desde la fecha de vencimiento de la obligación garantizada.

Lo dispuesto por el artículo 3 de la Ley núm. 26639 no es de aplicación para los gravámenes constituidos en favor de las empresas del sistema financiero.

Mediante diferentes pronunciamientos el Tribunal Registral hizo referencia a los alcances de dicho artículo 87, como que es aplicable a todos los registros de bienes:

Acuerdo LIV 3. RÉGIMEN DE CADUCIDAD DE GRAVÁMENES

«El régimen de caducidad de gravámenes previsto en el artículo 87 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios, aprobado mediante Resolución núm. 248-2008-SUNARP-SN, del 28 de agosto de 2008, es de aplicación a todos los registros de bienes» (54° Pleno del Tribunal Registral, 17 y 18 de diciembre de 2009).

LX ACUERDO 2. CADUCIDAD DE HIPOTECAS QUE GARANTIZAN OBLIGACIONES MIXTAS.

«Tratándose de hipotecas que garantizan obligaciones mixtas, una nacida con la hipoteca y otras futuras y/o eventuales, caducarán si se hace constar el nacimiento de la obligación y el vencimiento del plazo, conforme lo señala el segundo párrafo del artículo 87 del RIRP» (60º Pleno del Tribunal Registral, 17 de junio de 2010).

PLENO C. 1. CADUCIDAD DE HIPOTECAS QUE GARANTIZAN OBLIGACIONES FUTURAS, EVENTUALES O INDETERMINADAS

«De no constar en la partida registral o en la declaración jurada del interesado el nacimiento de alguna obligación, el plazo de caducidad de las hipotecas que garantizan obligaciones futuras, eventuales o indeterminadas se computará desde la fecha de inscripción del gravamen, pues el artículo 87 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios solo regula la caducidad de las hipotecas que garantizan obligaciones futuras, eventuales o indeterminadas que llegaron a nacer.

Tratándose de hipotecas que aseguren obligaciones mixtas (ciertas y futuras o eventuales cuyo nacimiento no conste de la partida o de la

declaración jurada del interesado) solo caducarán transcurridos íntegramente cada uno de los plazos aplicables a ambos tipos de obligaciones» (100° Pleno del Tribunal Registral, 6 y 7 de diciembre de 2012).

ACUERDO LIV 1. APLICACIÓN DEL CRITERIO EN LOS PRECEDENTES DE OBSERVANCIA OBLIGATORIA REFERIDOS A OBLIGACIONES FUTURAS, EVENTUALES O INDETERMINADAS.

«No procede aplicar el criterio contenido en los Precedentes de Observancia Obligatoria referidos a obligaciones futuras, eventuales o indeterminadas, que han quedado sin efecto en virtud al segundo párrafo del artículo 87 del RIRP, aun cuando el plazo de 10 años contados desde la inscripción del gravamen hubiera transcurrido antes de la vigencia de dicho dispositivo» (54° Pleno del Tribunal Registral, 17 y 18 de diciembre de 2009).

2.3. Supuestos especiales

Mediante Decreto Ley núm. 25478 se declaró a los Bancos Agrario, Industrial, Minero y de Vivienda del Perú en estado de disolución por lo que estaban en liquidación definitiva de sus bienes y negocios por lo que promulgaron normas que permitieran culminar los procesos de forma debida.

Debe tenerse en cuenta el proceso hiperinflacionario y sus efectos en el crédito hipotecario, los cuales en muchos casos se tornaron irrecuperables.

En virtud de ello se dio el Decreto de Urgencia 34-94 el cual señaló:

Artículo 12.—Precísase que las concesiones y denuncios mineros dados en garantía o sujetos a medidas cautelares constituidas en amparo del pago de créditos concedidos por el Banco Minero del Perú en Liquidación, mantendrán su vigencia quedando en suspenso las causales de abandono o caducidad, contempladas en el Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, aprobado por Decreto Supremo núm. 014-92- EM, ampliatorias, modificatorias y demás pertinentes, en tanto no culmine el proceso de recuperación de dichos créditos o los mismos no hayan sido transferidos a terceros.

A propósito de este se emitieron los siguientes acuerdos:

ACUERDO LXXXVI 1.—GARANTÍAS A FAVOR DEL BANCO MINERO

«El artículo 12 del Decreto de Urgencia 34-94 impide la caducidad —por las causales contempladas en la Ley General de Minería—,

de las concesiones y denuncios mineros dados en garantía o sujetos a medidas cautelares en amparo de créditos concedidos por el Banco Minero del Perú. Dicho Decreto de Urgencia no impide la caducidad de las garantías regulada en el artículo 3 de la Ley 26639» (86° Pleno del Tribunal Registral, 23 de marzo de 2012).

ACUERDO LXXXVI 4.—TRANSFERENCIA DE GARANTÍAS DEL BANCO MINERO A FONAFE

«La R.S. 077-2008-EF, que da por concluido el proceso de liquidación del Banco Minero y dispone la transferencia del remanente a FONAFE, al establecer que con el fin de proteger la vigencia de las garantías, los alcances del artículo 12 del D.U. 34-94 son de aplicación al FONAFE, está disponiendo que no procede la caducidad —por las causales contempladas en la Ley General de Minería—, de las concesiones y denuncios mineros dados en garantía» (86° Pleno del Tribunal Registral, 23 de marzo de 2012).

2.4. Aplicación a otros Registros

Ahora téngase en cuenta que el numeral 3 de la Ley 26639 se refiere también a:

> «(…) las demandas y sentencias u otras resoluciones que a criterio del Juez se refieran a actos o contratos inscribibles (…)».

Esto se ha entendido de forma general extendiéndose incluso a otros Registros como el de personas naturales. Ejemplo de ello se dio en la Resolución núm. 409-2006-SUNARP-TR-L la cual señala que la anotación de declaratoria se encuentra comprendida en la Ley 26639, bajo el rubro de «otras resoluciones» y que por lo tanto caducan a los 10 años de anotadas.

El fundamento de dicho artículo estuvo en el Registro de Propiedad Inmueble tanto en su origen como en su fundamentación, así como en la propia redacción del texto, aplicarlo a otros registros de forma analógica o vía interpretación extensiva consideramos que no se podría fundamentar dado que la norma bajo comentario extingue derechos.

Recuérdese que en el título preliminar del Código Civil se señala:

> «Artículo IV.—La ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía».

La regulación de la caducidad de hipotecas es útil, y se enriquece cuando se le interpreta de manera conjunta con otros dispositivos normativos.

2.5. Renovación

La renovación es la declaración unilateral por parte del acreedor, mediante la cual indica de forma clara y precisa que tiene la intención que la garantía siga vigente. En este sentido el Tribunal ha señalado:

> ACUERDO LXXXVI 3. RENOVACIÓN DE HIPOTECA
>
> *«La renovación de hipoteca requiere la declaración expresa del acreedor en el sentido que la obligación garantizada no se ha extinguido. Por lo tanto, no constituye renovación de la hipoteca la declaración del acreedor en el sentido que se pretende proteger la vigencia de la garantía»* (86° Pleno del Tribunal Registral, 23 de marzo de 2012).

Téngase en cuenta que es importante el momento en que se realiza la declaración, si ya caducó no puede realizarse la renovación, sino tiene que en la vigencia de la hipoteca.

De forma clara se indica en el Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios:

> Artículo 125.—Renovación o Reactualización de los asientos de inscripción.
>
> La renovación de los asientos de inscripción a que se refiere el artículo 3 de la Ley núm. 26639, solo procede cuando a la fecha del asiento de presentación del título de renovación no hubiera operado la caducidad.
>
> La renovación a que se refiere el párrafo anterior se efectuará en mérito a la solicitud formulada por la persona a cuyo favor se hubiera extendido la inscripción, en la que debe constar su declaración jurada con firma certificada en el sentido que la obligación garantizada no se ha extinguido.
>
> El asiento de reactualización de las inscripciones de las Sentencias y demás Resoluciones a las que se refiere el artículo 3 de la Ley núm. 26639, así como de las anotaciones de demanda y demás medidas cautelares a que se refiere el artículo 625 del Código Procesal Civil, solo podrá ser extendido en mérito a mandato judicial expreso.

En esta línea podemos discrepar de lo indicado en el acuerdo cuando señala que la declaración debe ser «*en el sentido que la obligación garantizada no se ha extinguido*».

Evidentemente de forma regular cuando se realiza la renovación la garantía no se ha extinguido dado que se realiza en el término su vigencia, lo que debe declararse es que se desea que renueve la misma a fin que no caduque la hipoteca.

El nuevo cómputo del plazo se inicia entonces desde la fecha de presentación del título de renovación:

> Artículo 126 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios.—Caducidad del asiento renovado o reactualizado. El plazo de caducidad del asiento de inscripción renovado o reactualizado aludidos en el artículo 125 se cuenta desde la fecha del asiento de presentación del título de renovación.

Ahora bien, el Tribunal ha indicado mediante acuerdo que no puede asimilarse la cesión de hipoteca, no parcial ni total, a un supuesto de renovación tácita:

> ACUERDO LXXXVI 2.—CESIÓN DE HIPOTECA
>
> «La inscripción de la cesión de hipoteca no constituye renovación de la misma ni modifica el cómputo del plazo de caducidad» (86° Pleno del Tribunal Registral, 23 de marzo de 2012).

Téngase en cuenta que similar criterio se adoptó en un precedente anterior, actualmente sin efecto, que señalaba:

> 8.—CESIÓN DE HIPOTECA
>
> *«La cesión de hipoteca no está comprendida dentro de los alcances del primer párrafo del artículo 120° del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios»*[34].

Teniendo dicho dispositivo normativo, actualmente abrogado, el siguiente tenor:

> Artículo 120.—Efectos de la inscripción de la modificación de los actos.
>
> Cuando se inscriba una modificación de los actos constitutivos de las hipotecas, de los gravámenes y de las restricciones a las facultades del titular del derecho inscrito a los que se refiere el artículo 3 de la Ley núm. 26639, el plazo de caducidad del asiento se cuenta con referencia al título modificatorio respectivo y no al título modificado (…)[35].

2.6. Supuesto especial: garantías a favor de entidades del sistema financiero

Es por todos conocidos que las hipotecas que garantizan créditos de entidades del sistema financiero no caducan, salvo que el término de caducidad haya ocurrido entre el 25 de septiembre de 1996 (fecha de entrada en vigencia de la Ley núm. 26639) y el 9 de diciembre de 1996 (fecha de publicación de la precisión de la Ley núm. 26702) en el sentido que dichas garantías no caducan.

14.—CADUCIDAD DE GRAVÁMENES CONSTITUIDOS A FAVOR DE ENTIDADES DEL SISTEMA FINANCIERO

«Pueden cancelarse en mérito a la Ley núm. 26639 los gravámenes cuyo plazo de caducidad se haya cumplido entre el 25 de setiembre de 1996 (fecha de entrada en vigencia de la Ley núm. 26639) y el 9 de diciembre de 1996 (fecha de publicación de la Ley núm. 26702), aun cuando hayan sido constituidos a favor de entidades del sistema financiero»[36].

Debe tenerse en cuenta que en su momento estuvo vigente un precedente que señalaba lo siguiente:

1.—RESPECTO A LA CADUCIDAD DE LOS GRAVÁMENES CONSTITUIDOS A FAVOR DE ENTIDADES DEL SISTEMA FINANCIERO

«Las hipotecas constituidas a favor de empresas del sistema financiero que garanticen obligaciones indeterminadas caducan a los 10 años de inscritas, siempre que dicho plazo hubiera transcurrido antes de la vigencia de la Ley núm. 26702»[37].

La no caducidad de las garantías a favor de entidades del sistema financiero es un privilegio, el cual no se transmite a terceros que no pertenezcan al sistema financiero por lo que el plazo de caducidad se activa cuando la titularidad se traslada.

En ese sentido mediante acuerdo se dispuso:

ACUERDO LIV 2.—CESIÓN DE GRAVÁMENES CONSTITUIDO EN FAVOR DE UNA EMPRESA DEL SISTEMA FINANCIERO.

«Cuando un gravamen originariamente constituido a favor de una empresa del sistema financiero es cedido a favor de un particular, procede la cancelación por caducidad de dicho gravamen si ha transcurrido el plazo de 10 años contados a partir del vencimiento de la obligación» (54° Pleno del Tribunal Registral, 17 y 18 de diciembre de 2009).

La vocal Elena VÁSQUEZ TORRES propuso que:

«En la cesión respecto a una hipoteca del sistema financiero a favor de un particular, el plazo de caducidad se cuenta a partir de la inscripción de la cesión».

La vocal Nora MARIELLA ALDANA propuso:

«El privilegio de las instituciones del sistema bancario y financiero, establecido en el artículo 172 de la Ley núm. 26702, conforme al que

no se les aplica la caducidad regulada en el artículo 3 de la Ley núm. 26639, no se transmite al cesionario en caso de cesión de la hipoteca, por tratarse de un privilegio propio de dichas Instituciones.

— La inscripción de la cesión de hipoteca no modifica el cómputo del plazo de caducidad, tal como se estableció en el Décimo Segundo Pleno del Tribunal Registral.

— Procede la renovación de las hipotecas constituidas a favor de las empresas del sistema bancario y financiero.»

Finalmente la vocal Gloria SALVATIERRA VALDIVIA, propuso:

«Cuando un gravamen originariamente constituido en favor de una empresa del sistema financiero es cedido a favor de un particular, procede la cancelación por caducidad de dicho gravamen si ha transcurrido el plazo de años contados a partir del vencimiento de la obligación».

Propuesta que fue finalmente la adoptada.

Ahora bien un supuesto especial de extinción lo encontramos en el siguiente acuerdo:

ACUERDO IV.9.—CADUCIDAD DE GARANTÍAS REALES OTORGADAS A FAVOR DE ENTIDADES PERTENECIENTES AL SISTEMA FINANCIERO

«En los supuestos de garantías reales otorgadas en favor de entidades pertenecientes al sistema financiero, resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 26639, si es que se ha inscrito la extinción de la entidad financiera y no se desprende de las partidas registrales del bien y de la persona jurídica que el crédito haya sido transferido.

Lo dispuesto precedentemente no se aplica en los casos de reorganización de sociedades».

2.7. Otros supuestos de extinción

El Tribunal Registral también ha reconocido otros supuestos de extinción de la hipoteca como en los casos en que se extingue una persona jurídica:

PRECEDENTE L.—CANCELACIÓN DE HIPOTECA CONSTITUIDA A FAVOR DE UNA PERSONA JURÍDICA EXTINGUIDA

«La extinción de la persona jurídica acreedora determina la extinción de la obligación y consecuentemente la extinción de la hipoteca.

En aplicación del principio *iura novit curia* procede disponer la cancelación de una hipoteca por extinción de la acreedora, aun cuan-

> do en la rogatoria se haya solicitado la cancelación por caducidad conforme a la Ley 26639» (50° Pleno del Tribunal Registral, 3, 4 y 5 de agosto de 2009)[38].

Téngase en cuenta que esto no puede aplicarse a personas naturales, dado que existe la transmisión de derechos y obligaciones del causante según lo dispuesto por el artículo 660 del Código Civil:

> Artículo 660.—Desde el momento de la muerte de una persona, los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia se trasmiten a sus sucesores.

Otro supuesto es en el caso de los bienes concursados, cuando el liquidador transfiere los bienes:

> PRECEDENTE XLVI. 4.—CANCELACIÓN DE GRAVÁMENES COMO CONSECUENCIA DE LA TRANSFERENCIA DEL BIEN POR EL LIQUIDADOR
>
> «La transferencia de cualquier bien del concursado por parte de su liquidador origina la cancelación de todos los gravámenes, medidas cautelares y cargas que aseguren créditos, inclusive a favor de terceros» (46° Pleno del Tribunal Registral, 2 y 3 de abril de 2009)[39].

CONCLUSIONES:

I. La importancia económica de la hipoteca es disminución del riesgo en los préstamos.

II. La hipoteca no es estrictamente un derecho real, pero tiene un contenido obligatorio.

III. La hipoteca, aunque pueda ser unilateral, en la práctica es frecuente la forma bilateral ya que las normas crean desincentivos en su uso.

IV. Las vicisitudes en el campo hipotecario son de diferente tipo, haciendo su contenido obligatorio.

ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

Tribunal Registral de la Superintendencia Nacional de Registros Públicos (Pleno). *Precedentes de Observancia Obligatoria Aprobados en el Cuarto Pleno*. Sesión ordinaria realizada el 6 y 7 de junio de 2003. Publicado en el diario oficial «El Peruano» el 18 de julio de 2003.

Tribunal Registral de la Superintendencia Nacional de Registros Públicos (Pleno). *Precedentes de Observancia Obligatoria Aprobadas en el Sexto Pleno*. Sesión ordinaria

realizada el 7 y 8 de noviembre de 2003. Publicado en el diario oficial «El Peruano» el 2 de diciembre de 2003.

Tribunal Registral de la Superintendencia Nacional de Registros Públicos (Pleno). Precedentes de Observancia Obligatoria Aprobados en el Octavo Pleno. Sesión ordinaria realizada el 13 y 14 de agosto de 2004. Publicada en el diario oficial «El Peruano» el 1 de octubre de 2004.

Tribunal Registral de la Superintendencia Nacional de Registros Públicos. Resolución núm. 003/2005 de 1 de marzo.

Tribunal Registral de la Superintendencia Nacional de Registros Públicos (Pleno). Precedentes de Observancia Obligatoria Aprobados en el Décimo Pleno. Sesión ordinaria realizada el 8 y 9 de abril de 2005. Publicada en el diario oficial «El Peruano» el 9 de junio de 2005.

Tribunal Registral de la Superintendencia Nacional de Registros Públicos (Pleno). Precedentes de Observancia Obligatoria Aprobados en el Décimo primero Pleno. Sesión extraordinaria realizada el 27 de julio de 2005. Publicada en el diario oficial «El Peruano» el 5 de septiembre de 2005.

Tribunal Registral de la Superintendencia Nacional de Registros Públicos (Pleno). Precedentes de Observancia Obligatoria Aprobadas en el Décimo Segundo Pleno. Sesión ordinaria realizada el 4 y 5 de agosto de 2005. Publicado en el diario oficial «El Peruano» el 13 de septiembre de 2005.

Tribunal Registral de la Superintendencia Nacional de Registros Públicos (Pleno). Precedentes de Observancia Obligatoria Aprobados en el Vigesimo segundo Pleno. Sesión ordinaria realizada el 18, 19 y 20 de diciembre 2006. Publicado en el diario oficial «El Peruano» el 24 de enero de 2007.

Tribunal Registral de la Superintendencia Nacional de Registros Públicos (Pleno). Precedentes de Observancia Obligatoria Aprobados en el Trigésimo segundo Pleno. Sesión ordinaria realizada el 3 y 4 de abril de 2008. Publicada en el diario oficial «El Peruano» el 11 de junio de 2005.

Superintendencia Nacional de Registros Públicos. Resolución núm. 248-2008-SUNARP/SN (28 de agosto de 2008).

Tribunal Registral de la Superintendencia Nacional de Registros Públicos. Resolución núm. 740/2009 de 29 de mayo.

Tribunal Registral de la Superintendencia Nacional de Registros Públicos (Pleno). Precedentes de Observancia Obligatoria Aprobadas en el Cuadragésimo sexto Pleno. Sesión ordinaria realizada el 2 y 3 abril de 2009. Publicado en el diario oficial «El Peruano» el 15 de abril del 2009.

Tribunal Registral de la Superintendencia Nacional de Registros Públicos (Pleno). Precedentes de Observancia Obligatoria Aprobadas en el Quincuagésimo Pleno. Sesión extraordinaria realizada el 18 de junio de 2009. Publicada en el diario oficial «El Peruano» el 8 de julio de 2009.

Tribunal Registral de la Superintendencia Nacional de Registros Públicos (Pleno). Precedentes de Observancia Obligatoria Aprobadas en el Quincuagésimo Pleno. Sesión ordinaria realizada el 3, 4 y 5 de agosto de 2009. Publicado en el diario oficial «El Peruano» el 13 de enero del 2011.

Tribunal Registral de la Superintendencia Nacional de Registros Públicos (Pleno). Sesión del Quincuagésimo cuarto realizada el 17 y 18 de diciembre de 2009.

Tribunal Registral de la Superintendencia Nacional de Registros Públicos (Pleno). Sesión extraordinaria del Sexagésimo Pleno modalidad no presencial realizada el 17 de junio de 2010.

Tribunal Registral de la Superintendencia Nacional de Registros Públicos (Pleno). Precedentes de Observancia Obligatoria Aprobadas en el Sexagésimo segundo Pleno. Sesión ordinaria realizada el 5 y 6 de agosto de 2010. Publicado en el diario oficial «El Peruano» el 6 de septiembre de 2010.

Tribunal Registral de la Superintendencia Nacional de Registros Públicos (Pleno). Sesión extraordinaria del Octogésimo sexto pleno modalidad no presencial realizada el día 23 de marzo de 2012.

Tribunal Registral de la Superintendencia Nacional de Registros Públicos (Pleno). Sesión extraordinaria del Nonagésimo tercero pleno modalidad presencial realizada el 2 y 3 de agosto de 2012.

Tribunal Registral de la Superintendencia Nacional de Registros Públicos (Pleno). Precedentes de Observancia Obligatoria Aprobadas en el Nonagésimo noveno Pleno. Sesión extraordinaria modalidad presencial realizada el 15 y 16 de noviembre de 2012. Publicado en el diario oficial «El Peruano» el 1 de diciembre de 2012.

Tribunal Registral de la Superintendencia Nacional de Registros Públicos (Pleno). Sesión ordinaria del Centésimo pleno modalidad presencial realizada el 6 y 7 de diciembre de 2012.

Tribunal Registral de la Superintendencia de Registros Públicos. Resolución núm. 1285/2015 de 1 de junio.

Tribunal Registral de la Superintendencia Nacional de Registros Públicos (Pleno). Sesión extraordinaria del Centésimo quincuagésimo pleno modalidad presencial realizada el 10 de mayo de 2016.

Tribunal Registral de la Superintendencia Nacional de Registros Públicos. Resolución núm. 138/2016 de 23 de marzo.

Tribunal Registral de la Superintendencia Nacional de Registros Públicos. Resolución núm. 716/2016 de 8 de abril.

Tribunal Registral de la Superintendencia Nacional de Registros Públicos. Resolución núm. 744/2016 de 12 de abril.

BIBLIOGRAFÍA:

Banco Central de Reserva del Perú. (2002). *El costo del crédito en el Perú*. [En línea] http://www.bcrp.gob.pe/docs/Publicaciones/Documentos-de-Trabajo/2006/Costo-del-credito-en-Peru-2002.pdf

BINDER, L. (1912). *Rechtsnorm und Rechtspficht*. Leipzig: [s.n].

BRINZ (1879). *Lehrbuch der Pandekten*, vol. II, 2ª edición. Erlangen: [s.n].

BÜCHEL, K. (1833). *Ueber der Natur des Pfandrechts*. Berlín: [s.n].

CARNELUTTI, F. (1939). *Natura giuridica dell´ipoteca, en: Revista de derecho Procesal y Civil.Italia:* [s.n].

CHOY, M., COSTA, E. y CHURATA, E. (2015). *Radiografía del costo del crédito en el Perú. DT. núm. 2015-001*. [En línea], disponible en http://www.bcrp.gob.pe/docs/Publicaciones/Documentos-de- Trabajo/2015/documento-de-trabajo-01-2015.pdf

CONSENTINO, G. (1964). *Brevi considerazioni sulla natura giuridica dell'ipoteca, en Temi Nap*. vol. lIII. Italia: [s.n].

Exposición de Motivos Oficiales del Código Civil, Hipoteca (1990). Separata Especial «El Peruano» de 9 de septiembre

Gerencia de Estabilidad Financiera Banco Central de Reserva del Perú (2006). El Costo del Crédito en el Perú: Revisión de la Evolución Reciente. [En línea] http://www.bcrp.gob.pe/docs/Publicaciones/Documentos-de-Trabajo/2006/Documento-Trabajo-04-2006.pdf

GIERKE, O. (1905). *Deutsches Privatrecht, Tomo II En: Sachenrecht*. Leipzig: [s.n].

GIORGI, G. (1909). *Teoría de las Obligaciones en el Derecho Moderno*», vol. I, 7ª Ed. Madrid: Editorial Revista de Legislación y Jurisprudencia.

HECK, P. (1930). *Grundris des Sachenrechts*. Berlín, Alemania: [s.n].

ISAY. (1904). *Schuldverhältnis und Haftungsverhältnis im heutigen Recht, en Iherings Jahrbücher*, vol. 48. Alemannia: [s.n].

MEIBOM, V. (1871). *Das mecklenburgisches Hypothekenrecht*. Leipzig, Alemannia: [s.n].

MOSCHELLA.(1938*). I: voz: Ipoteche, en Nuovo Digesto Italiano,* Tomo VII. Italia: [s.n].

MUÑIZ ESPADA, E., NASARRE AZNAR, S., SÁNCHEZ JORDAN, E. (sin fecha) Un modelo para una Eurohipoteca. Desde el informe Segré hasta hoy. *Cuadernos de Derecho Registral*. Madrid, España: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

PUGLIESE, V. (1964). *Diritti reali (Diritto Civile), en ED, Tomo XII*. Italia: [s.n].

SINTENIS, C.F.F. (1836). *Handbuch des gemeinen Pfandrechts*. Halle, Alemania: [s.n].

Subgerencia de Análisis del Sistema Financiero y del Mercado de Capitales del Banco de Reserva del Perú. (2006). *El Costo del Crédito en el Perú: Revisión de la Evolución Reciente*. Lima: Banco de Reserva del Perú.

NOTAS

[1] En el estudio del 2002 se denominaba al segmento Micro Empresas habiéndose unido con el sub-segmento de créditos de consumo de bajos ingresos. BCRP - Subgerencia de Análisis del Sistema Financiero y del Mercado de Capitales: «El Costo del Crédito en el Perú: Revisión de la Evolución Reciente» de junio de 2006.

[2] Puede ser constitución de hipotecas, caducidad, modificación, cesión, entre otros.

[3] Artículo 2019.—Son inscribibles en el registro del departamento o provincia donde esté ubicado cada inmueble:

1. Los actos y contratos que constituyen, declaren, trasmitan, extingan, modifiquen o limiten los derechos reales sobre inmuebles (…).

[4] Artículo 881.—Son derechos reales los regulados en este Libro y otras leyes.

[5] Un texto interesante que recoge las posiciones en suiza es: MUTZNER, Paul. Geschichte den Grundpfandrechts in Graubünden, ein Beitrag zur Geschichte des schweizerischen Privatrechts, Chur, Manatschal, Ebner & Cie, 1909, VIII.

[6] En esta misma línea SOHM, Rudolf. Ueber Natur und Geschichte der modernen Hypothek, en: Zeitschrift für das privat-und öffentlich Recht der Gegenwart, vol. V, 1878.

[7] En Italia similar orientación FAIS, A: Natura giuridica dell'ipoteca, Milán, 1953, 37-39.

[8] En ese sentido también BREHM, Wolfgand y BERGER, Christian. Sachenrecht. Mohr Siebek, 2006.

[9] Incluso algunos distinguen entre Inherencia activa inmediatez, inherencia pasiva reipersecutoriedad. BIGLIAZZI-GERI, L. (1984): Oneri reali e obbligazioni «propter rem», en Trattato di Diritto Civile e Commerciale, dirigido por Cicu-Messineo, Milán, 100.

[10] Véase los casos de hipoteca unilateral.

[11] Queda claro, que una persona diligente que conoce esto, para evitar supuestos de doble venta por ejemplo va a desear formalizar su adquisición inscribiéndolo en el registro.

[12] Artículo 1625.—La donación de bienes inmuebles, debe hacerse por escritura pública, con indicación individual del inmueble o inmuebles donados, de su valor real y el de las cargas que ha de satisfacer el donatario, bajo sanción de nulidad.

[13] Artículo 881.—Son derechos reales los regulados en este Libro y otras leyes.

[14] Criterio adoptado en las Resoluciones núm. 132-2003-SUNARP-TR-T del 8 de julio de 2003, núm. 048-2003-SUNARP-TR-A de 12 de marzo de 2003 y núm. 593-2003-SUNARP-TR-L de 19 de septiembre de 2003.

[15] Este requisito no será exigible cuando el instrumento inscribible que contiene el acto previo haya sido extendido con anterioridad al asiento de presentación del primer título. Los efectos de la inscripción de los títulos conexos calificados conjuntamente se retrotraen a la fecha y hora del asiento de presentación del título que ingresó primero. En estos casos la calificación corresponde al Registrador que conoce del título presentado en primer lugar.

[16] Criterio adoptado en las Resoluciones núm. P003-98-ORLC/TR de 30 de enero de 1998 y núm. 279-1997-ORLC/TR de 7 de julio de 1997.

[17] Precedente de Observancia Obligatoria incorporado en el artículo 83 literal c) del Reglamentos de Inscripciones del Registro de Predios aprobado por Resolución núm. 248-2008-SUNARP/SN. Criterio adoptado en la Resolución núm. 162-2003-SUNARP-TR-L de 14 de marzo de 2003.

[18] Criterio adoptado en las siguientes Resoluciones núm. 144-2001-ORLL-TRN de 25 de octubre de 2001, núm. 076-2005-SUNARP-TR-T de 6 de mayo de 2005, núm. 099-2005-SUNARP-TR-T de 16 de junio de 2005 y núm. 115-2005-SUNARP-TR-T de 4 de julio de 2005.

[19] No obstante ello, debe reconocerse que en dicha Resolución se emitió un voto en discordia que reconoció la posibilidad de constituir e inscribir una hipoteca unilateral.

[20] 6.—*HIPOTECA UNILATERAL*

«Procede inscribir hipotecas constituidas por declaración unilateral del propietario, sin necesidad de intervención del acreedor». Criterio adoptado en las Resoluciones núm. P003-98-ORLC/TR de 30 de enero de 1998 y núm. 279-1997-ORLC/TR de 7 de julio de 1997.

[21] La cual derogó a su vez el reglamento contenido en la Resolución SBS núm. 0020-2001.

[22] Criterio adoptado en la Resolución núm. 872-2009-SUNARP-TR-L de 19 de junio de 2009.

[23] Para profundizar en el tema ver, Potencialidad del desarrollo de hipotecas inversas como complemento pensionario: el caso de Chile de Javier ALONSO, David TUESTA y María LAMUEDRA, Documento número 13/09, En: https://www.bbvaresearch.com/wp-content/uploads/migrados/WP_1309_tcm346-372400.pdf

[24] Para profundizar más en el tema ver, La hipoteca centroamericana. Origen, posibilidades y retos para su implementación de Juan Carlos Benítez Molina. Banco Interamericano de Desarrollo, febrero de 2011.

[25] Artículo 1114.—El acreedor preferente puede ceder su rango a otro acreedor hipotecario. Para que la cesión produzca efecto contra el deudor se requiere que este la acepte o que le sea comunicada fehacientemente.

[26] Se ha señalado entonces que inherencia no determina la calidad de derecho real, solo tiene un carácter real. Pugliese *Voz: Diritti reali (Diritto Civile),* en ED, Tomo XII, 1964, 772. Aunque otros han señalado que inherencia activa inmediatez, inherencia pasiva repersecutoriedad. BIGLIAZZI-GERI, L: *Oneri reali e obbligazioni «propter rem»,* en Trattato di Diritto Civile e Commerciale, dirigido por Cicu-Messineo, Milán, 1984, 100.

[27] Criterio adoptado en la Resolución núm. 1077-2008-SUNARP-TR-L de 3 de octubre de 2008.

[28] Criterio adoptado en la Resolución núm. 1150-2010-SUNARP-TR-L de 11 de agosto de 2010.

[29] Criterio sustentado en la Resolución núm. 153-2003-SUNARP-TR-L de 14 de marzo de 2003.

[30] Artículo 1042 del Código Civil de 1942: «(…) 5.- Las restricciones y limitaciones en las facultades del propietario, derivadas de los contratos, testamentos y sentencias; 6.- Las protestas de hipoteca; 7.- Los embargos preventivos y definitivos; 8.- Las demandas a juicio del juez, que se refieran a actos inscribibles; (…)». Téngase en cuenta que dichos artículos se ubican en el título del Registro de la propiedad inmueble.

[31] Criterio sustentando en la Resolución núm. 311-2008-SUNARP-TR-L de 19 de marzo de 2008.

[32] Para profundizar más en el tema ver La constitución del negocio hipotecario ¿Inscripción constitutiva? De Mendoza del Maestro (2015) [En línea] https://works.bepress.com/gilberto-mendozadelmaestro/21/

[33] Criterio adoptado en la Resolución núm. 136-2004-SUNARP-TR-T de 21 de julio de 2004. Precedente de Observancia Obligatoria dejado sin efecto por el artículo 87 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios (Aprobado por Resolución núm. 248-2008-SUNARP/SN).

[34] Criterio sustentado en la Resolución núm. 072-2005-SUNARP-TR-L de 11 de febrero de 2005. Pleno XII. Precedente de Observancia Obligatoria dejado sin efecto por la derogación del artículo 120 del anterior Reglamento de Inscripción del Registro de Predios.

[35] Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios aprobado mediante Resolución núm. 540-2003-SUNARP/SN.

[36] Criterio adoptado en la Resolución núm. 040-2002-ORLL/TR de 22 de marzo de 2002, publicado el 5 de abril de 2002. Pleno II.

[37] Criterio aprobado en el Décimo Primer Pleno y que dio mérito a la emisión de la Resolución núm. 451-2005-SUNARP-TR-L de 5 de agosto de 2005. Pleno XI 1.- PRECISIÓN DEL PRECEDENTE RATIFICADO EN EL SEGUNDO PLENO. Precedente de Observancia Obligatoria dejado sin efecto por el artículo 87 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios (aprobado por Resolución núm. 248-2008-SUNARP/SN).

[38] Criterio adoptado en las Resoluciones núm. 1001-2009-SUNARP-TR-L de 26 de junio de 2009 y núm. 095-2009-SUNARP-TR-L de 23 de enero de 2009.

[39] Criterio adoptado en la Resolución núm. 400-2009-SUNARP-TR-L de 25 de marzo de 2009.

(Trabajo recibido el 26-4-2017 y aceptado para su publicación el 9-5-2017)

Eficacia versus validez de las transmisiones sobre inmuebles a la luz de las Sentencias del Tribunal Supremo Popular de Cuba

Efficacy versus validity of the transmissions on real state property in the light of the judicial decisions of the Supreme Court in Cuba

por

YUNIEL ROSABAL ROBAINA
Máster en Ciencias en Derecho por la Universidad de La Habana
Registrador de la Propiedad de La Habana Vieja
Profesor de Derecho Civil a tiempo parcial de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, Dpto. de Derecho Civil y de Familia

RESUMEN: Con estas líneas no se pretende poner punto final sobre la validez y la eficacia del negocio jurídico. Presumimos que el lector es conocedor de la materia y ha bebido de la fértil doctrina precedente sobre el asunto. Simplemente haremos una relectura de sus prepuestos desde el derecho inmobiliario registral. Más que distinguir entre eficacia y validez, preocupa al autor, en qué medida afecta a los terceros adquirentes las causales de ineficacia de un negocio jurídico previo a su adquisición. Cuestión que luego del surgimiento de los registros públicos ha motivado áridas discusiones, controvertidas soluciones y sobre todo, el replanteamiento de algunos axiomas romanos.

ABSTRACT: He does not intend to put on final point on validity and the efficacy of the juristic act by means of these lines. We supposed that the reader is knowledgeable of the matter and you have drunk of the fertile preceding topical doctrine. We will just simply do a second reading of his preferred from the real-estate right concerning registration. More than telling apart between efficacy and validity, worry the author, in what measure affects the causes of inefficacy of a previous juristic act to the acquiring third ones to its acquisition. Issue than you have caused arid arguments, controversial solutions right after the surging of the public records and most of all, the new proposal of some Roman axioms.

PALABRAS CLAVES: Eficacia e ineficacia. Validez. Asimetrías informativas. Registro de Derechos. Fe pública registral.

KEY WORDS: Efficacy and inefficacy. Validity. Informative asymmetries. Record of Rights. Authority to attest documents concerning registration.

SUMARIO: I. A PROPÓSITO DE LA EFICACIA Y LA VALIDEZ DEL NEGOCIO JURÍDICO.—II. ¿LA PREVIA INSCRIPCIÓN PRESUPUESTO DE LEGITIMACIÓN QUE TRASCIENDE A LA EFICACIA FRENTE A TERCEROS O FORMALIDAD QUE INCIDE EN LA VALIDEZ DEL NEGOCIO? —III. EL DERECHO POSITIVO CUBANO FIEL HEREDERO DEL DERECHO ROMANO. INCIDENCIAS EN LAS TRANSMISIONES DE INMUEBLES: 1. EL VALOR DE LOS ASIENTOS REGISTRALES EN MATERIA INMOBILIARIA.—IV. OTRAS ASIMETRÍAS INFORMATIVAS QUE DIFICULTAN LA SEGURIDAD EN LA TRANSMISIÓN DE INMUEBLES EN CUBA.—V. CONCLUSIONES.

I. A PROPÓSITO DE LA EFICACIA Y LA VALIDEZ DEL NEGOCIO JURÍDICO

Con estas líneas no se pretende poner punto final sobre la validez y la eficacia del negocio jurídico. Presumimos que el lector es conocedor de la materia y ha bebido de la fértil doctrina precedente sobre el asunto. Dicho así, procederemos a una relectura de sus prepuestos desde el derecho inmobiliario registral.

Más que distinguir entre eficacia y validez, preocupa al autor, en qué medida afecta a los terceros adquirentes las causales de ineficacia de un negocio jurídico previo a su adquisición. Cuestión que luego del surgimiento de los registros públicos ha motivado áridas discusiones, controvertidas soluciones y sobre todo, el replanteamiento de algunos axiomas romanos.

Algunos autores afirman que la doctrina científica construyó la figura de la ineficacia a partir de la *actio* y *decretum* del Digesto, o sea, debe su concepción actual a una interpretación exegética. Así, ha entendido un sector doctrinal, que el negocio jurídico ineficaz surte efectos, si bien no los queridos por las partes: eje. La obligación de restitución, la nulidad documental, la cancelación de los asientos registrales y la correspondiente indemnización por daños y perjuicios[1].

En otro orden, sostener que en materia de derechos reales la eficacia frente a terceros[2] está implícita en su propia naturaleza jurídica, o que esta depende exclusivamente de los efectos que producen los contratos, ni se aviene a la dinámica del siglo XXI, ni es saludable para la seguridad del tráfico inmobiliario.

Pueden las partes prestar su consentimiento y perfeccionar el negocio traslativo de dominio conforme las exigencias del derecho común, ergo, si no se desarrollan tecnologías físicas y jurídicas para hacerlo realmente *erga omnes,* la eficacia de dicho derecho real quedaría al menos limitada[3].

En este sentido, pueden existir negocios válidos pero no eficaces frente a todos y negocios judicialmente declarados nulos[4], donde las causales de ineficacia negocial no trascienden al derecho de propiedad adquirido con posterioridad por un tercero[5], que de manera onerosa y de buena fe inscribe su derecho.

Cuestión que no ha sido ni es pacífica en la doctrina y que se resume en dos posiciones encontradas. Una, apunta a la interpretación clásica del fenómeno. Acogida en sistemas jurídicos con predominio de un enfoque civil puro de fuerte tradición romanista, donde la eficacia del derecho real responde a una perspectiva intracontractual denominada como «concepción insular del contrato». Se sostiene que las relaciones *inter partes* priman sobre las relaciones frente a terceros, siendo visualizados los efectos frente a terceros como «reflejos o indirectos» del contrato.

La otra (escuela del análisis económico del derecho), sostiene que fuera del Registro de la Propiedad las titularidades que se ostentan son meramente negociales (*ob rem)*, quedando solo protegidas por reglas de responsabilidad, pues no superan el escenario de las obligaciones. Argumentan su tesis sobre la base de que el titular inscripto es el *verus dominus* reconocido por el Estado, siendo la inscripción registral un acto de soberanía protegido por una regla de propiedad, o sea, que el tercero hipotecario adquiere *a domino* y no *a nom domino*[6].

Precisamente según la postura que se adopte y la tecnología jurídica que se implemente, podrá hablarse de eficacia del derecho adquirido en uno u otro sentido. Ello, porque el derecho entre muchas otras cosas, suele ser una ciencia social invadida de ficciones, excepciones y de ingeniosas válvulas de escape, para dar soluciones alternativas a un mismo conflicto.

Se plantea entonces una problemática sobre la que se ha escrito más de un tratado en la dogmatica jurídica y que nos conduce a varias interrogantes, entre ellas: ¿Cuándo debemos mantener en la adquisición de la propiedad de un inmueble al «*verus dominus»* y cuándo al tercer adquirente? y ¿En qué medida

deben afectar las causales de ineficacia negocial a aquel que adquiere confiando en lo que publica el Registro de la Propiedad?

La solución al conflicto planteado entre el denominado *verus dominus* y el tercer adquirente, depende de la aplicación o derogación por parte de los jueces de las siguientes reglas del derecho común: *Nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet; Id quod nostrum est sine facto nostri ad alium transferri non potest; Ubi rem team invenit ibi vindico*.

Solución que requiere a todas luces de una respuesta institucional. Es necesario lograr la interconexión efectiva de muchas instituciones jurídicas.

En regímenes como el cubano donde no está claramente definido, queda en mano de los jueces decidir, a quién mantener en la adquisición, si al llamado «*verus dominus*» o al tercer adquirente.

Lo anterior no implica una desprotección de la contraparte vencida en el proceso. Ello significa que quien no queda mantenido en su adquisición, si bien ha perdido la titularidad, puede pedir al tribunal el saneamiento por evicción al causante del conflicto, o sea, a quien vendió doble o a quien introdujo el vicio que conduce a la nulidad de un título en una cadena de transmisiones.

II. ¿LA PREVIA INSCRIPCIÓN ES PRESUPUESTO DE LEGITIMACIÓN QUE TRASCIENDE A LA EFICACIA FRENTE A TERCEROS O FORMALIDAD QUE INCIDE EN LA VALIDEZ?

Con el Decreto Ley 288/11, modificativo de la Ley 65/88 Ley General de la Vivienda (LGV), si bien no puede afirmarse que revolucionó el tráfico inmobiliario en nuestro país, fue una norma que permitió que circulase con mayor frecuencia la propiedad sobre la vivienda. Quedaba atrás un ciclo de simulaciones y artilugios cual verdaderas obras de ingeniería jurídica que se utilizaban para encubrir compraventas que estaban reprimidas por el ordenamiento[7].

Con agrado vimos fenecer viejas políticas que dificultaban la transmisión de la propiedad entre particulares y que según el SEGUNDO POR CUANTO del nuevo Decreto modificativo, era aconsejable: *eliminar prohibiciones y flexibilizar limitaciones en los actos de transmisión de la propiedad de la vivienda, a los efectos de garantizar el ejercicio efectivo de los derechos de los propietarios*.

Como afirmó, PÉREZ GALLARDO: *el agua vuelve a su cauce*. No obstante, muchos cubanos y cubanas habían vendido ya sus viviendas, o realizado permutas con compensaciones dinerarias con anterioridad a esta noticia. A muchos se les había aplicado la tristemente célebre DISPOSICIÓN FINAL SÉPTIMA de la LGV. No obstante, el problema que comenzaba a desatarse ahora tenía otra naturaleza. Lo ayer prohibido era ahora permitido y quienes habían realizado compraventas sobre inmuebles, otrora *contra legem,* comenzaron a intentar regularizarlas.

El conflicto estalló en tanto y en cuanto quien «vendió» (estando prohibido), se negó a formalizar la transmisión en favor de quien «compró». El asunto adquirió tales dimensiones que alcanzó los tribunales. La solución no se hizo esperar y llegó de la mano de la *actio pro forma vis* aplicación del artículo 313 del Código Civil cubano, en lo adelante Cc/87. Precepto que llegó en amparo de cientos de ciudadanos que vieron frustradas las formalizaciones de sus adquisiciones clandestinas.

No puede negarse que hubiera sido injusto que aquellas personas que con sacrificio habían «adquirido» viviendas estando vigente la absurda prohibición, quedasen desprotegidos de aquellos «vendedores», que incluso exigían se les volviese a abonar el precio de la venta que ya habían recibido. Por ello, lejos de criticar la decisión de nuestro más alto foro, la aplaudimos. Estamos de acuerdo cien por cien con la solución, pero no con los argumentos legales con los que solucionaron el asunto.

Sin ánimo de extendernos en teorética sobre la acción proforma, queremos recordar que esta solo puede ser invocada cuando un acto válido requiere la forma para surtir eficacia.

Al respecto ya se han hecho escuchar voces portadoras de lo mejor de nuestra doctrina nacional.

DELGADO VERGARA[8] nos comentaba recientemente sobre el sentido en que debe interpretarse el consensualismo contractual del 313: *Por una parte tenemos el artículo 313 que refrenda la mencionada acción pro forma. De su redacción se colige que el legislador ha dado a todos los contratos del Código la condición de consensuales, pues al decir que «si la ley exige el otorgamiento de escritura pública u otra forma especial para la celebración del acto, las partes pueden compelerse recíprocamente a cumplir esa formalidad», está concediendo la acción pro forma siempre que se demuestre que intervinieron los requisitos necesarios para su validez, es decir, el contrato será válido cuando haya consentimiento y la forma será solo un medio de prueba o un requisito para la eficacia.*

Sobre la base de ese argumento el más Alto Tribunal cubano ha fallado en incontables ocasiones[9].

Mas continúa la autora en su exposición: *Sin embargo, esta es una interpretación apriorística. Evidentemente el legislador, en lugar de celebración, debió decir eficacia, pues ese es el rol que juega la forma en este caso; y, en lugar de escritura pública, debió decir simplemente por escrito; pues en caso contrario se incurre en una flagrante antinomia con el artículo 67, inciso d) y con el artículo 51, inciso c), reguladores: el primero, como se está examinando, de la nulidad por falta de un requisito formal establecido con carácter de esencial; y el segundo, de la imposición de la forma escrita en los casos en que la ley así lo disponga.*

Si entendemos que la forma en ciertos supuestos es elemento ad substantiam, *cuya omisión puede conllevar a la nulidad del acto según el artículo 67 d) en*

relación con el 51 c), no se explica la presencia del artículo 313 en los términos en que aparece redactado, pues está legitimando en todo caso la posibilidad de que las partes puedan excluir ab initio *la forma requerida, cuando lo cierto es que hay supuestos dentro de la propia ley en los que la solemnidad es requisito de validez del acto*[10].

Debemos reparar en dos cuestiones generadoras de variables distintas en la fórmula que eligió el legislador del Código Civil para proteger las transmisiones inmobiliarias. Primera cuestión: Al momento de su promulgación el tráfico jurídico en Cuba no era significativo comparado con el que comenzó a desarrollarse luego del Decreto Ley 288/11. El trabajo por cuenta propia[11] como modalidad de gestión no estatal, configura otra dimensión del tráfico jurídico inmobiliario. Segunda cuestión: La existencia del artículo 191 del propio cuerpo legal añade otra cortina de niebla sobre el camino que intentamos recorrer.

Prestémosle inmediata atención al 191.1 que reza textualmente: «*la trasmisión de inmuebles rústicos o urbanos, de ganado mayor y de aquellos otros bienes en que se requiere autorización previa de la autoridad competente* o el cumplimiento de formalidades particulares, se rige por disposiciones especiales»[12].

Lo primero que nos advierte el legislador es que la transmisión de inmuebles sea cual sea su naturaleza se rige por disposiciones especiales, si para transmitir la propiedad de estos, se requiere autorización previa o el cumplimiento de otras formalidades. Lo segundo y esto lo contiene el apartado 2, es que el incumplimiento de la previa autorización o de ciertas «formalidades particulares», se sanciona con nulidad.

En cuanto a la autorización previa, aunque ya no se requiere en la misma medida que antes del 288/11, existen zonas especiales de desarrollo o de alta significación para el turismo[13] donde se continúa necesitando. Por tanto, en esos limitados supuestos es requisito de legitimación dispositiva, que incide en la validez del acto en correspondencia con la letra del 191.2, cuya inobservancia se sanciona con nulidad: «*Es nula la trasmisión que se realice sin la autorización o las formalidades a que se refiere el apartado anterior*».

DELGADO VERGARA[14] al respecto nos advertía también: *Se entiende que las autorizaciones administrativas son anteriores al contrato mismo y por ello inciden en el poder negocial de los sujetos. Esto implica que las autorizaciones, más que formalidades constituyen requisitos de legitimación para quienes operan el negocio: propician la idoneidad para adquirir la calidad de parte en la relación contractual concreta.*

Hasta aquí, despejamos un poco el tortuoso sendero por el que discurre la validez en el 191. Quedando a nuestro juicio, al menos claro, que en la transmisión de la propiedad inmueble que requiere previa autorización de la autoridad competente, rige la legislación especial sobre el Código Civil. Cuestión sometida al archiconocido binomio supletoriedad-especialidad del artículo 8[15] y DISPOSICIÓN FINAL PRIMERA, ambos del propio Cc/87[16].

Coincidimos con la autora en que la causal de nulidad en caso de falta de autorización administrativa no puede decretarse conforme al artículo 67 inciso d del Cc/87, pues es un requisito de legitimación y no una formalidad[17].

Ahora bien, ¿cuáles son las formalidades particulares a las que se refiere el 191.1? No existe referencia alguna en la norma sobre qué entender por estas formalidades particulares. Lo cierto es que al emplear «*el legislador la conjunción disyuntiva "o", parece indicar que no considera la autorización como una formalidad, pero sí un requisito de validez del negocio cuya omisión provoca la nulidad del acto. Sin embargo, debe entenderse entonces que este precepto utiliza el término formalidades en un sentido amplio, pues impone la sanción de nulidad aun cuando en el resto del articulado del Código está claro que no hay contratos solemnes, por la manera en que fue redactado el artículo 313*»[18].

Pasemos de inmediato a valorar la exégesis del artículo 69 y 70 de la LGV[19].

La modificación sustancial a los artículos 69 y 70 de la LGV relativos a la transmisión de la propiedad de una vivienda, radica en la eliminación de la previa autorización administrativa que antes se requería en el caso de la permuta y la donación. Así como ahora se permite se transmita la propiedad de una vivienda por compraventa.

Tales actos de enajenación plena deben formalizarse *directamente ante notario,* previa inscripción del derecho del transmitente. Nótese en primer orden, que el único inmueble trasmisible por permuta, compraventa o donación, según estos preceptos, es la vivienda[20]. Los solares yermos, locales, terrenos y demás inmuebles no integran el objeto de la norma que por demás es imperativa.

La fórmula se *«formaliza directamente ante notario»,* ha llevado a varios estudiosos del derecho en Cuba a preguntarse sobre el papel que juega la forma en la validez o eficacia en tales actos de transmisión, en especial en el supuesto de la compraventa[21].

Según PÉREZ GALLARDO[22], para acercarse a la respuesta en cuanto al papel de la forma (se refiere a la compraventa inmobiliaria), debemos atender a los preceptos del Código Civil.

En su análisis el destacado profesor alude a que «*la sola participación del notario supone la instrumentación del contrato por escritura pública, lo que se refuerza por el artículo 339 del propio Código Civil que impone el documento público en la compraventa de bienes inmuebles, dentro de los cuales, por supuesto clasifican las viviendas, como requisito de su validez,* rectius, *de su eficacia frente a terceros*. Hasta aquí, me inclinaría a pensar que la compraventa de viviendas en el Derecho cubano es un contrato no solo formal, sino solemne[23], *sin cuya instrumentación no se perfeccionaría, pero esta recta interpretación quedaría desvanecida de aplicarse el artículo 313, de alcance general…y que lleva al ejercicio de la* actio pro forma *en un contrato ya perfecto, válido, pero que requiere su inscripción en el Registro de la Propiedad, a los efectos de su publicidad y oponibilidad frente a terceros. De modo que, de entender de*

aplicación tal precepto, nos conduciría a atribuirle a la forma el rol de forma ad utilitatem, *a menos que lo contrario hubiere sido dispuesto por las partes en el contrato…de modo que perfeccionado el contrato, compete a las partes ejercitar las acciones conducentes a elevarlo a documento público, si este requisito no fue cumplimentado…».*

DELGADO VERGARA[24], también refiriéndose exclusivamente a la compraventa, se inclina por asumir que el legislador trató de solemnizar las transmisiones inmobiliarias sin lograrlo. «*Si bien puede debatirse el rol que juega la forma en el juego de los artículos 313, 191.2 y 339 del Código y el artículo 70.3 de la Ley General de la vivienda, ya sea con un valor integrativo o con un valor de publicidad, sí resulta claro que la intención del legislador es la de solemnizar el negocio en su perfección. Al emplear el adverbio directamente, si bien no es el más feliz a tal pretensión, inclina a pensar que la intervención "directa" del funcionario público, conduce a la autenticación por parte del notario de la perfección del negocio, al dar fe de que el contrato se ha perfeccionado en su presencia mediante la instrumentación del mismo, pero ante esto vuelve a emerger el artículo 313 del Código Civil que impide la existencia, dogmáticamente hablando, de contratos solemnes en nuestro ordenamiento, aun cuando sería lo aconsejable en este tipo de negocio traslativo inmobiliario».*

Ambos autores concentran su preocupación sobre el valor de la forma en la escritura notarial. Quedando el análisis de la previa inscripción orbitando sobre la eficacia frente a terceros. No olvidemos que el derecho registral también es un derecho de formas; los asientos, notas marginales y certificaciones también son documentos públicos y causan estado en el tráfico jurídico, crean presunciones *iuris tamtum* a través del principio de legitimación y presunciones *iuris et de iure* mediante la fe pública registral.

Por ello, trataremos al valorar el artículo 70 de la LGV, 51, 191 y 313, 334 y 339 del Cc/87, no solo entender qué papel juega la forma en la inscripción registral, sino demostrar cuán dañino puede ser para la seguridad de las adquisiciones y la contratación sobre inmuebles, el no atribuirle expresamente un valor jurídico a la inscripción.

Nos inclinamos a creer *a priori* que el redactor de la norma, de igual manera que con la escritura notarial, intentó solemnizar la inscripción en el artículo 69 y 70; empero, una vez más la deficiente técnica legislativa nos invita a pulir otra piedra Rosseta de nuestro ordenamiento.

Al igual que la escritura notarial la inscripción se ha visto atrapada en las místicas redes tanto del 310 como del 313[25]. Olvidan quienes reducen la previa inscripción a una formalidad habilitante, que el Registro de la Propiedad es una tecnología jurídica que cumple una función garantista, donde el derecho común no alcanza a proteger el vertiginoso tráfico jurídico.

Los registros públicos han ido asumiendo protagonismo aceleradamente. Y aunque el mundo sobrevivió sin ellos hasta mediados del siglo XIX, su

presencia o ausencia en la actualidad, es determinante en cuanto a la seguridad de las adquisiciones.

En cada nación el Registro de la Propiedad revela la historia del surgimiento de las grandes ciudades, su crecimiento económico o sus patologías financieras. Es más que un instrumento de publicidad, pues una nota simple informativa genera tal confianza al inversor, que permite se transfieran millonarias sumas día a día en base a su contenido. Por ello, aunque no sea objeto inmediato de esta ponencia, estimamos oportuno dedicar unas cuartillas a su deontología.

Hacer un recuento de la evolución histórica del Registro de la Propiedad en Cuba sería dilatar el asunto que nos ocupa[26]. Sin embargo, debemos reparar en el porqué de la reactivación de las oficinas registrales en 1998[27].

Pudiéramos encontrar razón suficiente en las relaciones socio-económicas. Por esa fecha, el colapso del modelo socialista de los países de Europa del Este, junto a otros factores internos y externos, deprimieron notablemente la economía cubana de la década del 90. Se vivió en la isla el llamado «periodo especial», caracterizado por la escasez de recursos materiales, económicos y financieros. Una de las soluciones encontradas fue estimular la inversión extranjera y atraer capital.

Entre las primeras demandas de los inversores extranjeros estuvo la exigencia de un Registro de la Propiedad que garantizara los derechos sobre los inmuebles sobre los que se pretendía invertir. ¿Por qué? ¿No había suficientes garantías para los inversores en el derecho civil cubano? ¿Qué significa que la propiedad se encuentra registrada? ¿No basta un título auténtico para probar la propiedad?

Asentar un derecho en los libros del Registro no es una mera formalidad, un puro requisito de legitimación dispositiva[28], sino que ello implica que el Estado garantiza el derecho sobre el inmueble mediante mecanismos institucionales. Una certificación registral no solamente indica el titular de la propiedad, sino que garantiza esta con efectos, o sea, optimiza las adquisiciones, las dota de plena eficacia, si bien es cierto que tales efectos serán más o menos potentes según el sistema que se adopte.

Se dice que cada sistema inmobiliario registral desarrolla efectos a partir de la inscripción de un derecho. Efectos que suelen traducirse en principios registrales y que fungen además como reglas de interpretación del ordenamiento jurídico sobre la materia. Su finalidad, es generar certeza en la adquisición de la propiedad y ofrecer un *status* jurídico confiable a quienes interactúan en las disímiles circunstancias que se producen dentro del tráfico jurídico inmobiliario.

La publicidad, en términos estrictamente jurídicos, implica un reconocimiento estatal de que determinadas circunstancias, acontecimientos, hechos o actos existen y valen mediante presunciones en la forma en que se hallan registrados. En el supuesto específico de la propiedad y demás derechos reales, la publicidad adquiere una especial connotación debido a la absolutividad que ostentan estos derechos.

Resulta pertinente entonces, que la sociedad en su rol de sujeto pasivo de una relación jurídica real, al soportar la eficacia *erga omnes* de los derechos reales, conozca por medio de una institución (Registro de la Propiedad), el estado de tales derechos.

Al respecto MOISSET DE ESPANES[29] manifiesta que el derecho debe defender la relación existente entre un sujeto y una cosa, frente a las turbaciones o ataques de terceros que se inmiscuyen en esa relación, a lo que denomina «seguridad estática»; y por otra parte, brindar protección a los terceros que se ven involucrados en la circulación de la riqueza, a lo cual se refiere como «seguridad dinámica»[30].

La seguridad estática suele encontrar defensa suficiente en la exteriorización posesoria del derecho, pero esta exteriorización posesoria resulta insuficiente para proteger la seguridad dinámica, y entonces suele aparecer la publicidad registral, como medio idóneo para contribuir a la seguridad del tráfico, poniendo al alcance de cualquier interesado la posibilidad de tomar conocimiento de la situación jurídica del bien, su libre disponibilidad o los gravámenes y cargas que sobre él pesan.

Aparece entonces, la publicidad registral como una consecuencia para proteger el tráfico jurídico y facilitar la circulación de la riqueza, mediante la información que brinda a los interesados de los derechos que existen sobre el bien que se registra, en especial cuando se trata de derechos que no tienen manifestación posesoria[31].

En cuanto a la publicidad de inmuebles urbanos en nuestro país, es preciso apuntar, que el legislador cubano ideó una estructura jurídica enclaustrada en los moldes del derecho administrativo, cuyo objetivo inicial fue controlar el patrimonio inmobiliario estatal a través del Registro de la Propiedad. Optándose por un sistema jurídico registral estructurado sobre la preeminencia de la propiedad estatal socialista, sobre otras formas de propiedad coexistentes.

Nuestro Registro de la Propiedad no es una institución que respalda el fomento del crédito territorial. Tampoco fue diseñado para salvaguardar los intereses de los grandes capitales y la circulación de la riqueza.

Eso sí, desde que en 1998 con el Decreto Ley 185[32] se reabrieran las oficinas registrales, el tráfico jurídico inmobiliario en Cuba ha ido incrementándose. Ahora, al compás de la actualización de nuestro modelo económico, de la apertura a la compraventa de inmuebles, del trabajo por cuenta propia y la creación de cooperativas no estatales como alternativa a las formas de gestión estatal, todo lo cual requiere repensar el sistema publicitario.

Por otra parte, los principios que informan nuestro procedimiento registral no se identifican con los clásicos principios enarbolados en la Ley Hipotecaria de Ultramar (LHU). Su exégesis dista del sentido que tuvieron en aquella primigenia noción. A lo que debemos agregar que nuestro sistema registral en materia de inmuebles aún se haya en construcción. Sumado a esto, tenemos que

la preceptiva registral cubana refleja además cierta tendencia del legislador a implementar la publicidad inmobiliaria, sobre la base de las diferencias entre las formas de propiedad existentes.

Por ello, armonizar la normativa posterior a 1959 con los preceptos contenidos en la Ley Hipotecaria de 1893, la cual no responde ni a las relaciones de propiedad que hoy se configuran en nuestro contexto, ni a las condiciones de nuestro tráfico jurídico inmobiliario, constituye más que un reto, un verdadero quebradero de cabeza para los registradores de la propiedad en nuestro país.

Lo que no debe perderse de vista es que el Registro de la Propiedad, tiene entre sus fundamentales presupuestos de existencia, la misión de ofrecer seguridad jurídica a quienes realizan actos traslativos de dominio, confiando en lo que este publica, virtualidad que pudiera tornarse quimera de no existir claridad en los efectos que de la inscripción se despliegan.

La adopción de un sistema registral debe responder entre otras cuestiones, a la protección del titular del bien y al mismo tiempo, debe generar confianza para los terceros que pretendan adquirir los derechos contenidos en los títulos de quienes aparecen como titulares en sus libros.

En consecuencia, habrá sistemas donde el Registro garantice las adquisiciones y sistemas donde el Registro actúe como un ente encargado de dar a conocer los negocios que se establecen en torno a los derechos de propiedad. Los primeros generan confianza para los inversores, para los terceros en general, pues si estos cumplen los requisitos estipulados por el Estado, su derecho es inatacable, y los segundos generan costos adicionales de averiguación, pues para obtener seguridad, se necesitará realizar un estudio de los títulos anteriores.

Despejar la inseguridad jurídica en cuanto a la adquisición de la propiedad requiere el análisis de un cúmulo de instituciones. Nuestro derecho positivo padece de contradicciones que rebasan la existencia del 313. Para que se cumpla la función garantista del Registro, es preciso que el derecho sustantivo sea coherente con el registral, al menos debe ser expresamente claro en la intención de atribuir cierto valor al asiento registral mediante una serie de efectos jurídicos.

III. EL DERECHO POSITIVO CUBANO FIEL HEREDERO DEL DERECHO ROMANO. INCIDENCIAS EN LAS TRANSMISIONES DE INMUEBLES

El Cc/1987, no fue un cuerpo normativo justamente diseñado pensando en la libre transmisión de los derechos de propiedad. Sus preceptos están imbuidos del más puro y clásico derecho romano en cuanto a la transmisión de derechos reales, pues se idearon en un contexto ajeno al Registro de la Propiedad.

La judicatura patria no puede abstraerse de esa fuerte influencia romanista que impregna toda la sistemática del Código. Por eso, su apreciación del fenóme-

no publicitario suele estar anclada a un entorno de contratación personal, donde la información de los contratantes sobre el objeto de la contratación (derechos de propiedad sobre inmuebles), se entiende constatada a través de la posesión.

Recordemos que el derecho romano fue ajeno a la fórmula de la publicidad para garantizar la seguridad del tráfico. Y aunque ciertas formalidades en la transmisión de bienes inmuebles fueron solemnizadas en algunos supuestos, no perseguían fines relativos a la seguridad del tráfico jurídico, eran no más que constitución de medios de prueba, o exigencias de naturaleza fiscal.

En este sentido, IGLESIAS-REDONDO[33], siguiendo a SCHULZ, nos recuerda *que los romanos no se preocuparon de la publicidad de las transmisiones, ni siquiera respecto de los bienes inmuebles. Los testigos, que necesariamente debían intervenir en la* mancipatio, *así como la intervención del magistrado en la* in iure cessio, *eran pobres sucedáneos del sistema registral y advierte que el fenómeno resulta tanto más notable cuanto que la actitud de los griegos y del Derecho helenístico fue a este respecto fundamentalmente diferente, lo que evidencia, de nuevo, el carácter liberal del Derecho romano de propiedad, que pudo prescindir del complicado sistema del registro de títulos.*

Consecuencia de ello, también nos indica este autor, *es cosa sabida que la transmisión de la propiedad de bienes inmuebles, en cuanto pertenecientes a la vieja categoría de las* res mancipi, *solo pudo operarse a través de las formas solemnes de la* mancipatio *y de la* in iure cessio. *Sin embargo, la formalidad y complejidad de estos actos, típicos del* ius civile *y propios de un ordenamiento que no sirve plenamente a las necesidades del tráfico jurídico tras la gran expansión extra-itálica, trajeron consigo la generalización del contrato consensual de compraventa seguido de la* traditio, *que si bien no opera la transmisión del* dominium ex iure Quiritium, *recibe sin embargo, y en vía práctica, la tutela pretoria de la* actio Publiciana *y de la* exceptio rei venditae et traditae, *así como la ayuda de una eventual usucapión*[34].

Nuestro derecho sustantivo hereda del Derecho Romano esa indiferencia conceptual con la que se trató la publicidad y que se sintetizó esencialmente en la *traditio*. Prueba de ello es la sola referencia a la publicidad en el artículo 108 del Cc/87; el cual, al decir de FERNÁNDEZ MARTÍNEZ[35], es *norma que no se puede ejecutar por sí misma, que remite a los requisitos que establece la norma especial, leyes u otras disposiciones que son suficientes per se y que en la mayoría de los casos las vigentes fueron promulgadas con anterioridad a la promulgación del Código Civil cubano.*

Diríamos un poco más, el artículo 108 Cc/87 único de su especie en el cuerpo normativo, además de ser inejecutable *per se,* es residual; pues ningún valor a la inscripción o anotación atribuye. Peca de una excesiva descripción redundante e innecesaria, para optar al final de su configuración por la fórmula «*se anotan o inscriben en los registros públicos que determinan las leyes*»[36].

Entonces nos preguntamos, ¿Qué efectos despliegan las inscripciones o anotaciones? ¿Están estos efectos claramente determinados en la legislación registral?

1. El valor de los asientos registrales en materia inmobiliaria

Vamos a adentrarnos en uno de los puntos más álgidos del derecho inmobiliario registral cubano. ¿Qué efectos producen las inscripciones registrales en Cuba? ¿Somos un registro jurídico o un registro administrativo? ¿Qué implica esto para el tráfico? ¿Qué incidencia tiene la adopción de un sistema registral en la eficacia y/o la validez de los negocios jurídicos sobre inmuebles?

Debemos concentrarnos en el marco regulatorio del Registro de la Propiedad e intentar descubrir el derecho vigente en la materia. Seremos breves.

Con ánimo de saltarnos toda evolución normativa, comencemos por la última ley promulgada. A partir de ella, aspiremos averiguar qué es lo vigente y qué efectos producen las inscripciones.

Apostamos por la creencia de que en nuestro país el Registro de la Propiedad no rebasa la arquitectura de un simple registro administrativo. Aspiramos poder demostrar seguidamente nuestra afirmación.

Decreto Ley 335/2015 «Del sistema de registros públicos para la República de Cuba»[37]

Aún está fresca la tinta sobre el papel gaceta donde fue sancionada la norma. Se crea con ella, *de lege* pero no *de facto,* un sistema de registros públicos. La integración o la conformación de un sistema registral, requiere más que su existencia legal. Aclarado este punto, es de reconocer la intención del legislador en avanzar hacia la materialización de un sistema registral integrado. El Decreto Ley irradia como norma informadora de todos los registros públicos, establece principios y efectos comunes a todos los Registros.

Se establecen efectos en el artículo cuarto y principios en el quinto, que por su importancia reproducimos y comentamos sucintamente:

Los efectos

Artículo 4.—Los Registros, en su funcionamiento, producen los efectos siguientes, según corresponda:

1. Jurídicos: Contribuyen a la seguridad jurídica de las relaciones que establecen las personas naturales y jurídicas.

¿Cómo contribuyen a la seguridad jurídica estos efectos? ¿Cuáles son precisamente?

2. Administrativos: Propician el control de actividades administrativas que son de interés de toda la sociedad o del Estado.

3. Hechos y procesos: Permiten evaluar hechos y procesos no económicos con sistematicidad y adoptar decisiones o realizar investigaciones para influir sobre estos.

4. Económicos: Facilitan el control de los hechos y resultados económicos.

Hasta aquí baste decir lo siguiente:

El artículo 108 del Cc/87 refiere «se *anotan o se inscriben en los registros correspondientes»,* no establece efectos. El Decreto Ley 335/2015 no resuelve el tema, pues formula instituciones vacías de contenido. Son meras enunciaciones de las consecuencias de esos efectos, pero los efectos en sí, no los establece.

Los principios

Artículo 5.1.—La organización y el funcionamiento de los Registros se rigen por los principios generales siguientes:

a) Legalidad: Los elementos esenciales respecto a los hechos, actos, bienes, personas, documentos, derechos y obligaciones que se presentan en los registros públicos para su inscripción, tienen que ser calificados de acuerdo con la legislación vigente y cumplir los requisitos establecidos.

Se plantea solo una arista del principio de Legalidad (la calificación). No abarca la titulación auténtica. Sin embargo, es saludable resaltar la idea de que los títulos presentados al registro, están sometidos a la calificación del registrador.

b) Especialidad: Las inscripciones se realizan en el Registro que corresponda, de acuerdo con la naturaleza de lo que se inscribe.

c) Integración: La unificación de los registros donde se reitera la información que se inscribe, con el propósito de reorganizarla en bases de datos centrales a cargo de los órganos, organismos de la Administración Central del Estado y entidades nacionales rectores, y la descentralización de la gestión y el servicio para favorecer el acceso de las personas naturales y jurídicas.

d) Publicidad: La información contenida en los Registros es pública para las personas naturales y jurídicas que tengan interés legítimo en su conocimiento.

¿Qué es el interés legítimo? ¿Quién lo valora? ¿Dónde se establecen las pautas para valorar el interés legítimo? ¿Significa esto que no todos pueden averiguar el contenido de las inscripciones?

e) Veracidad: La información contenida en los Registros se presume veraz, completa, exacta y actualizada, mientras no se declare su inexactitud por tribunal competente.

Llamémosle como queramos: «Veracidad», principio de legitimación o salvaguarda judicial. Este solo precepto bien vale la norma íntegramente. Su trascendencia es crucial. Refuerza la intención del legislador de configurar un Registro de mera legitimación dispositiva, basado en una presunción *iuris tantum* de veracidad y exactitud de lo registrado. Se prescinde del principio de fe pública.

f) Interoperabilidad: Los Registros se comunican entre sí, según el contenido de la información inscrita.

g) Auditabilidad: La información de los Registros es auditable.

h) Seguridad: La publicidad que emana de los Registros posee las medidas técnicas y organizativas necesarias para evitar adulteraciones, pérdida de información y su uso por personas no autorizadas.

i) Vitalidad: Los registros, según se requiera, tienen la capacidad necesaria para brindar los servicios aún en situaciones excepcionales.

2. Los principios específicos de cada tipo de Registro se establecen en el reglamento correspondiente

¿Hay fe pública registral? No amerita discusión en el contexto analizado. Fue excluida del contenido de este Decreto Ley. No obstante, el apartado 2 contiene un giro interesante. Cada reglamento específico deberá establecer los principios concordantes con su objeto de regulación. ¿Qué significa esto? ¿Se desconocen los principios y efectos de otros cuerpos formalmente vigentes como la Ley Hipotecaria de Ultramar? Al no haber derogación expresa de la Ley Hipotecaria de 1893 en las disposiciones finales del Decreto, ¿podemos entender que esta derogación es tácita?

La fe pública registral tiene tantos seguidores como detractores. Existen posiciones encontradas sobre la ratio de su aplicación, supuestos en los que está muy claro su necesaria manifestación, por ejemplo, en la doble venta; otros donde es más polémico aceptar sus efectos, diríamos: la falsedad documental. Cada sistema jurídico adoptará las variantes que se ajusten a las necesidades específicas de su tráfico. No obstante, los conflictos entre el *verus dominus* y el tercer adquirente se desatarán sin remedio en idéntico sentido, sea cual sea la solución prevista.

No obstante, los sistemas que han cerrado la puerta a la fe pública registral han negado certeza al dominio. Es necesario en ocasiones sacrificar algunas instituciones en interés de valores jurídicos superiores, pues la seguridad de haber plenamente adquirido un derecho de propiedad demanda se imponga la apariencia a la realidad. No es una situación producto de la modernidad en lo absoluto, es una necesidad que ha respondido a las más elementales reglas de la dialéctica.

Un ejemplo homologable a casi todos los ordenamientos, es la presunción de muerte. En Cuba el declarado presuntamente muerto si se presenta, solo podrá recuperar los bienes que no hayan sido enajenados por sus causahabientes, en el estado en que se encuentren y/o el precio de los que hayan sido transmitidos (Cfr. art. 37 del Código Civil / 87). En términos de análisis económico del derecho, pasaría de estar protegido por una regla de propiedad a estar protegido por una regla de responsabilidad.

El *verus dominus* declarado presuntamente muerto, pierde sus derechos de propiedad aun cuando se anule la resolución judicial que le declaró presuntamente muerto, o sea, no volverá a ostentar la propiedad tal y como la ostentaba antes de que la apariencia de muerte causara estado en el tráfico.

Vence la apariencia sobre la realidad y curiosamente a nadie parece incomodar la anterior solución. Difícilmente se aceptaría a conciencia la aplicación de la misma regla en otras circunstancias (tercero hipotecario). Ah, pero las relaciones de propiedad se configuran desde otro prisma hace ya un par de siglos y cuando intentamos tratar de sortear el sendero de la fe pública, terminamos tomando atajos insospechados hacia ella.

Así, en la Sentencia núm 114 de 28 de febrero de 2017 se ha llegado a la compresión de que es necesario mantener en la adquisición de la propiedad a quien confiando en el Registro ha adquirido de manera onerosa, de buena fe y luego ha inscripto su derecho sobre el inmueble. Amén de no compartir una vez más la fundamentación jurídica que conduce a la solución, compartimos la decisión de nuestro más alto foro. Comentar el argumento de los jueces merece un artículo aparte, por ello nos limitamos en esta ocasión a unos breves comentarios luego de reproducir el razonamiento del juez.

…si bien ha sido criterio reiterado de esta Sala superior de justicia que la omisión de un heredero es causal de nulidad del acto de adjudicación, que con tal olvido haya acontecido, ya que además de violentar las disposiciones de carácter sucesorio, no cumple con las formalidades que para tal acto se exige perfil esencial, tal planteamiento no puede causar daños a terceros que hayan actuado de buena fe, y en el caso aun cuando la ahora no recurrente fue omitida en el acto de adjudicación hereditaria cuya nulidad se pretende, la Escritura que lo contiene fue debidamente inscrita en el Registro de la Propiedad inmobiliario y cumplido ese trámite, que obviamente imprime de certeza y seguridad jurídica a actos jurídicos posteriores, fue vendida la vivienda objeto de la adjudicación a los ahora recurrentes, que asisten al proceso en su carácter de terceros que han actuado de buena fe, que serían perjudicados con la decisión de nulidad acordada por la sala juzgadora, que desencadenaría, indefectiblemente la ineficacia de los actos posteriores, pues es principio inserto en el artículo cuatro del Código Civil, que este ejercicio no puede ser antifuncional o perjudicial a los derechos de terceros, como ocurre en el presente asunto, quedando a salvo la condición de heredera de la no recurrente con el ejercicio de la acción resarcitoria, conse-

cuencia de la omisión aludida, todo lo que fuerza a colegir que el motivo que se examina debe acogido y casarse la sentencia discutida…

No deja ser una decisión bien interesante, pudiera equivocarme, pero es la primera sentencia en casi 60 años que prefiere al titular inscripto sobre el *verus dominus*. De igual manera, no creamos ha sido acogida la fe pública registral, pues en nuestro país la jurisprudencia no es fuente de derecho y como bien expresa el considerando un criterio reiterado puede fallarse en sentido diametralmente opuesto en otro caso concreto.

Pasemos a las normas que anteceden en antigüedad:

Resolución 114/07 «Normas y procedimientos para la organización y funcionamiento del Registro de la Propiedad, Cuba»[38]

No hay efectos visibles en toda disposición administrativa. Al igual que en el Decreto Ley, solo menciones no muy concretas en algunos postulados. Veamos cuáles.

Artículo 18. *El asiento de inscripción provisional tiene efectos limitados*. ¿Cuáles? ¿Cuáles son los efectos plenos?

Artículo 34. *El asiento de inmatriculación no tiene efectos contra terceros en el plazo de un (1) año, contado a partir de su realización.*

¿Dónde se regulan los efectos contra terceros? ¿Qué efectos contra terceros surten los asientos después del año?

Extenderse en el asunto no es juicioso. Simplemente es otro *mutis* legal.

Resolución 226/2012 «Metodología para la Inscripción, Actualización y Control del Patrimonio Estatal en el Registro de la Propiedad, Cuba»[39]:

No existe referencia alguna en cuanto a los efectos.

Ley Hipotecaria de Ultramar[40]:

Establece principios y efectos similares a la Ley Hipotecaria española de 1861. Efectos archiconocidos en la doctrina y que no ameritan más que una pregunta. ¿A pesar del Decreto Ley 335/2015 pueden entenderse aplicables?

Nuestros órganos jurisdiccionales no se hacen eco de tales principios y efectos. Solo puede sostenerse que formalmente sobreviven al paso arrollador de numerosas disposiciones de diversa naturalez que día a día los condena a su inaplicabilidad. Son un monumento jurídico legado por España, pero no más que eso, las memorias de un sistema de fe pública.

A nuestro juicio, los asientos registrales en nuestro país no alcanzan sustantividad propia, valen lo que vale el derecho común que se inscribe. No es desencadenante de la eficacia *erga omnes*. Sin fe pública o al menos oponibilidad de lo inscrito a lo no inscrito, rige solo una presunción de veracidad. Nos parece que no puede sostenerse que tengamos un Registro de Derechos, ni tan siquiera un Registro de Documentos.

Somos simplemente un Registro Administrativo que funciona como inventario de inmuebles, donde se declaran títulos y se presume la propiedad, pero que en cualquier momento pueden ser impugnados en los tribunales. Lo cual muestra el espíritu romano del sistema inmobiliario. «*Temporis tractu non confirmatur, quod de jure ab initio non subsistit*». No es pura casualidad la entronización del artículo 68.1 del Cc/87, que hace imposible el saneamiento de la propiedad mediante la imprescriptibilidad la acción de nulidad. Así, el negocio nulo no podrá ser convalidado ni confirmado por el transcurso del tiempo. En cualquier momento puede declararse nulo un acto jurídico y hacer caer una cadena de títulos.

IV. OTRAS ASIMETRÍAS INFORMATIVAS QUE DIFICULTAN LA SEGURIDAD EN LA ADQUISICIÓN DE INMUEBLES EN CUBA

Piénsese en lo arcaico, incoherente y perjudicial que resulta para la contratación, que un acto jurídico nulo al ser impugnable en todo momento, puede hacer caer una cadena de transmisiones sin importar la onerosidad, la buena fe y el registro de tales adquisiciones. Sin luego poder ser convalidado por el transcurso del tiempo, con ausencia de prescripción adquisitiva extraordinaria.

Puede graficarse el efecto como aquella pieza mal colocada en una hilera de fichas de dominó que a la más mínima brisa derriba a todas sus sucesoras sin importar el esfuerzo que implicó el ordenarlas consecutivamente y su posición en la fila.

Ergo, no solamente la ausencia de fe pública registral introduce asimetrías informativas para los contratantes en materia inmobiliaria. Conviven otras ordenaciones legales que estremecen el sistema adquisitivo de la propiedad inmueble. Sin ánimo de agotar puntualmente cada una de problemáticas entorno a la propiedad inmueble, expondremos las que consideramos más preocupantes.

La apretada síntesis que exige un artículo dificulta el análisis minucioso de cada supuesto en particular. Nos limitaremos a enunciar las posibles asimetrías informativas, remitiendo al estudio de cada precepto citado en los *Comentarios al Código Civil cubano*.

- La propiedad nace como un derecho real limitado por la doctrina de la función social. Responde a una necesidad social, lo cual determina

su destino socioeconómico, (arts. 129 del Cc/87). Su régimen jurídico inmobiliario queda sometido a las regulaciones especiales (Cfr. art. 8 en relación con la DISPOSICIÓN ESPECIAL PRIMERA del Cc/87).

- Existe una regla de reivindicabilidad ilimitada para los bienes propiedad del Estado (art. 124, inciso a, Cc/87). *En ningún caso pueden adquirirse por usucapión los bienes de propiedad estatal (art. 185.1 Cc/87).*
- Los inmuebles rústicos no pueden adquirirse por usucapión (art. 186.1 *Cc/87).*
- No existe prescripción adquisitiva extraordinaria.
- La acción de nulidad es imprescriptible (art. 68.1 Cc/87). No hay posibilidad de convalidación ni saneamiento de títulos.
- Dejar desprotegido a un conviviente[41] en un acto de transmisión de la propiedad por compraventa acarrea conforme al artículo 70.5 LGV, la sanción de nulidad del negocio. El derecho de convivencia a pesar de tener tan devastador efecto, no es práctica que se inscriba en el Registro de la Propiedad.
- La existencia de un cúmulo de normas especiales, sustantivas y procesales que no logran cohesión en materia inmobiliaria. El artículo 108 del Cc/87 remite a la norma especial y la norma especial remite al Cc/87 sin que se establezcan claramente los efectos de las inscripciones. La Ley de Registros Públicos no cuenta con reglamento aún. La Resolución 114/07 y la Resolución 226/2012 (ya citadas) establecen tratamiento publicitario paralelo a diversas formas de propiedad. La Ley Hipotecaria de 1893 resuelve muchas de las asimetrías, pero debe entenderse ya derogada en la mayoría de sus preceptos.
- Imposibilidad de expedir notas simples informativas en favor de personas que deseen conocer el contenido del Registro (Cfr. art. 69 apartado 1 y 2 de la Resolución 114/07).
- Las certificaciones de dominio no tienen carácter continuado. Un notario puede autorizar actos de transmisión de dominio incluso prescindiendo de ellas, tomando nota de los cuños gomígrafos que consten en el título de propiedad si la inscripción es anterior a la promulgación del Decreto Ley 288/11.
- Existencia de una Ley de Catastro[42] pero no de un Catastro Nacional de *facto*, que expida certificaciones catastrales que puedan incorporarse como bases gráficas a los títulos de propiedad y permita, por ende, constatar el derecho inscrito con la realidad física.

V. CONCLUSIONES

I. Se ha entendido que la presencia del artículo 313 del Código Civil cubano elimina la posibilidad de contratos de eficacia real, permeando de un carácter consensualista la contratación sobre inmuebles.

II. Los asientos registrales en nuestro país no alcanzan sustantividad propia, valen lo que vale el derecho común que se inscribe. Tampoco son desencadenantes de la eficacia *erga omnes*. Nos parece que no puede sostenerse que tengamos un Registro de Derechos, ni tan siquiera un Registro de Documentos. Si bien la tendencia parece ser hacia la fe publica registral.

III. Existe una deficiente regulación en cuanto al establecimiento de efectos para la inscripción registral. Solo se regula una presunción de exactitud y veracidad de lo inscripto mediante una presunción *iuris tantum* destruible en un proceso judicial.

IV. La imprescriptibilidad de la acción de nulidad introduce una asimetría informativa de tal magnitud, que en cualquier momento puede hacerse caer la adquisición de un tercero de buena fe que ha adquirido de manera onerosa.

V. Entender la escritura notarial como *ad utilitatem* estimula la contratación clandestina. Facilita la proliferación de títulos contradictorios sobre un mismo bien inmueble.

BIBLIOGRAFÍA

Fuentes Doctrinales

DELGADO VERGARA, Teresa, El contrato de compraventa de viviendas en Cuba, en *La compraventa como paradigma contractual*, Coord. Leonardo B. PÉREZ GALLARDO, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2012; ROSELLÓ MANZANO, Rafael, La nulidad de la compraventa por desprotección a convivientes vulnerables, en *La compraventa como paradigma contractual*, Coord. Leonardo B. Pérez Gallardo, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2012; PÉREZ GALLARDO, Leonardo B.; La compraventa de viviendas en el Derecho cubano: entre luces y tinieblas, en *Actualidad Civil,* ISSN 0213-7100, núm. 6, 2013; ROSABAL ROBAINA, Yuniel, La eficacia negativa de la publicidad registral en Cuba, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* número 750, julio-agosto de 2015; GONZÁLEZ BARRÓN, Gunther Hernán, *Derecho registral y Notarial*, Ed. Legales, Vol. I, cuarta edición, 2015; MOISSET DE ESPANES, Luis, Publicidad Registral. Sus Fines, en *Revista Notarial del Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba,* núm. 39/40, año 1980; MÉNDEZ GONZÁLEZ, Fernando P., *Fundamentación Económica del Derecho de Propiedad privada e ingeniería jurídica del intercambio impersonal,* Ed. Civitas, Thomson Reuter, 2011.

Fuentes Legales

Resolución núm. 114/2007 de 3 de julio de 2007 de la Ministra de Justicia, Normas y procedimientos para la organización y funcionamiento del Registro de

la Propiedad, Cuba, Resolución núm. 226/2007 de 4 de octubre de 2012 de la Ministra de Justicia, Metodología para la Inscripción, Actualización y Control del Patrimonio Estatal en el Registro de la Propiedad, Cuba. Resolución núm. 270/11 de 31 de octubre de 2011 de la Ministra de Justicia, Cuba. Resolución núm. 342/11 de 31 de octubre de 2011 de la Ministra de Justicia, Procedimiento para la Actualización de los Títulos de Propiedad y su Inscripción en el Registro de la Propiedad, Cuba. Decreto-ley núm. 185 de fecha 28 de mayo de 1998, modificativo de la Ley núm. 65, Ley General de la Vivienda, de 23 de diciembre de 1988, Cuba. Decreto-ley 322/2015 y su Reglamento en el Decreto-ley núm. 331, *Organización y Funcionamiento del Catastro Nacional*, en Gaceta Oficial Extraordinaria núm. 37, de 9 de noviembre de 2015 y Decreto-ley núm.335/2015, *Del Sistema de Registros Públicos de la República de Cuba*, en Gaceta Oficial Extraordinaria núm. 40, de 14 de diciembre de 2015.Real Decreto de 26 de mayo de 1893, Ley Hipotecaria de Ultramar de 14 de julio de 1893, Ministerio de Justicia, Vedado, La Habana, Cuba, Colección Jurídica, 1999.Código Civil de la República de Cuba, Ley núm. 59/1987 de 16 de julio de 1987, anotado y concordado por Leonardo B. PÉREZ GALLARDO, Ciencias Sociales, La Habana, Cuba, 2011.

NOTAS

[1] Cfr. DELGADO VERGARA, Teresa, Comentarios al artículo 67 y 68 en *Comentarios al Código Civil Cubano*, Tomo 1, Volumen II, Coord. Leonardo B. Pérez Gallardo, Ed. Ciencias Jurídicas, 270.

[2] Esto ocurre al menos en sistemas donde hay registro de derechos.

[3] Tales requisitos bastan para la validez del contrato pero no para su eficacia*«…la sala de instancia para resolver el pleito, resultado que les permitió a los juzgadores, con acierto, reconocer el contrato de permuta múltiple efectuado entre las partes en el año dos mil doce sobre sus respectivos inmuebles, a partir del intercambio de hecho que entonces realizaran contestes los sujetos intervinientes, inmuebles de los que, indistintamente, cada uno consta como titular en el momento en que así deben acreditarlo, que no es otro, que el de la formalización del contrato que se ventila por vía judicial, pues si bien a la sazón del trueque fáctico se encontraban dos de las permutantes dada su condición de herederas en trámites de adjudicación de los bienes objeto de la prestación, constan aportadas a los autos sendas escrituras públicas que acreditan la propiedad que ostentan sobre la vivienda adquirida por la vía de las sucesiones, y con ello se entienden cumplimentados los requisitos legales que para su validez exige la norma civil sustantiva en el preciso instante en que se promueve su reconocimiento, al quedar exteriorizada la voluntad y consentimiento de las partes desde que materializaron el canje de los bienes (…)» Tribunal Supremo, Sala de lo Civil y de lo Administrativo, Sentencia núm. 2 de 18 de enero de 2016. Primer Considerando. Ponente Valdés Rosabal.*

[4] *Quod nullum est nullum effectum producit* es un axioma superado por la propia dinámica del derecho. Cuesta mucho ya afirmar que el negocio es nulo *ipso iure* sin la constatación en sede judicial.

[5] … *«el único hecho de que se le haya reconocido judicialmente el carácter de heredero de su causante, sobre el que logró desvirtuar la eficacia de la Escritura pública notarial*

setecientos trece de veintinueve de julio de dos mil nueve sobre permuta, por sí, no alcanza a cercenar la vigencia de la Escritura pública notarial novecientos treinta de catorce de junio de dos mil doce contentiva del contrato de compraventa que efectuaran la actual emigrante y la ahora no recurrente, esta última en calidad de tercero interviniente de buena fe, negocio jurídico del que nacieron a su favor nuevos derechos reales adquiridos de forma derivativa y legítima; situación jurídica de inmutables efectos que el contenido de los medios documentales que alude no demeritan (…) Sentencia núm. 635 de 18 de agosto de 2016. Primer Considerando. Ponente Valdés Rosabal.

[6] Cfr. MÉNDEZ GONZÁLEZ, Fernando P., *Fundamentación Económica del Derecho de Propiedad privada e ingeniería jurídica del intercambio impersonal,* Ed. Civitas, Thomson Reuter, 138 y sigs.

[7] *Se deroga la disposición especial* SÉPTIMA de la Ley 65/88 LGV: *Las cesiones de la propiedad de la vivienda y las permutas en las que medió el propósito de lucro, enriquecimiento o explotación, y con violación de los requisitos y trámites dispuestos en la presente Ley son ilegales y podrán ser sancionados con la pérdida de la vivienda que fuera objeto de especulación y de los fondos obtenidos en la venta o permuta, mediante Resolución fundada de la Dirección Provincial de la Vivienda, de los órganos locales del Poder Popular.*

[8] DELGADO VERGARA, *ob. cit.* 385.

[9] Sería un ejercicio inagotable reunir todas las Sentencias que en aplicación aplicaron el 313. Por solo citar algunas del recién finalizado 2016: *Sentencia núm. 2 de 18 de enero de 2016; Sentencia núm. 6 de 18 de enero de 2016; Sentencia núm. 14 de 21 de enero de 2016; Sentencia núm. 17 de 26 de enero de 2016; Sentencia núm. 36 de 29 de enero de 2016; Sentencia núm. 41 de 29 de enero de 2016; Sentencia núm. 420 de 6 de junio de 2016; Sentencia núm. 421 de 10 de junio de 2016; Sentencia núm. 422 de 10 de junio de 2016; Sentencia núm. 424 de 10 de junio de 2016; Sentencia núm. 436 de 13 de junio de 2016; Sentencia núm. 467 de 23 de junio de 2016; Sentencia núm. 468 de 23 de junio de 2016; Sentencia núm. 495 de 29 de junio de 2016; Sentencia núm. 498 de 29 de junio de 2016; Sentencia núm. 500 de 30 de junio de 2016; Sentencia núm. 534 de 15 de julio de 2016; Sentencia núm. 539 de 18 de julio de 2016; Sentencia núm. 556 de 22 de julio de 2016; Sentencia núm. 559 de 22 de julio de 2016; Sentencia núm. 598 de 29 de julio de 2016; Sentencia núm. 599 de 29 de julio de 2016; Sentencia núm. 635 de 18 de agosto de 2016; Sentencia núm. 642 de 30 de agosto de 2016; Sentencia núm. 667 de 20 de septiembre de 2016; Sentencia núm. 669 de 21 de septiembre de 2016; Sentencia núm. 689 de 29 de septiembre de 2016; Sentencia núm. 713 de 30 de septiembre de 2016; Sentencia núm. 723 de 30 de septiembre de 2016; Sentencia núm. 729 de 30 de septiembre de 2016; Sentencia núm. 741 de 30 de septiembre de 2016; Sentencia núm. 756 de 30 de septiembre de 2016.*

[10] Ídem.

[11] Que cada vez más se acerca a la pequeña empresa privada.

[12] Remarcado del autor.

[13] En nuestro país existen tres Zonas de Alta Significación para el Turismo que continúan con las restricciones administrativas: La Habana Vieja, Guanabo y Varadero. La zona especial de La Habana Vieja fue establecida mediante el acuerdo del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros el 21 de septiembre de 1995. Gaceta Oficial núm. 025/1995, edición Ordinaria; 392 y 395. La zona de Alta Significación para el Turismo de Varadero, fue establecida por acuerdo del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros el 5 de abril de 1996, en Gaceta Oficial núm. 015/1996, edición Ordinaria, 225 y 226. La zona especial de Guanabo fue establecida mediante Acuerdo del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros de fecha 23 de junio de 1999, Gaceta Oficial núm. 041/1999, edición Ordinaria, 665 y 666.

[14] DELGADO VERGARA, *ob. cit.* 386.

[15] Artículo 8. Las disposiciones de este Código son supletorias respecto a materias civiles u otras reguladas en leyes especiales.

[16] DISPOSICIÓN FINAL PRIMERA: Sin perjuicio del carácter supletorio de este Código, se rigen por la legislación especial las relaciones jurídicas relativas a la familia; los descubri-

mientos, inventos, innovaciones, racionalizaciones, creación de obras científicas, educacionales, literarias y artísticas; la caza y la pesca; los solares yermos; *la vivienda urbana y rural;* las cooperativas agropecuarias y todo lo concerniente al régimen de posesión, propiedad y herencia de la tierra y demás bienes destinados a la producción agropecuaria y forestal; los buques y aeronaves; las sociedades; los servicios de suministro de agua, gas, electricidad, telecomunicaciones y bultos postales, y los que se prestan en los bufetes colectivos, los seguros obligatorios, la contratación económica y cualesquiera otras relaciones que determine la ley.

[17] En un supuesto de ausencia de autorización la nulidad no se produce por carencia de los requisitos esenciales de forma a los que hace referencia el artículo 67, sino *ex lege* en virtud de este artículo 191, apartado 2 del Código Civil. Para ser consecuentes técnicamente, no podría fundarse esta pretensión de nulidad en el artículo 67, inciso d) pues la autorización no constituye requisito esencial de forma como hemos visto *supra*, sino que habría que acudir al artículo 191 apartado 2, que impone la sanción de nulidad a las transmisiones que se realicen sin la autorización o las formalidades requeridas. DELGADO VERGARA, *ob. cit*. 387.

[18] Ídem.

[19] Artículo 69.1: Las permutas de viviendas entre personas naturales propietarias, se formalizarán directamente ante notario público del municipio donde esté ubicada cualesquiera de estas, salvo los casos en que existanregulaciones especiales, previa inscripción de los inmuebles en el Registro de la Propiedad correspondiente. Artículo 70.1: La transmisión de la propiedad de una vivienda por donación, entre personas naturales, se formaliza directamente ante notario del municipio donde se encuentra ubicado el inmueble, previa inscripción en el Registro de la Propiedad correspondiente. Artículo 70.3: 3.- La transmisión de la propiedad de una vivienda por compraventa, entre personas naturales, se formaliza directamente ante notario con sede en el lugar donde se encuentre enclavado el inmueble, por el precio que libremente acuerden las partes. Al vendedor entre otros requisitos se le exigirá b) *acreditar la inscripción* del inmueble objeto de la venta, en el Registro de la Propiedad.

[20] Más concretamente se refiere a la vivienda de residencia permanente puesto que la de descanso o veraneo solo es transmisible mortis causa conforme al artículo 83 de la propia LGV: La *propiedad de las viviendas ubicadas en zonas destinadas al descanso o veraneo de sus dueños se transmitirá, en caso de muerte de su propietario, según las normas de la legislación sucesoria común.*

[21] PÉREZ GALLARDO, B. Leonardo, *La compraventa de viviendas en el Derecho cubano: entre luces y tinieblas,* en Actualidad Civil, ISSN 0213-7100, núm. 6, 2013*;* DELGADO VERGARA, Teresa, El Contrato de compraventa de vivienda en Cuba, en *La compraventa como paradigma contractual*, Coord. Leonardo B. Pérez Gallardo, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2012.

[22] Ídem.

[23] Remarcado del autor.

[24] DELGADO VERGARA, Teresa, *El contrato de compraventa de viviendas en Cuba*, en *La compraventa como paradigma contractual*, Coord. Leonardo B. Pérez Gallardo, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 15.

[25] «(…) no demostrada la concurrencia de ninguna de las causales de ineficacia del acto jurídico a que se contrae el artículo sesenta y siete del Código Civil, en el acto de compraventa otrora realizado entre los ahora litigantes, mantiene plena eficacia probatoria el asiento contenido en el mencionado Registro, como medio idóneo para darle la debida publicidad al acto no solo a los efectos de los interesados, sino ante terceros y ante la sociedad en general (…)». Sentencia núm. 534 de 30 de julio del 2004. Cuarto Considerando. Ponente Acosta Ricart.

«(…) la naturaleza consensual del contrato de permuta de viviendas que consagra el artículo trescientos diez del cuerpo legal en último lugar citado, materializado por las partes con el concierto de sus manifestaciones de voluntad y el efectivo intercambio de sus respectivos inmuebles, no desmerece por el hecho de que pendiera la inscripción domínica de dichos predios en el Registro de la Propiedad ni tampoco por no haberse otorgado el instrumento público correspondiente, que no son requisitos esenciales del negocio jurídico controvertido,

sino de forma y no menoscaban la condición de propietarios de las partes sobre sus respectivos fundos, pudiendo compelerse al otorgamiento del referido instrumento en la manera que establece el artículo trescientos trece del Código Civil; (…)» Sentencia núm. 182 de 13 de mayo de 2013. Segundo Considerando. Ponente GONZÁLEZ GARCÍA. …si bien la forma constituye uno de los elementos esenciales de carácter objetivo del negocio jurídico, doctrinalmente dentro de la clasificación de los negocios jurídicos según que la manifestación de voluntad deba o no reunir ciertas formalidades se clasifican en solemnes y no solemnes; de tal suerte, la forma en sentido amplio resulta el vehículo o medio de expresión del que se sirven las partes para emitir su declaración de voluntad, mientras en sentido estricto, constituye un elemento más de aquellos tipos negociales denominados solemnes, en los cuales a fin de otorgar fijeza, por diversos motivos a la relación jurídica, la Ley impone una concreta manera de exteriorización; tal cual no era el caso, por cuanto el elemento de la forma a que se contrae el artículo trescientos treinta y nueve del Código Civil para el caso de la compraventa que nos ocupa, constituye un elemento a título de prueba, y no constitutivo del negocio; por lo que a contrario de lo que estima quien recurre si fue aplicado con acierto el artículo trescientos trece del Código Civil (…)» Sentencia núm. 36 de 29 de enero de 2016. Segundo Considerando. Ponente ACOSTA RICART.

[26] Puede conocerse revisando otros trabajos, al respecto *Vid*. ROSABAL ROBAINA, Yuniel, La eficacia negativa de la publicidad registral en Cuba, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* número 750, julio-agosto de 2015.

[27] Aunque la reactivación de los Registros de la Propiedad en Cuba se suelen asociar al Decreto-ley núm. 185 del Consejo de Estado, no es hasta la promulgación de la Resolución 247/03 de 3 de octubre de 2003 que se concreta el viejo afán de concebir la función publicitaria como institución jurídica independiente en nuestro país.

[28] *Refiriéndose a la recurrente «…insistiendo en que la inscripción asentada en el Registro de la Propiedad constituye un acto jurídico, lo cual resulta un desacierto técnico, pues no queda lugar a dudas, que si bien es una anotación con* trascendencia y efectos jurídicos relevantes; *en modo alguno constituye una manifestación de voluntad, que implique la constitución, modificación o extinción de una relación jurídica (…) Sentencia núm. 655 de 31 de agosto de 2016. Segundo Considerando. Ponente Díaz Tenreiro.*

[29] MOISSET DE ESPANES, Luis, *Publicidad Registral. Sus Fines,* en Revista Notarial del Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba núm. 39-40, año 1980, 15 y 16.

[30] La doctrina civilista es mayoritaria cuando afirma que es imposible relacionar las personas con las cosas, en cuanto solo pueden existir relaciones entre personas. Cuando el autor citado alude a relación entre personas y cosas, debe entenderse en un sentido instrumental y práctico que trasciende solo a los efectos de visualizar las diferencias entre derechos de crédito y derechos reales. Los derechos subjetivos cualesquiera que sean su naturaleza, se manifiestan en la relaciones intersubjetivas de manera dinámica y compleja. Si en lo adelante se alude a *relación entre personas y cosas*, entiéndase ello, como categoría instrumental que no tiene más intención que destacar el objeto sobre el que recae la relación jurídica que abordamos: la propiedad u otros derechos reales sobre inmuebles urbanos.

[31] MOISSET DE ESPANES, *ob. cit,* 16.

[32] No es hasta 1998, mediante el Decreto-ley núm. 185 del Consejo de Estado que se traspasa el control administrativo del Registro de la Propiedad del Instituto Nacional de la Vivienda (INV) 117 al Ministerio de Justicia (MINJUS). A este último se le encargaría legislar lo relativo a la inscripción de los bienes inmuebles, sustituyendo en funciones al INV. A partir de entonces vieron la luz múltiples Resoluciones que irían afectando el régimen inmobiliario registral en base al surgimiento de un nuevo régimen económico, político y social.

[33] IGLESIAS-REDONDO, Juan, *Consideraciones en torno a la evolución histórica del principio de publicidad en la transmisión y gravamen de bienes inmuebles,* en Estudios de derecho Privado en Homenaje a Juan José RIVAS MARTÍNEZ, ed. Dykinson, Tomo II, 762.

[34] Ídem.

[35] Cfr. FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Marta, *Comentarios al artículo 108 en Comentarios al Código Civil Cubano*, Tomo 1, Volumen III, Coord. Leonardo B. Pérez Gallardo, Ed Ciencias Jurídicas, 311.

[36] En idéntico sentido refiriéndose al artículo 2012 del Código civil peruano, Cfr. GONZÁLEZ BARRÓN, Gunther Hernán, *Derecho registral y Notarial*, Ed. Legales, Vol. I, 21 y sigs.

[37] Decreto Ley núm. 335/2015, Del Sistema de Registros Públicos de la República de Cuba, en *Gaceta Oficial Extraordinaria* núm. 40, de 14 de diciembre de 2015.

[38] Resolución núm. 114/2007 de 3 de julio de 2007 de la Ministra de Justicia, Normas y procedimientos para la organización y funcionamiento del Registro de la Propiedad, Cuba. Resolución núm. 226/2007 de 4 de octubre de 2012 de la Ministra de Justicia, Metodología para la Inscripción, Actualización y Control del Patrimonio Estatal en el Registro de la Propiedad, Cuba.

[39] Resolución núm. 226/2007 de 4 de octubre de 2012 de la Ministra de Justicia, Metodología para la Inscripción, Actualización y Control del Patrimonio Estatal en el Registro de la Propiedad, Cuba.

[40] Real Decreto de 26 de mayo de 1893, Ley Hipotecaria de Ultramar de 14 de julio de 1893, Ministerio de Justicia, Vedado, La Habana, Cuba, Colección Jurídica, 1999.

[41] Recomendamos la lectura del trabajo del profesor ROSELLÓ MANZANO, Rafael, La nulidad de la compraventa por desprotección a convivientes vulnerables, en *La compraventa como paradigma contractual,* Coord. Leonardo B. Pérez Gallardo, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2012.

[42] Decreto-ley 322/2015 y su Reglamento en el Decreto-ley núm. 331, Organización y Funcionamiento del Catastro Nacional, en *Gaceta Oficial Extraordinaria* núm. 37, de 9 de noviembre de 2015.

(Trabajo recibido el 6-3-2017 y aceptado para su publicación el 21-3-2017)

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 13-3-2017
(*BOE* 4-4-2017)
Registro de la Propiedad de Adeje

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: TRACTO SUCESIVO.

La Dirección General ha declarado reiteradamente (Resoluciones de 20 de julio de 2012 y 27 de febrero de 2013) que aunque la argumentación en que se fundamenta la calificación negativa haya sido expresada de modo escueto, es suficiente para 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, como lo demuestra en este caso el contenido del escrito de interposición del recurso.

Señala el artículo 592.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que el letrado de la Administración de Justicia embargará los bienes del ejecutado. El propio Tribunal Constitucional tiene declarado «la actividad judicial en la ejecución solo puede actuar válidamente sobre el patrimonio del condenado» (Sentencia 85/1991, de 22 de abril). Esto no obstante, de los artículos 593 y 594 de la Ley de Enjuiciamiento Civil resulta que en determinadas circunstancias, el embargo de bienes ajenos puede ser eficaz. Dice el artículo 594 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que «el embargo trabado sobre bienes que no pertenezcan al ejecutado será, no obstante, eficaz» siempre que el verdadero titular no hiciese valer sus derechos por medio de una tercería de dominio.

En nuestro sistema registral, todo título cuyo acceso al Registro se pretenda ha de venir otorgado por el titular registral o en procedimiento dirigido

contra él (cfr. arts. 20 —especialmente el párrafo último, adicionado por la LO de 15/2003, de 25 de noviembre— y 40 de la LH), alternativa esta última que no es sino desenvolvimiento del principio de salvaguardia judicial de los asientos registrales (art. 1 de la LH). El último párrafo del artículo 20 LH establece la excepción de que «en los procedimientos criminales podrá tomarse anotación de embargo preventivo o de prohibición de disponer de los bienes, como medida cautelar, cuando a juicio del Juez o Tribunal existan indicios racionales de que el verdadero titular de los mismos es el imputado, haciéndolo constar así en el mandamiento». La posibilidad de embargar bienes de sociedades de capital —por tanto no solo con personalidad propia sino con limitación de responsabilidad a las aportaciones efectuadas— por deudas de los socios que la integran, exige acudir a la doctrina del levantamiento del velo de la personalidad jurídica. Pero esa decisión, que tiene que tomar el Juez, sobre el levantamiento del velo, no puede adoptarse al margen de un procedimiento civil entablado contra la propia sociedad titular del bien (cfr. arts. 24 de la Constitución Española y 1, 40 y 82 de la LH), salvo en los supuestos legalmente admitidos, que como se ha visto son excepcionales y de interpretación restrictiva.

Resolución de 15-3-2017
(*BOE* 4-4-2017)
Registro de la Propiedad de Madrid, número 39

BIENES GANANCIALES: PRESUNCIÓN DE GANANCIALIDAD. RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL: PUNTOS DE CONEXIÓN RESPECTO DE LOS MATRIMONIOS ENTRE CÓNYUGE ESPAÑOL Y EXTRANJERO.

La rectificación de los asientos exige, bien el consentimiento del titular registral y de todos aquellos a los que el asiento atribuya algún derecho —lógicamente siempre que se trate de materia no sustraída al ámbito de autonomía de la voluntad—, bien la oportuna resolución judicial recaída en juicio declarativo entablado contra todos aquellos a quienes el asiento que se trate de rectificar conceda algún derecho. La rectificación registral se practica conforme indica el artículo 40 de la LH. Así ocurre en el supuesto que da lugar a la presente en el que se pretende la rectificación del contenido del Registro sin que las personas a quienes el asiento atribuye una determinada posición jurídica (herederos del cónyuge del titular registral sobre el bien inscrito como presuntivamente ganancial), hayan prestado el consentimiento o hayan disfrutado en un procedimiento judicial de la posición jurídica prevista en el ordenamiento.

Es cierto que esta Dirección General ha declarado en diversas ocasiones (cfr., 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, 7 de marzo, 24 de junio, 23 de agosto y 15 de octubre de 2011 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 LH, pues bastará para llevar a cabo la subsanación tabular la mera petición de la parte interesada acompañada de los documentos que aclaren y acrediten el error padecido. En aplicación de esta doctrina este Centro Directivo ha aceptado la rectificación del contenido

del Registro, y del carácter ganancial del bien, cuando de la documentación aportada ha resultado, indubitadamente, que el bien carecía de la cualidad publicada por el Registro de la Propiedad. Para acceder a la modificación del contenido del Registro de la Propiedad y del carácter de ganancial con que publica la titularidad del bien, es preciso o bien acreditar fehacientemente los hechos de los que resultaría no aplicable el régimen de gananciales o bien contar con el consentimiento de aquellos cuya posición jurídica sea vea afectada por el pronunciamiento registral o bien resolución judicial en la que estos hayan tenido la posibilidad de intervenir en la forma prevista por el ordenamiento.

Resultando indiscutido que el contrayente y marido de la titular, ostentaba la nacionalidad polaca en ese momento, la aplicación de la norma de conflicto entonces vigente lleva a una conclusión bien distinta de la pretendida, por cuanto el entonces vigente artículo 1325 del Código Civil (que no fue modificado hasta la reforma de 1981), decía así: «Si el casamiento se contrajere en país extranjero entre español y extranjera o extranjero y española, y nada declarasen o estipulasen los contratantes relativamente a sus bienes, se entenderá, cuando sea español el cónyuge varón, que se casa bajo el régimen de la sociedad de gananciales, y, cuando fuere española la esposa, que se casa bajo el régimen de derecho común en el país del varón; todo sin perjuicio de lo establecido en este Código respecto de los bienes inmuebles». Este precepto, que participaba del régimen vigente conforme al cual la mujer casada seguía el régimen jurídico aplicable al marido, con independencia de la valoración que hoy en día merezca, lo cierto es que establece como punto de conexión para la determinación del régimen económico-matrimonial aplicable al matrimonio, el de la nacionalidad del marido con independencia de cual fuere la residencia de la esposa al tiempo de contraerlo.

Téngase en cuenta que de la doctrina del TC se deduce: a) matrimonios contraídos con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma del Título Preliminar del Código Civil, así como los contraídos con anterioridad a la Constitución Española, a falta de nacionalidad común, se rigen por la ley nacional correspondiente al marido al tiempo de su celebración; b) los matrimonios contraídos tras la entrada en vigor de la Constitución Española hasta la entrada en vigor de la Ley de 15 de octubre de 1990, debe estarse a lo establecido en la STC 39/2002 de 14 de febrero, en cuanto declara inconstitucional el artículo 9.2 del Código Civil, según redacción dada por el Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, en el inciso «por la ley nacional del marido al tiempo de la celebración», debiéndose recordar la doctrina mantenida por este Centro Directivo en Resolución de 9 de julio de 2014, y c) matrimonios contraídos después de la vigencia de la Ley 15 de octubre de 1990 se les aplica la normativa contenida en el artículo 9.2, si bien teniendo en cuenta el artículo 107 del Código Civil.

Resolución de 16-3-2017
(*BOE* 4-4-2017)
Registro de la Propiedad de Torredembarra

LEGADOS: TOMA DE POSESIÓN POR EL PRELEGATARIO EN DERECHO CATALÁN.

Debe decidirse en este expediente si es o no inscribible una escritura de aceptación y adjudicación de prelegado otorgada únicamente por la prelegataria, sin

que conste la aceptación de la herencia por la prelegataria ni por la otra heredera, y sin estar autorizada aquella para ocupar por su propia autoridad la cosa legada.

Cuando las calificaciones impugnadas o los recursos se fundamenten, de forma exclusiva, en normas de Derecho catalán o en su infracción, los Registradores deberán remitir el expediente formado a la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de Cataluña, aun cuando se hayan interpuesto ante esta DGRN. Por el contrario, cuando la calificación impugnada o los recursos se fundamenten además, o exclusivamente, en otras normas o en motivos ajenos al Derecho catalán, como es el caso presente, el Registrador deberá dar al recurso la tramitación prevista en la LH y remitir el expediente formado a esta DGRN en cumplimiento del artículo 324 de la LH.

En cuanto a la cuestión de fondo del recurso, cabe recordar que, en el ámbito del Derecho común, el artículo 885 del Código Civil establece que el legatario no puede ocupar por sí la cosa legada, debiendo exigir tal entrega al albacea facultado para la misma o a los herederos. En concordancia con tales preceptos legales, el artículo 81 del RH dispone lo siguiente: «La inscripción a favor del legatario de inmuebles específicamente legados se practicará en virtud de (…) a) Escritura de manifestación de legado otorgada por el propio legatario, siempre que no existan legitimarios y aquel se encuentre facultado expresamente por el testador para posesionarse de la cosa legada (…) c) Escritura de entrega otorgada por el legatario (…) y por el heredero o herederos». Aunque según la doctrina científica y la de esta Dirección General (cfr. Resoluciones de 28 de abril de 1876 y 18 de julio de 1900) tal entrega no es necesaria en el caso de que se trate de un prelegatario, ello no ocurre así más que cuando tal prelegatario es heredero único, pues, si existen otros herederos (cfr. Resolución de 25 de septiembre de 1987), no puede uno solo de ellos (sin constarle la renuncia de los demás) hacer entrega del legado.

Ciertamente, la aplicación del artículo 81.1 del RH debe adaptarse al Derecho catalán, pero no con el alcance que pretende la recurrente cuando concluye que el prelegatario está facultado expresamente para tomar posesión de la cosa legada, aunque no haya aceptado la herencia, porque —a su juicio— tal facultad deriva «*ex lege*» del consentimiento del testador en la redacción del testamento. Así, la exigencia de que no existan legitimarios impuesta por el apartado a) del citado precepto reglamentario respecto de la inscripción de la escritura de manifestación del legado no puede entenderse referida al legitimario del Derecho catalán, habida cuenta de la naturaleza de la legítima, que únicamente confiere el derecho a obtener en la sucesión del causante un valor patrimonial que este puede atribuirles por cualquier título, de suerte que el legitimario es un simple acreedor del heredero (cfr. arts. 451.1 y 451.15 del Código Civil de Cataluña). Por lo demás, también debe ser adecuadamente interpretado el artículo 81.1 del RH cuando se trata de un prelegado, como ocurre en el presente caso, pues debe entenderse que la excepción a la regla de la necesidad de entrega de la posesión por el heredero debe aplicarse tanto si el heredero favorecido por el legado es el heredero único como si existen otros herederos. Ahora bien, el heredero favorecido con un legado es, a la vez, sucesor a título universal y a título particular, pudiendo aceptar la herencia y repudiar el legado, así como aceptar este y repudiar aquella (art. 427.16.6 del Código Civil de Cataluña). Por ello, la excepción que el citado artículo 427.22, apartado 4, establece respecto del prelegado únicamente puede ser apreciada si el favorecido por el legado acepta previa o simultáneamente la herencia a la que ha sido llamado por el testador.

Resolución de 17-3-2017
(*BOE* 4-4-2017)
Registro de la Propiedad de Arganda del Rey, número 2

ANOTACIÓN DE EMBARGO SOBRE EL DERECHO HEREDITARIO: REQUISITOS.

Como cuestión previa es necesario recordar que constituye reiterada doctrina de este Centro Directivo que en los recursos solo cabe tener en cuenta los documentos presentados en tiempo y forma en el Registro para su calificación.

El único problema que plantea el presente recurso es el de si, siendo las deudas propias del heredero, se puede anotar un embargo sobre los derechos que pudieran corresponder al deudor en la herencia de sus padres, respecto de un bien concreto inscrito a nombre de estos, cuando no se acompaña testamento ni declaración de herederos de dicho titular, ni tampoco certificado de defunción ni del Registro de Actos de Última Voluntad (estos dos, junto con fotocopia del libro de familia se acompañan con el escrito de recurso). Tratándose de deudas propias del heredero demandado, el artículo 166.1.2 del RH posibilita que se tome anotación preventiva únicamente en la parte que corresponda el derecho hereditario del deudor, sin que esa anotación preventiva pueda hacerse extensible al derecho hereditario que pueda corresponder a otros herederos. Por ello, es imprescindible conocer el derecho hereditario correspondiente al heredero deudor demandado pues solo y exclusivamente ese derecho puede ser objeto de la anotación preventiva de embargo. Y, para ello, será imprescindible aportar el título sucesorio correspondiente, exigiendo el citado artículo 166.1.2 que se hagan constar las circunstancias del testamento o declaración de herederos.

Resolución de 17-3-2017
(*BOE* 4-4-2017)
Registro de la Propiedad de El Vendrell, número 1

ADJUDICACIONES PARA PAGO DE DEUDAS: TRATAMIENTO REGISTRAL.

Aunque la DGRN ha admitido históricamente la inscripción de una finca a nombre de un heredero para que este procediera a elevar a público un contrato de venta suscrito por el causante a favor de un tercero, la vigente legislación registral no permite, en vía de principio, una inscripción de dominio en favor de alguien que propiamente no es titular dominical y que solo ostenta determinadas facultades de actuación. Así resulta de una adecuada interpretación del artículo 20 de la LH, toda vez que en el Registro de la Propiedad, por razón de su propia dinámica y a diferencia de lo que sucede en el Registro Mercantil, no se inscribe la representación. No es una situación jurídica inscribible, pues los poderes, las facultades de actuación y las meras instrucciones escapan, en principio, a la publicidad del Registro, razón por la cual el citado precepto legal excluye la inscripción de los cargos de representación por no suponer titularidad alguna. No son supuestos de tracto abreviado, sino de gestión y disposición de derecho ajeno.

Según la Resolución de 8 de julio de 2013, de la «…doctrina jurisprudencial se deduce con absoluta nitidez que en las adjudicaciones para pago de deudas no existe un efecto traslativo del dominio a favor del adjudicatario. De las dos tesis doctrinales principales que se han enfrentado tradicionalmente en relación con la

naturaleza y efectos de la dación para pago, la que considera que solo transmite a los acreedores la posesión y administración de los bienes, con el mandato de liquidarlos y cobrarse (con indisponibilidad meramente obligacional por parte del deudor), y la que considera que produce una transmisión fiduciaria de los bienes cedidos a favor de los acreedores, que los reciben con el encargo de liquidarlos y cobrar con su producto sus créditos, la jurisprudencia se ha inclinado por la primera. Por ello, este Centro Directivo, al trasladar esta doctrina jurisprudencial al ámbito registral en relación con las inscripciones practicadas conforme al artículo 2, núm. 3, de la LH, a favor del adjudicatario en los casos de dación para pago, ha afirmado que al interpretar el alcance de tales inscripciones hay que tener en cuenta que la adjudicación para pago es una adjudicación «en vacío» puramente formal, para permitir la disposición final del bien, sin que el bien entre en el patrimonio del adjudicatario».

Si tales adjudicaciones no son más que un mandato de formalización de la venta realizada por el causante (de modo que carece de contenido económico, traslativo y jurídico real alguno) su acceso a los libros registrales está vedado por el artículo 20, párrafo cuarto, de la LH. Además, no resulta útil, pues si existe documento privado de la venta realizada, escrito y firmado por el causante, no es necesaria adjudicación alguna a los herederos toda vez que el artículo 20, párrafo quinto, de la LH exceptúa de la necesidad de inscripción previa a favor de aquellos los documentos que otorguen ratificando tal contrato privado realizado por el causante; y si no existe tal documento privado suscrito y firmado por el causante, este Centro Directivo ha entendido que es inscribible la escritura de formalización del contrato privado si es otorgada por todos los herederos del vendedor (*vid.,* por todas, las Resoluciones de 16 de noviembre de 2011 y 21 de noviembre de 2014).

Por último, no puede sostenerse la afirmación del recurrente cuando indica que la existencia de los referidos contratos privados de compraventa deben hacerse contar en el Registro de la Propiedad por medio de una nota marginal. En nuestro Derecho registral rige un sistema de «*numerus clausus*» en relación con los asientos practicables en los libros registrales. Así, únicamente pueden extenderse los asientos previstos por la legislación hipotecaria, que son los contemplados en el artículo 41 del RH (inscripciones, anotaciones preventivas, cancelaciones y notas marginales), y dichos asientos, a su vez, únicamente pueden extenderse en los casos legal y reglamentariamente previstos.

Resolución de 17-3-2017
(*BOE* 4-4-2017)
Registro de la Propiedad de Zaragoza, número 14

APROVECHAMIENTO URBANÍSTICO: TRASMISIÓN. PROHIBICIONES DE DISPONER: ALCANCE.

La previsión de edificabilidad por la ordenación territorial y urbanística, por sí misma, no la integra en el contenido del derecho de propiedad del suelo. La patrimonialización de la edificabilidad se produce únicamente con su realización efectiva y está condicionada en todo caso al cumplimiento de los deberes y el levantamiento de las cargas propias del régimen que corresponda, en los términos dispuestos por dicha legislación, requiriendo todo acto de edificación del correspondiente acto de conformidad, aprobación o autorización administrativa

que sea preceptivo. La proximidad conceptual entre los derechos de edificación y aprovechamiento urbanístico se ha acentuado en la legislación actual, una vez superado el citado sistema de adquisición gradual de facultades urbanísticas. Sin embargo, desde el punto de vista de la técnica urbanística pueden diferenciarse aún, los conceptos de edificabilidad, aprovechamiento urbanístico subjetivo o patrimonializable y de aprovechamiento real u objetivo.

Respecto al régimen del aprovechamiento urbanístico subjetivo, de lo señalado en la Sentencia de la Sala Tercera del TS de 15 de diciembre de 2010, seguida por la de 22 de enero de 2016, se concluye que la mera clasificación del suelo no supone la automática patrimonialización de los aprovechamientos que la ordenación urbanística añade a tal contenido. Cualquiera que sea la posición que se sostenga respecto a su naturaleza, —sigue diciendo la Sentencia—, la determinación de esos derechos está sometida a un proceso administrativo que ha de finalizar en la concreción de una determinada edificabilidad del suelo del que emanan esos derechos. Quiere decirse con ello que quien perfila como objeto de un contrato tales derechos, está introduciendo importantes elementos de incertidumbre en el contrato. Sería pues un contrato con un importante componente aleatorio, con una carga de riesgo y con una notable indeterminación temporal, pues tanto la definitiva concreción de los derechos como la definitiva materialización de los mismos está sometida, por imperativo legal, a un control de la Administración urbanística competente.

Ciertamente, como ha reconocido esta Dirección General —*vid.,* Resoluciones de 14 de junio de 2011 y 13 de abril y 22 de julio de 2016—, siempre que la legislación y/o el planeamiento urbanístico lo permitan, cabe la celebración de un negocio cuyo objeto sea la transferencia de aprovechamiento entre fincas distintas, de forma que quede disminuido el aprovechamiento urbanístico de una finca, en favor de otra, la finca de destino, que acrece su contenido de aprovechamiento en la misma medida en que la de origen lo disminuye, de manera estructuralmente parecida a lo que sucede cuando por medio de una agregación se reduce la superficie de una finca y se aumenta la de otra. El negocio de transferencia de aprovechamiento, sujeto, en principio, al régimen de disposición de bienes inmuebles, puede darse entre particulares o con la Administración, puede ser puramente voluntario o de carácter forzoso o, por su función, puede ser de mera adquisición patrimonial o servir de técnica de gestión urbanística, cuando lo permita la respectiva legislación. El Capítulo V del Real Decreto 1.093/1997, se ocupa de la inscripción del aprovechamiento urbanístico. Tanto desde el punto de vista del principio de especialidad, como desde la perspectiva de los principios de tracto sucesivo, folio real y coordinación de la publicidad registral con la legislación urbanística, resulta evidente que es condición necesaria para el reflejo en el Registro de la Propiedad de las transferencias o distribución de aprovechamiento urbanístico entre varias fincas, ya sean del mismo titular o de titulares distintos, ya pertenezcan a un mismo Registro o a varios, la perfecta identificación no solo de la finca de origen, sino también de la finca o fincas de destino. Ahora bien, esta determinación de la finca de destino no queda sin más sometida a la voluntad del titular o de los titulares de la misma (sea o no el mismo o los mismos que los de la finca de origen), sino que en todo caso requerirá su conformidad con la legislación y el planeamiento urbanístico. Por ello, como manifestación del principio de coordinación entre la publicidad registral y la legislación urbanística, el artículo 37 del Real Decreto 1.093/1997, bajo el epígrafe «autorización urbanística de las transferencias de aprovechamientos urbanísticos», dispone que «cuando la legislación urbanística aplicable exija la previa autorización de las transferencias

de aprovechamiento urbanístico, la concesión de licencia específica o la toma de razón previa en Registros administrativos destinados a hacer constar su realización, la concesión o inscripción respectiva constituirá requisito del acceso al Registro de la Propiedad de la transmisión o distribución». No cabe soslayar la falta de determinación de la finca de destino a la que ha de acrecer el aprovechamiento por la vía de la apertura voluntaria de un folio registral independiente, como finca registral especial, respecto del aprovechamiento objeto de transmisión, en los términos autorizados por el artículo 39 del Real Decreto 1093/1997.

Es decir, aunque pueda admitirse la validez civil de la transmisión por el propietario de una parcela o solar, edificado o no, de todo o parte del aprovechamiento urbanístico subjetivo que pueda materializar en la misma, diferente aquí del concepto estricto de transferencia como técnica equidistributiva, dicha transmisión lo que deriva es en la formación de una especial comunidad de derechos recayentes sobre una misma unidad perimetral de terreno delimitable por sus coordenadas de localización, cuya configuración jurídica deberá articularse mediante el régimen de la comunidad por cuotas ideales de propiedad o la constitución de derechos reales de sobreedificación o subedificación. Partiendo de un concepto amplio de aprovechamiento urbanístico, esta Dirección General ha admitido supuestos en que pueden acceder al Registro de la Propiedad no solo negocios o actos jurídicos que tengan por objeto el aprovechamiento cuando el mismo ha sido independizado de la finca de origen mediante su inscripción en folio independiente como finca registral separada, o ha sido transferido a otra finca distinta de la de origen, sino también cuando dicha emancipación de la finca de origen no se ha producido, esto es, cuando el aprovechamiento todavía «forma parte del contenido del dominio y por tanto está implícito en la descripción meramente perimetral de la finca registral» (cfr. Resolución de 30 de mayo de 2009). En tal situación se ha admitido el acceso al Registro de una opción de compra sobre la totalidad del aprovechamiento urbanístico que corresponda a una finca aportada por el concedente de la opción a una junta de compensación, con objeto de que dicha opción alcance, con plena eficacia de subrogación real, a las fincas de reemplazo en que se materialicen finalmente los derechos de aprovechamiento.

Como ha quedado expuesto en las consideraciones iniciales, es requisito para permitir el acceso registral del aprovechamiento urbanístico, en los casos en que esto sea posible, bien por inscripción o nota marginal en el folio registral de la finca, bien mediante folio independiente, que se concrete el número de unidades de aprovechamiento que corresponde a cada una de las fincas afectadas antes de la transmisión o distribución, especificadas en función de los parámetros sobre edificabilidad y usos que establezca la legislación urbanística aplicable, así como la cuantía del aprovechamiento transmitido o distribuido, proporción que se le atribuya en relación al de la finca de destino y cuantía del aprovechamiento a que queda reducida la finca de origen artículo 34 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio. Por otra parte, como ha señalado esta Dirección General es indispensable que la fijación del aprovechamiento subjetivo sea el correcto, para lo que debe partirse del tipo fijado en el Plan, y su determinación requiere intervención administrativa. El aprovechamiento subjetivo, en cuanto facultad que el derecho de propiedad sobre una finca determinada atribuye a su titular, no queda sin más sometida a la voluntad del titular o de los titulares de la misma, sino que en todo caso requerirá su conformidad con la legislación y el planeamiento urbanístico circunstancias que solo podrán acreditarse mediante la intervención de la Administración actuante —Resolución de 13 de abril de 2016—.

El siguiente defecto a analizar es relativo a la posibilidad de apertura de folio independiente a un aprovechamiento urbanístico que ha de materializarse exclusivamente sobre la finca a la que corresponde. Aunque pueda admitirse, también en Aragón, la validez civil de la transmisión, por el propietario de una parcela o solar, edificado o no, de todo o parte del aprovechamiento urbanístico subjetivo que pueda materializar en la misma, diferente aquí del concepto estricto de transferencia como técnica equidistributiva, no prevista en la regulación aragonesa, dicha transmisión lo que deriva es en la formación de una especial comunidad de derechos recayentes sobre una misma unidad perimetral de terreno delimitable por sus coordenadas de localización, cuya configuración jurídica deberá articularse mediante el régimen de la comunidad por cuotas ideales de propiedad o la constitución de derechos reales de sobreedificación o subedificación, cuya justificación causal, a efectos civiles, podrá basarse en la propia adquisición del aprovechamiento subjetivo, y sin perjuicio de su definitiva configuración por subrogación real como fincas de atribución privativa en forma de propiedad horizontal o complejo inmobiliario, pues solo así se posibilita su acceso al Registro de la Propiedad sobre la finca registral correspondiente a dicha unidad de suelo conforme a las exigencias del principio de determinación y de folio real —artículos 9 de la LH, 16, 51 y 54 de su Reglamento y 26 de la Ley de Suelo, y disposición adicional decimotercera de la Ley de Urbanismo de Aragón—.

Es cierto, como afirma la Registradora, que el aprovechamiento urbanístico, aun cuando pueda ser objeto autónomo de derechos, no queda libre del condicionamiento jurídico de la finca de la que proviene. Por ello, la inscripción separada del aprovechamiento, si es que pudiera practicarse, solo podría hacerse arrastrando la prohibición de enajenar y la servidumbre de luces y vistas que gravan las fincas de origen, de forma análoga a lo que ocurre en cualquier otro supuesto de formación de nuevas fincas a partir de otra inscrita (segregación, agrupación, división, etc…), como resulta de los artículos 33 a 35 del Real Decreto 1093/1997.

Como ha señalado esta Dirección General —Resolución de 25 de junio de 2013—, la prohibición de disponer supone el reconocimiento por el ordenamiento jurídico de un ámbito de poder a favor del beneficiado por ella, que, sin embargo, no es un verdadero derecho real ni una estipulación a favor de tercero (Resolución de 20 de diciembre de 1929). No impiden, en principio, la realización de actos dispositivos forzosos, sino tan solo los actos voluntarios de transmisión «*inter vivos*». Las prohibiciones de disponer, además de la temporalidad o la accesoriedad, exigen la existencia de justa causa, como así lo ha impuesto la jurisprudencia. Baste como ejemplo la STS de 13 de diciembre de 1991, citada por el recurrente, según la cual, además, su interpretación ha de realizarse con criterio restrictivo y teniendo en cuenta la finalidad perseguida por quien establece tal limitación, finalidad que puede ser de carácter social, familiar, etc. Tal prohibición, en el caso de este expediente, de enajenar, no limita otras facultades embebidas en dicho derecho dominical, como es la de aprovechamiento urbanístico de la finca objeto de derecho, al que alude el artículo 12 de la Ley de Suelo estatal y 28 de la ley aragonesa, ni tampoco limita la facultad de edificar en unidad apta para ello, una vez cumplidas las condiciones impuestas por la ordenación. Sí limitará, sin embargo, la transmisión puramente voluntaria del derecho de aprovechamiento urbanístico, como facultad independiente, cierto es, pero integrante natural del contenido del dominio sobre un mismo objeto, con independencia de la fecha de aprobación del planeamiento que lo determine, o del cumplimiento de las condiciones que posibilitan su patrimonializacion. Por lo que, tratándose de una transmisión de aprovechamiento urbanístico puramente voluntaria, debe quedar

afectada por la virtualidad de la prohibición de enajenar. Las consideraciones sobre el cumplimiento del deber de edificar en la edificabilidad y plazo determinado por el planeamiento, que es consecuencia del contendido estatutario del derecho de propiedad de suelo delimitado por su función social —artículo 31.2 de la ley aragonesa—, en este caso, de desarrollo urbano, así como los propios principios inspiradores de la nueva legislación de suelo, en orden a la renovación y regeneración urbana —*vid.,* Preámbulo de la Ley 8/2013, de 26 de junio—, no obstan a esta conclusión sobre la virtualidad de la prohibición testamentaria en relación a la enajenación del aprovechamiento materializable.

Ciertamente, si bien, dentro del concepto estricto de enajenación no se comprende el de constitución de un derecho de opción de compra, toda vez que en este último derecho, la enajenación tiene lugar únicamente en el caso de que la opción llegue a ejercitarse, más para que pueda resultar compatible con la prohibición, ambas partes habrán de pactar demorar su ejercicio hasta que el dominio de la finca quede libre de la traba impuesta por la causante, pues de otra forma se burlaría la prohibición impuesta, al no conservarse los bienes dentro del patrimonio durante el plazo de limitación y quedaría frustrada la voluntad de la testadora, por lo que al no cumplir el título presentado tales condiciones, debe denegarse su inscripción por vulnerar la prohibición de disponer inscrita, constituyendo un defecto insubsanable, sin olvidar el plazo de duración de la opción exigido en el artículo 14 del RH para que sea inscribible en el Registro de la Propiedad.

Resolución de 21-3-2017
(*BOE* 6-4-2017)
Registro de la Propiedad de Albacete, número 1

RECURSO GUBERNATIVO: OBJETO. HIPOTECA: RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA POR LOS INTERESES DE DEMORA EN RELACIÓN A LO PACTADO EN EL PLANO OBLIGACIONAL.

De conformidad con los artículos 324 y 326 de la LH y la doctrina de este Centro Directivo (cfr. Resoluciones de 16 de febrero de 2005, 5, 17 y 18 de marzo de 2008, 1 de agosto de 2014 ó 25 de enero de 2017), el objeto del expediente de recurso contra calificaciones de Registradores de la Propiedad y Mercantil es exclusivamente la determinación de si la calificación negativa realizada por el Registrador titular del Registro en que debe inscribirse el negocio celebrado es o no ajustada a Derecho tanto formal como sustantivamente; no pudiendo entrar a valorar otros posibles defectos que pudiera contener la escritura, ni tampoco aquellos defectos puestos de manifiesto en la nota de calificación que no hubieran sido objeto de impugnación o cuyo recurso hubiere admitido el Registrador calificante con ocasión de la confección de su informe. Del mismo modo, tampoco debe ser objeto de este recurso ni los posibles defectos formales que hubieren podido existir en la notificación al Notario autorizante de una nota de calificación anterior a la recurrida; ni las calificaciones dispares en que hubiere incurrido la Registradora de la Propiedad en escrituras de constitución de hipoteca de contenido idéntico y coetáneas en el tiempo.

Pactados los intereses remuneratorios de una obligación, la posibilidad de cobertura hipotecaria está expresamente regulada en el ordenamiento jurídico (art. 12 de la LH) pero con la importante matización de que la eficacia «*erga omnes*» derivada de la inscripción en el Registro de la Propiedad impone unas

limitaciones que trascienden las propias del Derecho Civil, de modo que los planos, civil e hipotecario, no se superponen sino que se complementan cada uno en su respectivo ámbito de eficacia.

Por un lado y dado que el ejercicio de la acción hipotecaria «solo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita, sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento respectivo» (art. 130 de la LH), la cobertura solo puede alcanzar a las obligaciones garantizadas en la medida que hayan sido pactadas y con el alcance que hayan sido pactadas (salvo los supuestos en que el nacimiento de la obligación tenga un origen legal). Dicho de otro modo, la cobertura hipotecaria no puede cubrir obligaciones no existentes (*vid.,* Resolución de 11 de octubre de 2004, por todas), ni puede tener por objeto una obligación distinta a la establecida por las partes o, en su caso, por la Ley. El carácter accesorio de la hipoteca respecto del crédito garantizado (cfr. arts. 104 de la LH y 1857 del Código Civil) implica la imposibilidad de discrepancia entre los términos definitorios de la obligación asegurada y los de la extensión objetiva de la hipoteca en cuanto al crédito.

La exigencia de determinación propia del Derecho hipotecario, impone a su vez que la obligación garantizada, así como los distintos elementos que conforman su exigibilidad, consten debidamente delimitados ya sea su cuantía, devengo, vencimiento o tope cuando de intereses variables se trate (*vid.,* art. 9 de la LH y Resolución de 23 de octubre de 1987). Por otro lado, especial importancia tiene la limitación temporal de cobertura establecida en el artículo 114 de la LH que impone que, cualquiera que sea la duración de la obligación garantizada y de los intereses remuneratorios pactados, la hipoteca no garantice intereses, ordinarios o moratorios, por plazo superior a cinco años.

Es doctrina reiterada de esta Dirección General (*vid.,* Resoluciones de 12 de julio de 1996, 9 de octubre de 1997 o 3 de diciembre de 1998) que «la garantía hipotecaria de los intereses remuneratorios [y lo mismo cabe decir de los moratorios] cuando son variables, pertenece al grupo de la hipoteca de seguridad, lo que exige la fijación de un tipo máximo a la cobertura hipotecaria de dicho interés, tope que, en cuanto especificación delimitadora del contenido del derecho real, opera a todos los efectos legales, favorables o adversos, y tanto en las relaciones entre el acreedor hipotecario y el deudor hipotecante como en las que se producen entre aquel y el tercer poseedor, o los titulares de derechos reales o cargas posteriores sobre la finca gravada, adquiridos a título oneroso o gratuito. Esto no debe confundirse con los límites que por anualidades señalan los dos primeros apartados del artículo 114 de la LH solo operan cuando exista perjuicio de terceros. Los intereses de demora, al generarse como consecuencia de un incumplimiento, tienen por definición carácter eventual o contingente, y como tal tienen carácter de crédito futuro en el momento de la constitución de la hipoteca, por lo cual no solo su cuantía sino su misma existencia se encuentran en tal momento en una situación de indeterminación.

No debe confundirse la accesoriedad de la hipoteca respecto de la obligación u obligaciones garantizadas, con la relación que en el plano obligacional deben guardar los distintos tipos de interés garantizados —remuneratorio y moratorio— en determinados supuestos, como cuando así se ha pactado o se trate de préstamos hipotecarios a los que les sea aplicable la normativa sobre consumidores, trasladando esa relación al ámbito del derecho real de hipoteca. Pero en lo tocante a la configuración de la responsabilidad hipotecaria que garantice los intereses que se puedan devengar por uno u otro concepto y dentro de los límites legales imperativos (arts. 114.2.o y 3.o de la LH y 220 del RH), opera la libertad

de pacto, la cual puede ejercitarse, bien no garantizando los intereses devengados de un tipo determinado, bien fijando una cobertura en número de años distinta para cada tipo de interés, bien señalando un tipo máximo de cobertura superior a uno respecto del otro, sin que tengan que guardar ninguna proporción ya que estructuralmente nada impide que la garantía de uno u otro tipo de interés sea inferior a los efectivamente devengados, como nada impide que la garantía hipotecaria solo garantice parte de la obligación principal (arts. 1255 y 1826 del Código Civil). Por ello, no puede mantenerse la calificación impugnada en cuanto parte del presupuesto de que, aun siendo los intereses variables, el tipo máximo de los intereses de demora a efectos hipotecarios debe coincidir necesariamente con el importe resultante de sumar dos puntos porcentuales al tipo máximo del 2,335% que —únicamente a efectos hipotecarios— se ha fijado para los intereses ordinarios. Por tanto, en sede de intereses variables, el tipo máximo de los intereses moratorios a efectos hipotecarios podrá ser inferior, igual o superior en más de dos puntos al tipo máximo de los intereses remuneratorios a efecto de cobertura hipotecaria pactado.

Resolución de 22-3-2017
(*BOE* 6-4-2017)
Registro de la Propiedad de Málaga, número 13

CONCURSO DE ACREEDORES: INTERPRETACIÓN DEL PLAN DE LIQUIDACIÓN.

En el presente recurso todo gira en torno a la interpretación del plan de liquidación aprobado por el Juez. La necesidad de la interpretación es consecuencia de la falta de precisión de algunas de las estipulaciones o cláusulas contenidas en el plan y, en particular, de esa aparente contradicción entre la determinación por la administración concursal de que un precio de 600.000 euros sería muy reducido (cláusula décimo segunda) y la previsión de que la venta directa tendría que realizarse «al mejor precio posible dentro de las difíciles circunstancias del mercado» (cláusula decimosexta).

Como ha puesto de relieve esta Dirección General en la Resolución de 28 de junio de 2016, en el Derecho español existe una clara opción de política legislativa dirigida a evitar que la administración concursal opere discrecionalmente en la fase predispuesta para la conversión en dinero de los bienes y derechos que integran el patrimonio concursal que, en cuanto patrimonio de afectación, está destinado a la satisfacción de los acreedores concursales. O bien la liquidación se produce conforme al plan de liquidación aprobado por el Juez o conforme a las reglas legales supletorias. La administración concursal, dentro de las reglas legales imperativas, tiene una amplia discrecionalidad para configurar el modo de liquidación de los bienes y derechos de la masa activa. Pero el ejercicio de esta libertad condiciona la actuación de este órgano para el futuro. Aprobado el plan por el Juez del concurso, la administración concursal debe proceder a la realización de los bienes y derechos que integran la masa activa conforme a las reglas establecidas en el plan aprobado.

Al igual que sucede en materia contractual, las cláusulas de los planes de liquidación deben interpretarse las unas por las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas (art. 1285 del Código Civil), y, si alguna cláusula admitiera distintos sentidos, debe interpretarse en el más

adecuado para que produzca efecto (art. 1284 del Código Civil). A la regla de la interpretación sistemática se añade, pues, la regla de la conservación de las declaraciones contenidas en el plan de liquidación.

Resolución de 22-3-2017
(*BOE* 6-4-2017)
Registro de la Propiedad de Coria

OBRAS NUEVAS POR ANTIGÜEDAD: CERTIFICACIÓN CATASTRAL.

Se debate en el presente expediente si procede practicar la inscripción de una ampliación de una edificación declarada por antigüedad pretendiéndose acreditar como fecha de terminación la del año 1997 mediante certificaciones catastrales de cuatro inmuebles, junto con un informe del Ayuntamiento según el cual la finca registral, con una superficie inscrita de 2.500 m^2 se corresponde con esos cuatro inmuebles catastrales, que suman una superficie de solo 1.670 m^2. Se modifica además el número de demarcación, y se modifican sus linderos, incluso introduciendo un lindero fijo, y se declara que parte de la finca no es urbana, como consta en el Registro, sino rústica, y se modifica el nombre del paraje.

Para inscribir cualquier edificación terminada, nueva o antigua, cuya declaración documental y solicitud de inscripción se presente en el Registro de la Propiedad a partir del 1 de noviembre de 2015, fecha de la plena entrada en vigor de la Ley 13/2015, será requisito, en todo caso que la porción de suelo ocupada habrá de estar identificada mediante sus coordenadas de referenciación geográfica. 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, y a través del procedimiento que corresponda, la delimitación geográfica y lista de coordenadas de la finca en que se ubique. En efecto, 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. Por último, tratándose de una ampliación de una edificación ya inscrita, como se afirmó en Resoluciones esta Dirección General de 23 de mayo de 2016 y 6 de febrero de 2017, en tales casos cuando la superficie ocupada por la construcción ya consta en el Registro, bajo la salvaguardia de los tribunales (art. 1, párrafo tercero, de la LH), y siempre que no fuera objeto de modificación o alteración en la escritura de ampliación de obra nueva por elevación de nuevas plantas —circunstancia que no concurre en el presente caso, en el que sí se altera tal superficie ocupada—, el rigor de la norma debe atenuarse.

En relación con la incorporación de la referencia catastral, y de acuerdo con lo establecido en el Texto Refundido de la Ley del Catastro, habiendo quedado debidamente justificado que no solo existen diferencias de superficie superiores al 10% entre la cabida inscrita y la catastral, sino que también existen diferencias en cuanto a la denominación del sitio o paraje de la finca, su naturaleza,

linderos y número de policía en la parte urbana, es por lo que debe afirmarse la improcedencia de dicha incorporación.

En definitiva, no quedando acreditada la correspondencia con la certificación catastral aportada, esta no es no es hábil para justificar las modificaciones descriptivas y la antigüedad de la edificación, lo que es requisito ineludible para la inscripción de la declaración de obra nueva de conformidad con el artículo 28.4 del texto refundido de la Ley de Suelo. Todo ello sin perjuicio de que pueda acceder la edificación al Registro si se acredita por otros medios la antigüedad de la misma en los términos previstos por el meritado artículo 28.4 de la Ley de Suelo, y siempre que resulte justificado que las coordenadas de la edificación se encuentran ubicadas en la finca registral, según se ha expuesto en los anteriores fundamentos.

Resoluciones de 23-3-2017
(*BOE* 7-4-2017)
Registro de la Propiedad de Almería, número 3

DOCUMENTO JUDICIAL: MANDAMIENTO EN FORMATO ELECTRÓNICO.

Generado electrónicamente un mandamiento de judicial y remitido del mismo modo al procurador de la parte actora, este procede a su traslado a soporte papel y a su presentación en el Registro de la Propiedad. El documento presentado presenta pie en cada una de sus tres hojas del que resulta su código seguro de verificación (CSV), la advertencia de que permite la verificación de la integridad de la copia del documento electrónico en determinada dirección, la afirmación de que el documento incorpora firma electrónica reconocida de conformidad con la Ley 59/2013, de 19 de diciembre, de firma electrónica, así como la identidad del firmante, fecha y hora. Finalmente, el documento incorpora en el pie código de barras correspondiente al código seguro de verificación. La Registradora no expide la certificación ordenada porque, a su juicio, no resulta la autenticidad de la copia presentada a los efectos del artículo 3 de la LH.

La cuestión planteada en este expediente resulta sustancialmente idéntica a la que dio lugar a la Resolución de este Centro Directivo de fecha 6 de marzo de 2012 por lo que la doctrina entonces formulada, con las debidas adaptaciones al origen judicial del documento ahora presentado, debe ser ahora reiterada. El código generado electrónicamente permite contrastar la autenticidad del documento, de conformidad con el artículo 30.5 de la Ley 11/2007. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 30.5 de la Ley 11/2007, las copias realizadas en soporte papel de documentos públicos administrativos emitidos por medios electrónicos y firmados electrónicamente tendrán la consideración de copias auténticas siempre que incluyan la impresión de un código generado electrónicamente u otros sistemas de verificación que permitan contrastar su autenticidad mediante el acceso a los archivos electrónicos de la Administración Pública, órgano o entidad emisora». En la actualidad dicha previsión referida a documentos administrativos se recoge en la letra c) del apartado 3 del artículo 27 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. En base a tales consideraciones esta Dirección General consideró en la Resolución de 1 de octubre de 2015 que incluso los asientos del Registro pueden autorizarse con firma electrónica, surtiendo esta los mismos efectos jurídicos que la firma manuscrita y debiendo trasladarse el contenido firmado

electrónicamente con el correspondiente código que permita su verificación a los libros del Registro llevados en la forma dispuesta por los artículos 238 a 240 de la LH, sin necesidad de que tengan que firmarse los asientos adicionalmente en forma manuscrita.

El Registrador, en el ámbito de su competencia, está obligado a llevar a cabo la verificación de la autenticidad del documento presentado mediante el acceso a la sede electrónica correspondiente mediante el código seguro de verificación incorporado al propio documento. Las consideraciones anteriores son de plena aplicación al supuesto de los documentos judiciales generados electrónicamente y dotados de código seguro de verificación. Así resulta del artículo 230 de la LEC y de la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia.

Resolución de 24-3-2017
(*BOE* 7-04-2017)
Registro de la Propiedad de Málaga, número 9

ARRENDAMIENTO URBANO: INEXISTENCIA DE DERECHOS DE TANTEO Y RETRACTO EN LA EJECUCIÓN FORZOSA CON ARRENDAMIENTO NO INSCRITO.

La reforma introducida en la Ley de Arrendamientos Urbanos en virtud de la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas («Boletín Oficial del Estado» de 5 de junio de 2013; vigencia de 6 de junio de 2013), debe tenerse en cuenta para resolver la cuestión planteada en el presente recurso. Establece el artículo 14.1 que «el adquirente de una finca inscrita en el Registro de la Propiedad, arrendada como vivienda en todo o en parte, que reúna los requisitos exigidos por el artículo 34 de la LH, solo quedará subrogado en los derechos y obligaciones del arrendador si el arrendamiento se hallase inscrito, conforme a lo dispuesto por los artículos 7 y 10 de la presente ley, con anterioridad a la transmisión de la finca». El artículo 7.2 establece claramente un principio de inoponibilidad del arrendamiento no inscrito frente a tercero inscrito, cuando dispone que «en todo caso, para que los arrendamientos concertados sobre fincas urbanas, surtan efecto frente a terceros que hayan inscrito su derecho, dichos arrendamientos deberán inscribirse en el Registro de la Propiedad».

El artículo 25 de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos sigue manteniendo en su apartado 5 un cierre registral en cuanto determina que «para inscribir en el Registro de la Propiedad los títulos de venta de viviendas arrendadas deberá justificarse que han tenido lugar, en sus respectivos casos, las notificaciones prevenidas en los apartados anteriores, con los requisitos en ellos exigidos. Cuando la vivienda vendida no estuviese arrendada, para que sea inscribible la adquisición, deberá el vendedor declararlo así en la escritura, bajo la pena de falsedad en documento público». Sin embargo, 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.

De una interpretación conjunta del citado artículo y de lo dispuesto en el artículo 7.2 antes transcrito resulta la extinción del contrato de arrendamiento

salvo que se hubiese inscrito en el Registro de la Propiedad con anterioridad al derecho, en este supuesto la hipoteca, que se ejecuta y que determina la extinción del derecho del arrendador y en consecuencia del propio contrato de arrendamiento y con él sus derechos accesorios como el derecho de retracto. En consecuencia con lo anteriormente expuesto, en el presente caso, enajenada judicialmente la finca, el derecho del arrendador queda extinguido y con él el contrato de arrendamiento y sus accesorios como el derecho de retracto, y deviene innecesario realizar notificación alguna expresa y especial.

Resolución de 24-3-2017
(*BOE* 7-4-2017)
Registro de la Propiedad de A Coruña, número 2

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: HERENCIA YACENTE.

El problema a tratar entronca con el principio de tracto sucesivo establecido en el artículo 20 de la LH, que intenta evitar la indefensión proscrita en el artículo 24 de la Constitución Española. Es consecuencia de lo anterior la doctrina de este Centro Directivo que impone que en los casos de herencias yacentes, toda actuación que pretenda tener reflejo registral deba articularse mediante el nombramiento de un administrador judicial, en los términos previstos en los artículos 790 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, salvo que algún interesado en la herencia se haya personado en el procedimiento considerando el Juez suficiente la legitimación pasiva de la herencia yacente.

Ahora bien en el presente caso, no cabe desconocer que el objeto de la demanda es la declaración de que la finca es privativa de la titular registral fallecida. Pero dicha privatividad además de ser solicitada por la demandante, que reúne la condición de heredera de la titular registral y del esposo de esta, que es su padre demandado, y por lo tanto interesada en la herencia yacente de este, ha quedado suficientemente acreditada en el procedimiento judicial. Por lo tanto, la decisión judicial viene a determinar la conclusión de la sociedad de gananciales con anterioridad al fallecimiento de los cónyuges, de forma análoga a lo dispuesto en el artículo 1393.3 del Código Civil en su redacción actual, y habiendo quedado probado que la finca es privativa, esta queda sustraída del patrimonio de la herencia yacente del cónyuge de la causante, no dándose por tanto el supuesto de una posible indefensión de los interesados en la misma.

Resolución de 24-3-2017
(*BOE* 7-4-2017)
Registro de la Propiedad de Lliria

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: FINCA INSCRITA DE PERSONA DISTINTA DE AQUELLA CONTRA LA QUE SE HA DIRIGIDO EL PROCEDIMIENTO. ANOTACIÓN PREVENTIVA POR DEFECTO SUBSANABLE: REQUISITOS.

El problema a tratar entronca con el principio de tracto sucesivo establecido en el artículo 20 de la LH, que intenta evitar la indefensión proscrita en el artículo 24 de la Constitución Española. Este principio, en su aplicación procesal

y registral, implica que los procedimientos deben ir dirigidos contra el titular registral o sus herederos, y que esta circunstancia debe ser tenida en cuenta por el Registrador, al estar incluida dentro del ámbito de calificación de documentos judiciales contemplado en el artículo 100 del RH.

Es consecuencia de lo anterior la doctrina de este Centro Directivo procede confirmar el defecto apreciado por el Registrador en su nota. No es posible acceder a la cancelación de una inscripción practicada a favor de una persona que no ha sido parte en el procedimiento del que resulta la sentencia calificada. Con independencia al hecho de si este tercer adquirente que ha inscrito su derecho se halla o no protegido por la fe pública registral, cuestión esta que no puede ser dilucidada en el marco del recurso gubernativo, es evidente que los efectos de una sentencia no pueden extenderse a quienes no han sido parte en el procedimiento. No debe olvidarse que el demandante pudo haber evitado esta situación si hubiera solicitado, y se hubiera ordenado en su momento, la anotación preventiva de la demanda.

La anotación preventiva por defecto subsanable no es procedente en un caso como el que es objeto de este expediente, dado que el defecto que fundamenta la nota de calificación tiene un claro carácter insubsanable (arts. 20 de la LH y 105 de su Reglamento), al determinar la ineficacia registral definitiva del título calificado.

Resolución de 24-3-2017
(*BOE* 7-4-2017)
Registro de la Propiedad de A Coruña, número 3

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: HERENCIA YACENTE.

El problema a tratar entronca con el principio de tracto sucesivo establecido en el artículo 20 de la LH, que intenta evitar la indefensión proscrita en el artículo 24 de la Constitución Española. Es consecuencia de lo anterior la doctrina de este Centro Directivo que impone que en los casos de herencias yacentes, toda actuación que pretenda tener reflejo registral deba articularse mediante el nombramiento de un administrador judicial, en los términos previstos en los artículos 790 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, salvo que algún interesado en la herencia se haya personado en el procedimiento considerando el Juez suficiente la legitimación pasiva de la herencia yacente.

Ahora bien en el presente caso, no cabe desconocer que el objeto de la demanda es la declaración de que la finca es privativa de la titular registral fallecida. Pero dicha privatividad además de ser solicitada por la demandante, que reúne la condición de heredera de la titular registral y del esposo de esta, que es su padre demandado, y por lo tanto interesada en la herencia yacente de este, ha quedado suficientemente acreditada en el procedimiento judicial. Por lo tanto, la decisión judicial viene a determinar la conclusión de la sociedad de gananciales con anterioridad al fallecimiento de los cónyuges, de forma análoga a lo dispuesto en el artículo 1393.3 del Código Civil en su redacción actual, y habiendo quedado probado que la finca es privativa, esta queda sustraída del patrimonio de la herencia yacente del cónyuge de la causante, no dándose por tanto el supuesto de una posible indefensión de los interesados en la misma.

Resolución de 27-3-2017
(*BOE* 7-4-2017)
Registro de la Propiedad de Madrid, número 23

RESERVA VIDUAL: FACULTAD DE DESHEREDAR DEL RESERVISTA.

Debe decidirse en este expediente si es o no inscribible una escritura de adjudicación de herencia en la que concurren las circunstancias siguientes: las fincas objeto del expediente habían sido donadas por los hijos al viudo y estaban sujetas a reserva vidual como consecuencia de las segundas nupcias del que hoy es causante; consta la cualidad de reservables de los bienes mediante nota marginal en virtud de sentencia judicial; del testamento del reservista resulta que deshereda a los tres hijos; la escritura está otorgada exclusivamente por los reservatarios, sin la concurrencia de la heredera del reservista.

Como ha dicho este Centro Directivo en la Resolución de 19 de mayo de 2012, «respecto a cuál es la vocación o llamamiento del reservatario, se observa que no tiene vocación derivada del primer causante, pues no lo llamó como reservatario ni lo pudo llamar en ese momento, dado que la reserva no solo está sujeta a la condición de la existencia de los reservatarios en el momento de la muerte del reservista sino a un suceso totalmente indeterminado en el momento de la muerte del primer causante cual es las nuevas nupcias del cónyuge supérstite. Tampoco puede considerarse que el reservatario tenga vocación derivada del reservista pues este no puede decidir libremente acerca de su llamamiento sino que tiene la obligación de respetar la reserva, ni se puede equiparar al supuesto de legítima en que el causante tiene que atribuirla por cualquier título y el legitimario está protegido por la preterición. (…) Por todo ello hay que concluir que la vocación o llamamiento del reservatario es legal, pues la determina la ley (…). Se trata de una vocación legal en la que la ley utiliza dos medios de referencia para la determinación de los sucesores y de los bienes: en cuanto a la determinación de los sucesores, los que sean hijos y descendientes del cónyuge premuerto y hayan sobrevivido al reservista y siguiendo los llamamientos de la sucesión intestada con relación al cónyuge premuerto. El otro medio de referencia se refiere a los bienes reservables, que son los que adquirió el reservista de su primer cónyuge o de los parientes que el Código señala y que pueden quedar determinados ya en vida del reservista a través de la nota marginal expresiva del carácter reservable de los bienes inmuebles o, en otro caso, en el momento de su muerte. El que el reservista tenga reconocidas algunas facultades respecto a los bienes reservables como son la facultad de mejorar o de desheredar no significa que el reservatario derive sus derechos del mismo, sino únicamente que la propia ley concede esas facultades a favor de los instituidos por él mismo, que en tal caso, pueden traer causa de él a través de esas facultades sucesorias».

Distinto problema de la vocación es determinar a través de qué herencia recibe los bienes el reservatario. En este punto, y conforme a lo que señaló la citada Resolución de 14 de abril de 1969, y dado que los bienes han de estar incluidos dentro de un patrimonio, la solución es la de considerar que los bienes los recibe el reservatario como bienes integrados en la herencia del reservista. Ahora bien, los bienes reservables forman una masa independiente de los demás bienes de la herencia del reservista como patrimonio separado. En consecuencia y centrados en el supuesto concreto, si se prescinde la desheredación realizada, cabe la posibilidad de que los únicos interesados en los bienes reservables que son los únicos hijos que el reservista tuvo con el cónyuge premuerto, puedan

otorgar la escritura de adjudicación por sí solos, en cuanto a los bienes reservables para inscribirlos a su nombre partiendo de la nota marginal que consta en dichos bienes y de los demás documentos presentados.

En cuanto a la circunstancia de haber sido desheredados por su padre —reservista— los tres otorgantes, el artículo 973, párrafo segundo, del Código Civil establece lo siguiente: «el hijo desheredado justamente por el padre o la madre perderá todo derecho a la reserva, pero si tuviera hijos o descendientes, se estará a lo dispuesto en el artículo 857 y en el número 2 del artículo 164». Sin embargo, la interpretación de este párrafo del artículo 973 del Código Civil no está exenta de matices y discusiones doctrinales. La STS de 1 de abril de 1914, en su tercer considerando establece que la reserva «se halla enlazada a hechos inciertos, como se desprende de los artículos 972 y párrafo segundo del 973, del Código antes citado», lo que parece dar a entender que esta incertidumbre, una vez nacida la obligación de reservar, no existiría si la cuestionada desheredación fuese la anteriormente dispuesta por el cónyuge ya fallecido. Este Centro Directivo ha recogido esta Sentencia y en la Resolución de 14 de abril de 1969 señala como facultad del reservista la de desheredar.

Pero en el supuesto concreto de este expediente, en el testamento del reservista, se desheredan a los tres hijos y a los descendientes y se expresa como causa de desheredación la indicada en el número dos del artículo 853 del Código Civil En el mismo testamento solo se motiva dicha causa de desheredación en relación con los tres hijos reservatatarios. También se hace expresa referencia a la existencia de nietos del testador, hijos de los reservatarios desheredados, menores de edad, a quienes también se deshereda, pero sin expresar los motivos de dicha desheredación y sin expresar la edad y, en su caso, aptitud para ser deheredados. Consecuentemente, el recurso debe ser desestimado, por cuanto en el presente expediente la desheredación no puede alcanzar a la totalidad de los reservatarios, habiendo nietos del reservista, hijos de los reservatarios, respecto de quienes no se alega ningún motivo de desheredación (cfr. arts. 857 y 973.2 del Código Civil), todo ello, sin perjuicio de la declaración judicial sobre el carácter justo o injusto de la desheredación.

Resolución de 29-3-2017
(*BOE* 7-4-2017)
Registro de la Propiedad de Sagunto, número 1

PROPIEDAD HORIZONTAL: MODIFICACIÓN DEL TÍTULO CONSTITUTIVO.

Como señaló este Centro Directivo en su Resolución de 19 de abril de 2007, 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 del Código Civil). Consecuentemente se atribuye a la Junta de propietarios, como órgano colectivo, amplias competencias para decidir en los asuntos de interés de la comunidad (cfr. arts. 14 y 17 de la Ley sobre propiedad horizontal), si bien tratándose de determinados acuerdos (los que impliquen la aprobación o modificación de las reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad horizontal o en los estatutos de la comunidad) solo

serán válidos cuando se adopten por los propietarios en los términos previstos en la regla 6 del artículo 17 de la Ley sobre propiedad horizontal, es decir por unanimidad.

Debe distinguirse entre los acuerdos que tienen el carácter de actos colectivos (adoptados con los requisitos previstos en la legislación de propiedad horizontal resultantes de la correspondiente acta —cfr. art. 19 de la Ley sobre propiedad horizontal—), que no se imputan a cada 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 correspondientes, el cual habría de constar mediante documento público para su acceso al Registro de la Propiedad (mediante la adecuada interpretación de los artículos 3, 10 y 17 de la Ley sobre propiedad horizontal; cfr., también, el último inciso del apartado 2 del art. 18, según la redacción hoy vigente).

Como reiteró este Centro en Resolución de 24 de abril de 2014, la desafectación de elementos comunes —con o sin subsiguiente venta de los mismos— se trata de un acto para el que se reconoce a la Junta competencia como órgano colectivo de la comunidad de propietarios, pudiendo fijar las cuotas de propiedad del nuevo elemento privativo, con el consiguiente reajuste proporcional de las demás cuotas (cfr., por todas y además de las citadas en el anterior fundamento de Derecho, las Resoluciones de 5 de mayo de 1970 y 15 de junio de 1973). Y el mismo criterio debe mantenerse respecto de la transformación de un elemento privativo en elemento común, mediante el correspondiente acto de afectación.

En el presente caso, en el que se pretende rectificar la inscripción y hacer constar el carácter común de la parcela, no cabe sino rechazar tal pretensión, como ya se hiciera en la Resolución de 13 de mayo de 2010, toda vez que para tal rectificación se requiere el consentimiento unánime de todos los propietarios, pues se trata de modificar el título constitutivo de la propiedad horizontal y cambiar el carácter de la parcela objeto del recurso, para atribuirle carácter de elemento común, lo que, aun cuando hubiere mediado acuerdo adoptado en Junta de copropietarios en la forma prevista en el mencionado artículo 17 de la Ley, debe ser consentido individualmente por todos los titulares de elementos objeto de propiedad separada que son afectados por la rectificación pretendida de modo que traería consigo un cambio esencial en el régimen aplicable a tales elementos privativos.

Resolución de 29-3-2017
(*BOE* 7-4-2017)
Registro de la Propiedad de Albacete, número 1

OBRA NUEVA: NECESIDAD DE INTERVENCIÓN DE TODOS LOS CONDUEÑOS. OBRA NUEVA: DELIMITACIÓN GRÁFICA.

No hay ninguna duda de que la calificación se realizó dentro de plazo pues, como señala la Registradora en su informe, el documento fue presentado telemáticamente en el Registro el día 7 de noviembre de 2016, suspendiendo la calificación por falta de presentación del justificante del pago del impuesto el día 8 de noviembre de 2016, y se notificó fehacientemente ese mismo día al presentante. Posteriormente, se presenta físicamente el documento al Registro el día 14 de noviembre de 2016, calificado negativamente el día 2 de diciembre de 2016, es decir, a los catorce días hábiles de haberse presentado el documento, excluyén-

dose los sábados, conforme al artículo 19 de la Ley 14/2013. Se dio por tanto cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 18 y 19 bis de la LH y 109 del RH.

El primer defecto se refiere a la falta de consentimiento de los copropietarios de la finca para declarar una obra nueva. Esta cuestión ya ha sido tratada por esta Dirección General (cfr. Resoluciones de 11 de diciembre de 2012 y 12 de enero de 2015) en el sentido de estimar necesaria la intervención de los condueños para la declaración de obra nueva conforme a las normas que rigen la comunidad romana en nuestro del Código Civil. Se produce en estos supuestos es el incumplimiento del artículo 397 del Código Civil, en cuanto que dispone que «ninguno de los condueños podrá, sin consentimiento de los demás, hacer alteraciones en la cosa común, aunque de ellas pudieran resultar ventajas para todos».

Para inscribir cualquier edificación terminada, nueva o antigua, cuya declaración documental y solicitud de inscripción se presente en el RP 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. 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, y a través del procedimiento que corresponda, la delimitación geográfica y lista de coordenadas de la finca en que se ubique. En efecto, 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.

Como señalan las Resoluciones antes citadas (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, tal y como ya contempló este Centro Directivo en el apartado octavo de su Resolución-Circular de 3 de noviembre de 2015 sobre la interpretación y aplicación de algunos extremos regulados en la reforma de la LH operada por la Ley 13/2015, de 24 de junio. Por tanto, con carácter general, la obligada georreferenciación de la superficie ocupada por cualquier edificación, no requiere, desde el punto de vista procedimental, que se tramite un procedimiento jurídico especial con notificación y citaciones a colindantes y posibles terceros afectados, salvo que 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. En consecuencia, en el presente caso, no estando debidamente fundadas las dudas que justifiquen la necesidad de previa georreferenciación de la parcela, este defecto señalado en la nota de calificación ha de ser revocado.

Como ya se ha reiterado en el fundamento anterior, las dudas de identidad (en este punto, en cuanto a una posible invasión de dominio público) deben

estar debidamente justificadas, sin que la mera circunstancia de hallarse una finca colindante incursa en un procedimiento de investigación conforme a la Ley 33/2003 de 3 de noviembre, determine por sí la existencia de tal duda, más aún cuando de este procedimiento resulta controvertida la titularidad e incluso la naturaleza pública de dicha finca investigada (cfr. arts. 45 a 47 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre).

Resolución de 30-3-2017
(*BOE* 14-4-2017)
Registro de la Propiedad de Albacete, número 1

HIPOTECA: INTERESES DE DEMORA Y EL LÍMITE PREVISTO EN EL ARTÍCULO 114.3 DE LA LH.

Los intereses de demora, al generarse como consecuencia de un incumplimiento, tienen por definición carácter eventual o contingente, y como tal tienen carácter de crédito futuro en el momento de la constitución de la hipoteca, por lo cual no solo su cuantía sino su misma existencia se encuentran en tal momento en una situación de indeterminación. Como puso de relieve este Centro Directivo en la Resolución de 18 de noviembre de 2013 y ha reiterado desde entonces, siendo los intereses legales del dinero esencialmente variables, al ser revisados anualmente por las respectivas leyes presupuestarias (*vid.*, art. 1 de la Ley 24/1984, de 29 de junio, sobre modificación del tipo de interés legal del dinero), la indeterminación de la cifra garantizada en el momento inicial de la constitución de la garantía está resuelta por la técnica hipotecaria a través de la figura de las hipotecas de seguridad en su modalidad de máximo.

La Ley 1/2013, de 14 de mayo, al añadir un nuevo párrafo al artículo 114 de la LH, viene a sumar un nuevo límite legal a los intereses moratorios de los préstamos hipotecarios constituidos sobre la vivienda habitual y destinados a financiar su adquisición, haya o no terceros, de forma que los intereses moratorios pactados no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y solo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago. Además, dichos intereses de demora no podrán ser capitalizados en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Límites que, dado su carácter claramente imperativo, las estipulaciones contractuales de constitución de dichos préstamos hipotecarios necesariamente deberán respetar, lo que será perfectamente posible a través de la institución de la hipoteca de máximo. Comoquiera que, cualquiera que sea el límite máximo que se pacte, por hipótesis podrá ocurrir que en algún momento de la vigencia de la hipoteca la aplicación de la fórmula del artículo 114, párrafo tercero, de la LH dé como resultado una cifra inferior al máximo pactado, las fórmulas contractuales siempre podrán evitar cualquier tacha de ilegalidad mediante la incorporación a la estipulación correspondiente de una reserva o salvedad de aquel límite legal.

Los términos exactos de esa cobertura alternativa son los siguientes: «No obstante lo anterior, y para el caso que el contrato de préstamo fuera para adquisición de vivienda habitual, el límite máximo frente a terceros en el caso de intereses moratorios no podrá ser superior a tres veces el interés legal del dinero vigente en cada momento», es decir, configura el tipo máximo de los intereses moratorios de la cobertura hipotecaria para el supuesto a que se refiere solo «frente a terceros», lo cual no puede ser admitido desde el punto de

vista registral, porque es doctrina reiterada de esta Dirección General, como se ha expuesto anteriormente, que el necesario tope máximo del tipo de interés a efectos hipotecarios, en cuanto delimita el alcance del derecho real de hipoteca constituida, lo es a todos los efectos, tanto favorables como adversos, ya en las relaciones con terceros, ya en las que se establecen entre el titular del derecho de garantía y el dueño de la finca hipotecada que sea a la vez deudor hipotecario (Resoluciones de 16 de febrero de 1990, 20 de septiembre de 1996, 24 de agosto de 1998, 8 y 9 de febrero de 2001, 31 de octubre y 18 de noviembre de 2013 y 25 de abril y 29 de mayo de 2014, entre otras muchas). Pero es que, además, el límite establecido en el reiterado artículo 114, párrafo tercero, de la LH, según el cual «los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y solo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago», precisamente está destinado a operar no frente terceros, sino en las relaciones contractuales entre el acreedor hipotecario y el prestatario que tenga la condición de consumidor.

Resolución de 3-4-2017
(*BOE* 19-4-2017)
Registro de la Propiedad de Girona, número 1

PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA: TÍTULO INSCRIBIBLE. PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: HERENCIA YACENTE.

Sentencia dictada en rebeldía del demandado: Requisitos para la inscripción. Título inscribible: Circunstancias personales. Adquisición originaria: Cancelación de la inscripción contradictoria. Es doctrina consolidada de esta Dirección General (cfr. Resoluciones de citadas en «Vistos»), que la usucapión reconocida judicialmente a favor de los actores constituye sin duda un título apto para la inscripción y el hecho de recaer sobre una finca inscrita en absoluto impide que, tras la adquisición e inscripción por parte del titular registral pueda pasar a ser dueño por usucapión un tercero mediante la posesión del inmueble en las condiciones establecidas por la ley, ya que la inscripción del derecho en el Registro de la Propiedad no dota al mismo de imprescriptibilidad (cfr. art. 36 de la LH). La prescripción extraordinaria se consuma por el transcurso del tiempo con los requisitos legalmente establecidos, pero aun cuando para buena parte de la doctrina opera de forma automática, no puede ser declarada por el Juez de oficio sino que necesita de un procedimiento que culmine con su declaración.

En el caso de la usucapión extraordinaria aun cuando no será necesaria la acreditación en el procedimiento de la existencia o la validez de los títulos de hipotéticos adquirentes posteriores, pues precisamente dicha modalidad de prescripción adquisitiva no precisa ni de buena fe ni de justo título siendo únicamente necesario acreditar la posesión en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpida, puesto que la declaración que le ponga fin alterará el contenido de los libros del Registro deberá ser entablado, en todo caso, contra el titular registral para evitar su indefensión. Esta exigencia entronca con el principio de tracto sucesivo establecido en el citado artículo 20 de la LH, que intenta evitar la indefensión proscrita en el artículo 24 de la Constitución Española.

Es consecuencia de lo anterior la doctrina de este Centro Directivo que impone que en los casos de herencias yacentes, toda actuación que pretenda tener

reflejo registral deba articularse 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 y 5 de marzo de 2015). No obstante la doctrina expuesta, en el presente caso resultan una serie de particularidades que han de ser tenidas en consideración. Si, como se ha señalado antes, el nombramiento del defensor judicial no debe convertirse en una exigencia formal excesivamente gravosa, parece adecuado analizar en cada supuesto concreto las circunstancias concurrentes.

Los artículos 531.23 y 531.24 del libro quinto del Código Civil de Cataluña, aprobado por la Ley 5/2006, de 10 de mayo, define la usucapión como un título adquisitivo de la propiedad o de un derecho real posesorio basado en la posesión del bien durante el tiempo fijado por las leyes, posesión que debe ser en concepto de titular del derecho, pública, pacífica e ininterrumpida y no necesita título ni buena fe. En su tercer fundamento de Derecho se manifiesta que: «(…) es claro que se ha probado mediante actos concluyentes la posesión del recurrente en concepto de titular de un derecho de propiedad sobre la finca objeto de la litis». A la vista del carácter concluyente de los hechos que prueban la posesión del usucapiente, parece una exigencia excesiva exigir la designación de un administrador judicial de la herencia yacente que, en caso de comparecer en el procedimiento, nada podría alegar frente a la rotundidad de los hechos probados. Por otro lado, según la interpretación que este Centro Directivo ha hecho del artículo 208 de la LH, 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 puede ser por edictos, solo hace falta que sea nominal, cuando conste su identidad de la documentación aportada.

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. A este respecto, el recurrente solicita en el escrito de recurso que «en caso de que no hayan transcurrido los plazos previstos en el artículo 524.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, esta representación solicita en su caso la anotación preventiva de la sentencia que permita la inscripción del correspondiente asiento en el Registro de la Propiedad». De ahí que, en contra de lo que apunta la Registradora en su informe, sí que resulte procedente practicar, a la vista de esta solicitud, la anotación preventiva de la sentencia en los términos señalados en dicho artículo 524.4, siempre que se subsanen los demás defectos que son confirmados por la presente Resolución.

El tercero de los defectos consignados en la nota alude a la no constancia en el título de las circunstancias personales del adquirente, ya que únicamente se hace constar su nombre y apellidos, siendo necesario además del NIF, la mayor o menor edad, estado civil y carácter de la adquisición y en caso de que estuviere casado y la adquisición pudiera afectar a su régimen económico-matrimonial deberá indicarse cual sea este y el nombre del cónyuge, artículos 9 de la LH y 51 del RH. El defecto debe ser confirmado.

El cuarto motivo que impide la inscripción del título calificado, a juicio de la Registradora, consiste en que no se hace constar la descripción completa de la finca, pues no basta únicamente con la indicación del número de finca registral. El defecto, tal y como ha sido formulado en la nota de calificación, no puede mantenerse. En el presente caso la sentencia incorpora la referencia a los datos

registrales de la finca, con alusión al número de finca registral. Sin embargo, sí que se recoge en la sentencia objeto de la calificación recurrida que existe incorporado a los autos un certificado emitido por el Ayuntamiento de Sant Joan de Mollet del que resultan datos complementarios suficientes para la identificación.

Las sentencias declarativas y las constitutivas no son susceptibles de ejecución procesal. Así resulta con nitidez de lo dispuesto en los artículos 517.2.1.o y 521 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La prescripción se trata de una adquisición originaria, en la medida en que no existe esa relación de causalidad entre el anterior titular registral y el nuevo, no queda otra alternativa que cancelar la inscripción anterior, por tanto, está plenamente justificada la exigencia que hace la Registradora en el sentido de que se ha de ordenar la cancelación de la inscripción contradictoria, si bien deberá ordenarse por medio del oportuno mandamiento, como resulta del artículo 521.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Resolución de 3-4-2017
(*BOE* 19-4-2017)
Registro de la Propiedad de Priego de Córdoba

PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA: TÍTULO INSCRIBIBLE. PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: HERENCIA YACENTE.

Es doctrina consolidada de esta Dirección General (cfr. Resoluciones citadas en «Vistos»), que la usucapión reconocida judicialmente a favor de los actores constituye sin duda un título apto para la inscripción y el hecho de recaer sobre una finca inscrita en absoluto impide que, tras la adquisición e inscripción por parte del titular registral pueda pasar a ser dueño por usucapión un tercero mediante la posesión del inmueble en las condiciones establecidas por la ley, ya que la inscripción del derecho en el Registro de la Propiedad no dota al mismo de imprescriptibilidad (cfr. art. 36 de la LH). La prescripción extraordinaria se consuma por el transcurso del tiempo con los requisitos legalmente establecidos, pero aun cuando para buena parte de la doctrina opera de forma automática, no puede ser declarada por el Juez de oficio sino que necesita de un procedimiento que culmine con su declaración.

En el caso de la usucapión extraordinaria aun cuando no será necesaria la acreditación en el procedimiento judicial de la existencia o la validez de los títulos de hipotéticos adquirentes posteriores, en la medida en que la declaración que le ponga fin alterará el contenido de los libros del Registro, deberá ser entablado dicho procedimiento judicial, en todo caso, contra el titular registral para evitar su indefensión. En cuanto a la usucapión ordinaria, el efecto jurídico es idéntico que en el caso de la prescripción adquisitiva extraordinaria, esto es la adquisición del dominio por el usucapiente, por lo que igualmente deberá ser entablado el procedimiento judicial, en todo caso, contra el titular registral para evitar su indefensión. La función de la usucapión ordinaria es precisamente subsanar la falta de titularidad del transmitente, posibilitando con el transcurso del tiempo la adquisición, ya si el título además de reunir todas las anteriores condiciones fuera perfecto nada impediría que desplegara todos sus efectos. El Pleno de la Sala Primera del TS dictó Sentencia de 21 de enero de 2014 declara que el artículo 1949 del Código Civil ha sido derogado por el artículo 36, apartados I y II, de la LH.

En el presente expediente, a pesar de la existencia de títulos intermedios, los interesados fundaron la demanda por la que instaba la declaración de propiedad, no en la cadena o sucesión de títulos de trasmisión de dominio con sus sucesivos modos, sino en la prescripción ordinaria del dominio a su favor. El titular registral y sus herederos o causahabientes en tanto no inscribieron sus respectivos títulos, no son terceros, por lo que deberán soportar la usucapión ganada. En consecuencia, al haberse consumado la usucapión conforme a las normas del derecho civil, se produce una inexactitud entre lo publicado por el Registro y la realidad jurídica extrarregistral que podrá remediarse mediante la inscripción de la resolución judicial que reconozca dicha usucapión.

La doctrina de este Centro Directivo impone que en los casos de herencias yacentes, toda actuación que pretenda tener reflejo registral deba articularse 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 y 5 de marzo de 2015). No obstante la doctrina expuesta, en el presente caso resultan una serie de particularidades que han de ser tenidas en consideración. Si, como se ha señalado antes, el nombramiento del defensor judicial no debe convertirse en una exigencia formal excesivamente gravosa, parece adecuado analizar en cada supuesto concreto las circunstancias concurrentes. A la vista del carácter concluyente de los hechos que prueban la posesión del usucapiente, parece una exigencia excesiva exigir la designación de un administrador judicial de la herencia yacente que, en caso de comparecer en el procedimiento, nada podría alegar frente a la rotundidad de los hechos probados. Por otro lado, según la interpretación que este Centro Directivo ha hecho del artículo 208 de la LH, 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 puede ser por edictos, solo hace falta que sea nominal, cuando conste su identidad de la documentación aportada.

Resolución de 4-4-2017
(*BOE* 19-4-2017)
Registro de la Propiedad de Cangas

HERENCIA: CONMUTACIÓN DE LA LEGÍTIMA VIDUAL. LEGADOS: CONSENTIMIENTO DE LOS LEGITIMARIOS PARA LA ENTREGA.

Como ha reiterado este Centro Directivo, la facultad de interpretar el testamento para determinar cuál fue la voluntad del causante corresponde, entre otros, al albacea contador-partidor designado. Ahora bien, una cosa es interpretar el testamento para saber cuál fue la voluntad del causante y otra es averiguar cuál hubiera sido su voluntad de no darse determinadas circunstancias que dieron lugar a las disposiciones hechas al tiempo del otorgamiento del testamento. El artículo 675 del Código Civil establece que las disposiciones testamentarias deberán entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador.

El artículo 834 del Código Civil establece que la cuota legal usufructuaria del cónyuge viudo no separado legalmente o de hecho cuando concurre a la herencia

con hijos o descendientes, consiste en el usufructo del tercio destinado a mejora. No obstante, el artículo 839 permite la conmutación del usufructo por una renta vitalicia, el producto de determinados bienes o un capital efectivo, «procediendo de mutuo acuerdo, y en su defecto, por virtud de mandato judicial». La STS de 4 de octubre de 2001, requiriendo la conformidad del viudo, o la aprobación judicial subsidiaria para la elección de la modalidad de conmutación, tesis que confirma la STS de 13 de julio de 2009. Y en cuanto al contador-partidor se ha determinado por la doctrina, como regla general, que no puede decidir por sí solo la conmutación; por excepción, lo puede hacer si el causante la impone o le faculta expresamente; si lo ha hecho indicando el medio solutorio, en cuyo caso el contador deberá proceder a la conmutación con ese medio; si se limita a autorizarla o a indicarla simplemente, sin especificar la prestación sustitutoria, el contador deberá cumplir lo ordenado en el testamento, quedando a salvo el derecho del cónyuge supérstite o de los herederos para reclamar, caso de perjuicio para sus derechos legitimarios.

Resulta que habiendo el causante ordenado el pago en metálico de la legítima del cónyuge viudo, el contador-partidor lo pretende realizar en otros bienes de la herencia, con el argumento de que no existe metálico suficiente en la misma y esta es la solución más conveniente para la partición, cuando la exigencia de que el metálico legado en la que se ordena el pago en la legítima del viudo exista en la herencia no es evidente y contradice lo dispuesto en el artículo 886 del Código Civil.

Si, asumiendo que la conmutación que recoge la partición que se presenta a inscripción no es la realizada por el testador, consideráramos que es el mismo contador-partidor el que está decidiendo la conmutación en otros bienes distintos del dinero, debe recordarse que este Centro Directivo ha cuestionado que al contador-partidor corresponda o quepa atribuirle esta facultad de conmutación (así, Resoluciones de 18 de diciembre de 2002 o de 29 de enero de 2013), aparte de que esta atribución de facultad no consta en el testamento de forma expresa, y, además, el contador-partidor estaría ejerciendo esta supuesta facultad de conmutación eligiendo una alternativa no prevista en el artículo 839 del Código Civil (no se conmutaría por un capital en efectivo, ni por los productos de determinados bienes, ni por una renta vitalicia, sino por un lote de bienes hereditarios), y eso por sí solo exigiría requiriendo el consentimiento expreso del viudo, además del de los herederos. Tampoco los herederos, que han aceptado la partición del contador-partidor, podrían imponer al viudo una modalidad de conmutación no prevista legalmente, si es que pueden imponerle alguna. En consecuencia, en este supuesto concreto, existiendo metálico en la herencia, el contador debe proceder a la adjudicación del mismo en pago de la legítima vidual en cumplimiento de lo dispuesto por el testador en su testamento y, no siendo suficiente el metálico inventariado, debe realizar el pago en metálico extra hereditario, o en otros bienes de la herencia pero en este caso con el consentimiento del cónyuge, sin que resulten aplicables los artículos 841 y siguientes del Código Civil, sino el artículo 886.

La entrega del legado de inmueble la realiza el contador-partidor, en la propia partición que formaliza, y muestran su conformidad con ella tanto los herederos testamentarios como los legatarios de dicha finca, además del otro hijo, no instituido heredero, al que le había sido reconocida la legítima en el testamento, lo que implica que solo faltaría el consentimiento para dicha entrega de legado de la viuda del testador, en su condición de heredera forzosa de la herencia. Asumiendo que esta conserva dicha condición, según lo antes razonado sobre la falta de efectos de la conmutación recogida en la escritura, ello nos remite a la doctrina de esta Dirección General sobre entrega de legados por el contador-

partidor o por los herederos, que exige, bien el consentimiento de los herederos forzosos, bien que de la partición realizada por el contador-partidor resulte la no vulneración de las legítimas por los legados entregados.

Resolución de 4-4-2017
(*BOE* 19-4-2017)
Registro de la Propiedad de Les Borges Blanques

CALIFICACIÓN REGISTRAL: NOTIFICACIÓN POR FAX. RECTIFICACIÓN DE SUPERFICIE: PROCEDIMIENTO.

Este Centro Directivo ha puesto de relieve que la referida disposición del artículo 322 de la LH debe ser interpretada atendiendo no solo a sus palabras sino también a su espíritu, al marco normativo resultante de reformas recientes y a la realidad de las comunicaciones entre Notarios y Registradores, en un ámbito en el que (ya desde lo establecido en los RRDD 1558/1992, de 18 de diciembre, y 2537/1994, de 29 de diciembre) se ha venido impulsando el empleo y aplicación de las técnicas y medios electrónicos, informáticos y telemáticos, para el desarrollo de su actividad y el ejercicio de sus competencias como funcionarios públicos (cfr. los arts. 107 y 108 de la Ley 24/2001, con las modificaciones introducidas por la Ley 24/2005, de 18 de noviembre). Todo ello en razón del principio de agilización y de economía procedimental que inspira la regulación de la actuación de Notarios y Registradores, entre quienes existe una obligación de colaboración para la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario, que comprende el deber instrumental de mantener un sistema de comunicación telemático, incluyendo la utilización del telefax, de suerte que, en consecuencia, no podrán ignorar ni dar por no recibidos los documentos que por tal vía se les remitan.

A partir de la entrada en vigor de la reforma de la LH 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, letra a, y letra b de la LH; — El supuesto que persigue y permite inscribir rectificaciones superficiales no superiores al 10% de la cabida inscrita, pero con simultánea inscripción de la representación geográfica de la finca. Este concreto supuesto está regulado, con carácter general, en el artículo 9, letra b), de la LH, y tampoco está dotado de ninguna tramitación previa con posible intervención de colindantes y terceros; — 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 art. 199 y con el regulado en el art. 201.1).

La concreta cuestión planteada en este expediente ya fue resuelta en la Resolución de 22 de abril de 2016 (reiterada en las de 8 de junio y 3 de octubre de 2016) en la que se afirmó que a efectos de los procedimientos previstos en los artículos 199 y 201.1 de la LH, no puede rechazarse la utilización de una representación gráfica catastral por el motivo de exceder un 10% de la cabida inscrita.

Resolución de 5-4-2017
(*BOE* 19-4-2017)
Registro de la Propiedad de Lepe

TRANSACCIÓN JUDICIAL: TÍTULO FORMAL.

Como es sabido, y así ha tenido consideración de pronunciarse al respecto este Centro Directivo, el convenio regulador como negocio jurídico —tanto en su vertiente material como formal— propio y específico, goza de una aptitud privilegiada a los efectos de permitir su acceso a los libros del Registro. Si bien no deja de ser un acuerdo privado, la preceptiva aprobación judicial del mismo y el reconocimiento que se le confiere en los artículos 90 y siguientes del Código Civil, establecen un marco válido para producir asientos registrales definitivos, siempre que las cláusulas del mismo no excedan de su contenido típico y normal, como pudiera predicarse de la liquidación del régimen económico matrimonial. En otro sentido, la mera homologación judicial de un acuerdo privado relativo a un proceso, que iniciado por demanda, acaba en acuerdo transaccional no puede ni debe tener acceso al Registro, tal y como ha consolidado este Centro Directivo en su doctrina más reciente y reiterada, debiendo ser objeto de elevación a escritura pública notarial si se pretende su incorporación a los libros del Registro.

Tal y como se ha analizado en el primero de los fundamentos de Derecho, nos encontramos —formalmente— ante un certificado de la letrada de la Administración de Justicia comprensivo de una sentencia en la que, y transcribiendo el fallo, «estimando parcialmente la demanda (…), se aprueba el acuerdo alcanzado por las partes el día (…) y ratificado a presencia judicial el día (…), a cuyo contenido nos remitimos dada su extensión, y que pasa a formar parte de la presente resolución». De los antecedentes de hecho que sirven de base a la sentencia no resulta en ningún caso la relación de este proceso con el previo de nulidad, separación o divorcio. La evidente falta de conexión entre la acción ahora entablada que conlleva a la liquidación de la sociedad conyugal con una situación de crisis matrimonial despojan a este nuevo documento de su excepcional habilitación para el acceso al Registro del mismo, al no poder ser considerado como parte del convenio inicialmente propuesto pero no realizado.

Resolución de 6-4-2017
(*BOE* 20-4-2017)
Registro de la Propiedad de Oviedo, número 5

TRANSACCIÓN JUDICIAL: TÍTULO INSCRIBIBLE.

Se plantea nuevamente la cuestión de si un acuerdo transaccional homologado judicialmente tiene la consideración de título inscribible en el Registro de la Propiedad. En las Resoluciones más recientes sobre la materia se ha sentado una doctrina más restrictiva, tendente a considerar fundamentalmente el aspecto de documento privado del acuerdo transaccional, por más que esté homologado judicialmente. En este sentido, cabe citar la Resolución de 9 de julio de 2013, en cuyo fundamento de Derecho tercero se afirmó que: «La homologación judicial no altera el carácter privado del documento, pues (…)

se limita a acreditar la existencia de dicho acuerdo. Las partes no podrán en ningún caso negar, en el plano obligacional, el pacto solutorio alcanzado y están obligados, por tanto, a darle cumplimiento. Si bien es cierto que en virtud del principio de libertad contractual es posible alcanzar dicho acuerdo tanto dentro como fuera del procedimiento judicial ordinario en el que se reclamaba la cantidad adeudada, no lo es menos que el mismo supone una transmisión de dominio que material y formalmente habrá de cumplir los requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico para su inscripción en el Registro de la Propiedad». En el caso objeto de recurso se ha llegado a un acuerdo transaccional entre las partes de un procedimiento ordinario de disolución de condominio, en cuya virtud, los tres condueños demandantes se adjudican la cuarta parte indivisa correspondiente al condueño demandado sobre la finca 8.792. Como ya se ha señalado, la transacción homologada por el Juez constituye un título que lleva aparejada la ejecución (arts. 1816 del Código Civil y 415.2 y 517.1.3.a de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Resolución de 6-4-2017
(*BOE* 20-4-2017)
Registro de la Propiedad de Segovia, número 3

RECTIFICACIÓN DE SUPERFICIE: PROCEDIMIENTO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 201.1 LH BASADO EN REPRESENTACIÓN GRÁFICA ALTERNATIVA.

El apartado 1 del artículo 201 de la LH, al regular las particularidades del procedimiento de rectificación de descripción de fincas contempla específicamente el supuesto de aportación de representación gráfica alternativa, prescribiendo que en tales casos el Notario debe proceder conforme a lo dispuesto en el párrafo segundo de la letra c) del apartado 2 del artículo 18 del texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario. Por tanto, como trámites del procedimiento que debe cumplimentar el Notario se encuentran la notificación a los colindantes catastrales y la comunicación al Catastro de la rectificación de la descripción consignada en el documento.

Cuestión distinta es que, una vez cumplimentados debidamente por el Notario los trámites reseñados en el anterior fundamento, se proceda por el Catastro a practicar las rectificaciones que correspondan en el parcelario catastral. Aunque no cabe duda que lo deseable es lograr el objetivo de la coordinación gráfica con el Catastro, de la dicción de los artículos 9, 10, 199 y 201 de la LH resulta claramente que puede acceder al Registro una rectificación de descripción de la finca por cualquiera de los procedimientos regulados en tales preceptos aun cuando no se disponga de una representación gráfica catastral. Además, de la regulación del procedimiento no resulta en ningún caso que la falta de aportación de la representación gráfica catastral sea defecto que impida la inscripción de la rectificación de la descripción. Lo contrario supondría hacer depender la eficacia del procedimiento tramitado ante Notario de actuaciones o trámites que corresponden a otros organismos que no intervienen directamente en dicho procedimiento.

En definitiva, salvo los supuestos de inmatriculación de fincas, no es defecto que impida la inscripción la aportación de una representación gráfica alternativa al contemplarse expresamente tal posibilidad en la legislación hipotecaria según se ha expuesto en las anteriores consideraciones.

Resolución de 6-4-2017
(*BOE* 20-4-2017)
Registro de la Propiedad de Medina de Rioseco

ANOTACIÓN DE EMBARGO SOBRE EL DERECHO HEREDITARIO: REQUISITOS.

El único problema que plantea el presente recurso es el de si, siendo las deudas propias del heredero, se puede anotar un embargo sobre los derechos que pudieran corresponder al deudor en la herencia de su madre, respecto de un bien concreto inscrito a nombre de esta aportando el certificado de defunción de la titular registral y el certificado negativo del Registro General de Actos de Última Voluntad o si deberá aportarse el correspondiente título sucesorio que no puede ser otro que cualquiera de los que enumera el artículo 14.1.o de la LH. Tratándose de deudas propias del heredero demandado, el artículo 166.1.2 del RH posibilita que se tome anotación preventiva únicamente en la parte que corresponda el derecho hereditario del deudor, sin que esa anotación preventiva pueda hacerse extensible al derecho hereditario que pueda corresponder a otros herederos. Por ello, es imprescindible conocer el derecho hereditario correspondiente al heredero deudor demandado pues solo y exclusivamente ese derecho puede ser objeto de la anotación preventiva de embargo. Y, para ello, será imprescindible aportar el título sucesorio correspondiente, exigiendo el citado artículo 166.1.2 que se hagan constar las circunstancias del testamento o declaración de herederos.

Resolución de 7-4-2017
(*BOE* 20-4-2017)
Registro de la Propiedad de Valencia, número 3

PROPIEDAD HORIZONTAL: MODIFICACIÓN.

Lo relevante a los efectos de la aplicación de un régimen de propiedad horizontal no es tal denominación sino, tal y como resulta de los asientos registrales en el presente expediente, que de conformidad con los artículos 396 del Código Civil y 2 de la Ley sobre propiedad horizontal exista, de una parte, un derecho singular y exclusivo de propiedad sobre espacios suficientemente delimitados y susceptibles de aprovechamiento independiente y, de otra, una copropiedad de los restantes elementos, pertenencias y servicios comunes, con atribución a cada elemento de una cuota de participación con relación al total del valor del inmueble y referida a centésimas del mismo. Aunque la propia Ley utilice la expresión «pisos o locales», no hay duda que el régimen de propiedad horizontal con frecuencia se establece también entre otro tipo de edificaciones. Por todo ello, constando en el Registro esta situación, se encuentra bajo la salvaguardia de los tribunales en tanto no se declare su inexactitud (cfr. art. 1, párrafo tercero, de la LH). De este modo lo procedente es, a la vista de las alegaciones del recurrente, aportar al Registro la documentación pública que permita practicar las rectificaciones pertinentes para acomodar el Registro a la realidad (cfr. art. 40 de la LH).

Resolución de 7-4-2017
(*BOE* 20-4-2017)
Registro de la Propiedad de Sant Mateu

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: EXIGENCIAS DE COINCIDENCIA CON LA CERTIFICACIÓN CATASTRAL.

Del tenor del artículo 205 de la LH resulta que la identidad que exige el precepto entre el título y la certificación catastral se refiere exclusivamente a la descripción de la finca, lo cual concuerda con la presunción del apartado 3 del artículo 3 de la Ley del Catastro Inmobiliario que afirma que «salvo prueba en contrario y sin perjuicio del Registro de la Propiedad, cuyos pronunciamientos jurídicos prevalecerán, los datos contenidos en el Catastro Inmobiliario se presumen ciertos». Por tanto, actualmente debe entenderse inaplicable el artículo 298 del RH, en particular, y en lo que a este expediente se refiere, en cuanto que dispone que el título público de adquisición incorporará o acompañará certificación catastral descriptiva y gráfica de la que resulte además que la finca está catastrada a favor del transmitente o del adquirente. Cuestión distinta es que la circunstancia de hallarse una finca incursa en un procedimiento de investigación conforme a la Ley 33/2003 de 3 de noviembre, pudiera determinar la existencia de duda de invasión del dominio público.

En cuanto a la alegación del recurrente relativa a la posibilidad de consulta directa por el Registrador a la Sede Electrónica del Catastro, hay que recordar la doctrina de esta Dirección General (cfr. Resoluciones de 9 de abril y 17 de julio de 2015 y 3 de octubre de 2016) acerca de que el Registrador puede (y debe) consultar la situación catastral actual de la finca a efectos de conseguir la coordinación del Registro con el Catastro e incluso obtener la certificación catastral correcta.

Resolución de 10-4-2017
(*BOE* 26-4-2017)
Registro de la Propiedad de Alicante, número 5

HERENCIA: SUCESIÓN DE UN ALEMÁN TRAS LA ENTRADA EN VIGOR DEL REGLAMENTO SUCESORIO EUROPEO.

Resulta de aplicación el Reglamento (UE) núm. 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, a las herencias causadas desde el 17 de agosto de 2015, como es la que motiva el presente recurso. La aplicación del Reglamento impone que el Notario compruebe determinados extremos: a) En primer lugar de la propia existencia de un elemento transfronterizo; b) Establecido el elemento internacional y no existiendo en el Reglamento reglas de competencia para la ejecución de las sucesiones no contenciosas (art. 2 y considerandos 21, 22 y 29), el segundo paso es la determinación de la ley aplicable; c) Debe recordarse que la regla general del Reglamento conduce a la aplicación de la ley de la residencia habitual, aunque el artículo 21.2 determina que «si, de forma excepcional, resultase claramente de todas las circunstancias del caso que, en el momento del fallecimiento, el causante mantenía un vínculo manifiestamente más estrecho con un Estado distinto del Estado cuya ley fuese aplicable de conformidad con el apartado 1, la ley aplicable a la sucesión será la de ese otro

Estado»; d) No obstante, el artículo 22 permite la elección de la ley aplicable, aunque para que exista «*professio iuris*», la elección de ley debe ser expresa o resultar de los términos de la disposición «*mortis causa*».

En el supuesto que motiva la presente Resolución, el testamento que sirve de base a la escritura de adjudicación de herencia calificada, se autorizó ante un notario español el 22 de septiembre de 2014. Es decir, estando en vigor el Reglamento (art. 84), si bien aún no en aplicación (art. 82.1). En él no se hace «*professio iuris*» expresa. Por lo tanto, nada tiene que ver la nacionalidad del disponente en el momento del otorgamiento, salvo a los efectos de realizar elección de ley, ni de ello cabe inferir la aplicación de la ley de la nacionalidad como ley sucesoria.

El testamento, por lo tanto, ha de interpretarse a la luz de la ley española, que incorpora las pautas hermenéuticas de la norma europea. Y de su literalidad y contexto resulta aplicable, nuevamente, a la sucesión, la ley española, que es la de su residencia habitual. Conforme a esta es aplicable la normativa del Derecho común en cuanto la residencia del causante, no español, se sitúa en la Comunidad Valenciana. Por ello, la hija del testador resulta legitimaria con derecho a una porción de bienes de la herencia, conforme a las reglas generales del Código Civil (arts. 806 y 807 y, a contrario, 842 y 1056.2). Por lo tanto, a falta de persona designada por el testador para efectuar la liquidación y partición de herencia (art. 1057.1 del Código Civil), la comparecencia e intervención de la hija legitimaria sería inexcusable, a fin de consentir las operaciones particionales de las que ha de resultar el no perjuicio de su derecho de carácter forzoso.

No siendo necesario probar Derecho extranjero alguno, aún subsiste una cuestión puesta asimismo de relieve en la nota de calificación: la ausencia de aportación de certificado del Registro de Actos de Última Voluntad o equivalente en el país de su nacionalidad o la justificación de su inexistencia. En este contexto, de superación de la ley de la nacionalidad —común al Derecho de la Unión europea— salvo elección indubitada, no resulta indispensable (*vid.,* arts. 23, 24, 26 y 75.1) el recurso a la información del país de la nacionalidad, salvo que coincida con el de la residencia habitual, matización que obliga a realizar ahora la norma. Por lo tanto, en cuanto no se complete la interconexión de los Registros de disposiciones sucesorias y de certificados sucesorios europeos de los Estados miembros, medida complementaria a la aplicación del Reglamento (UE) núm. 650/2012, en el contexto e-justice, parece solo oportuno mantener la exigencia de la acreditación de la obtención de certificación diferente al de nuestro Registro General de Actos de última Voluntad, que acreditare la existencia o no de disposición de última voluntad cuando de la valoración de los elementos concurrentes en la sucesión resultare que la ley aplicable fuere distinta de la española.

Resolución de 10-4-2017
(*BOE* 26-4-2017)
Registro de la Propiedad de Úbeda, número 1

PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN REGISTRAL: EFECTOS. PRINCIPIO DE PRIORIDAD: CIERRE REGISTRAL.

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 LH, el de tracto sucesivo, en virtud del

cual, para inscribir un título en el Registro de la Propiedad se exige que esté previamente inscrito el derecho del transmitente (art. 20 de la LH). En consecuencia, estando las fincas transmitidas, inscritas en el Registro de la Propiedad y bajo la salvaguardia de los tribunales a favor de una persona jurídica distinta del anterior titular registral, no podrá accederse a la inscripción del ahora calificado sin consentimiento del actual titular registral, por más que haya sido otorgado por titular anterior de quien trae causa el actual (cfr. art. 17 de la LH).

De acuerdo con el principio de prioridad, el título que primero accede al Registro, determina, por esta sola razón, el cierre registral respecto de cualquiera otro que, aun siendo anterior, resulte incompatible con él. Es indiferente que el título que primero accedió al Registro sea de peor condición que el incompatible, y que, en definitiva, haya de ceder ante él, pues mientras la inscripción de aquel subsista, este otro verá cerrado su reflejo registral y, puesto que aquella inscripción queda bajo la salvaguardia de los tribunales (arts. 1 y 38 de la LH), es obvio que será al titular incompatible a quien corresponderá la carga de impugnar judicialmente aquella.

Resolución de 17-4-2017
(*BOE* 28-4-2017)
Registro de la Propiedad de Torrelaguna

DESLINDE ADMINISTRATIVO DE MONTES: PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO. PRESENTACIÓN ELECTRÓNICA DE DOCUMENTOS: REQUISITOS.

Se ha de partir de que se trata de fincas que constan inscritas como dominio privado a favor de unos particulares, y que, sin entrar por ahora en mayores detalles, fueron adquiridas inicialmente para el dominio público por expropiación en el año 1961 (según se alega en el título) y objeto de un posterior deslinde administrativo en el año 2009, resultado del cual es el título que pretende inscribirse. El principio de tracto sucesivo establecido en el artículo 20 de la LH que, según reiteradísima doctrina de esta Dirección General, es trasunto del principio constitucional de proscripción de la indefensión, impone que el procedimiento de deslinde cuyo resultado ahora pretende acceder al Registro se haya entendido con los que, según el Registro, constan como titulares de dominio de la finca, que, además, lo son a todos los efectos legales de conformidad con el principio de legitimación que consagra el artículo 38 de la LH. El mismo principio de tracto sucesivo impone la previa inscripción de dicha adquisición, para lo que deberán aportarse los documentos públicos correspondientes.

En cuanto al segundo defecto, relativo a la falta de coincidencia en el número de catálogo atribuido al monte objeto de deslinde, (que es el 194 según la nota marginal extendida en el folio real de las cuatro fincas en el año 2009 y el 146 según la Orden de aprobación del expediente de deslinde), tal discrepancia, que no consta si obedece a un error inicial, o a un cambio posterior de numeración, no afecta a la denominación del monte público ni permite poner en duda el dato de que el deslinde cuya inscripción se solicita se refiere a esas cuatro concretas fincas, que aparecen expresamente identificadas con sus datos registrales en la propia Orden por la que se aprueba el expediente de deslinde. No obstante, deberá aclararse si el procedimiento de deslinde que pretende acceder ahora al Registro es el mismo que causó la nota marginal y se refiere al mismo monte,

pues, conforme al principio de prioridad (cfr. art. 17 de la LH), no puede acceder al Registro un título que podría ser incompatible con dicha nota.

Cabe plantearse si han de tenerse por presentados formalmente, y por tanto, merecer calificación formal, aquellos documentos, ya sean principales o complementarios, que se remitan al Registro de la Propiedad por correo electrónico dirigido a la cuenta de correo que consta en el membrete de la nota de calificación. A este respecto debe señalarse que conforme a los artículos 248 de la LH y 114.5 de la Ley 24/2001, la presentación o remisión de documentos por correo electrónico a la cuenta de correo del Registro de la Propiedad destinatario no encaja en ninguno de los «medios de presentación» contemplados en el artículo 248 de la LH, pues aunque en sentido amplio se pueda considerar que es una modalidad de «remisión telemática», esta concreta modalidad no es la que contempla el número 3 de dicho artículo, ya que no cumple los requisitos establecidos en dicho número y en el artículo 112.5.2.a de la Ley 24/2001, ni respeta el principio de titulación pública (cfr. arts. 3 de la LH y 420 del RH), por lo que no debe entenderse admisible.

Resolución de 17-4-2017
(*BOE* 28-4-2017)
Registro de la Propiedad de Sanlúcar la Mayor, número 1

ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: ÁMBITO. DERECHO DE ADQUSICIÓN PREFERENTE: REQUISITOS PARA SU INSCRIPCIÓN.

Es difícil, ciertamente, diferenciar lo rústico de lo urbano, cuando las leyes civiles, agrarias, fiscales y urbanísticas adoptan distintos criterios no siempre compartidos por doctrina y jurisprudencia [cfr., en la actualidad, el art. 9.a) de la LH]. En el caso particular de la normativa de arrendamientos, sin embargo, existen criterios legales que permiten delimitar su propio ámbito de aplicación objetivo. La Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, en sus artículos 1 a 5, adopta los siguientes criterios: se establece el régimen jurídico aplicable a los arrendamientos de fincas urbanas que se destinen a vivienda o a usos distintos del de vivienda, se considera arrendamiento de vivienda aquel arrendamiento que recae sobre una edificación habitable cuyo destino primordial sea satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario. Se considera arrendamiento para uso distinto del de vivienda aquel arrendamiento que, recayendo sobre una edificación, tenga como destino primordial uno distinto del anterior. Quedan excluidos del ámbito de aplicación de esta ley, entre otros, los contratos en que, arrendándose una finca con casa-habitación, sea el aprovechamiento agrícola, pecuario o forestal del predio la finalidad primordial del arrendamiento. En la actual Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de Arrendamientos Rústicos, el artículo 1, considera arrendamientos rústicos aquellos contratos mediante los cuales se ceden temporalmente una o varias fincas, o parte de ellas, para su aprovechamiento agrícola, ganadero o forestal a cambio de un precio o renta, regulando, en el artículo 6, los arrendamientos exceptuados de esta ley. Su artículo 7 excluye de su aplicación: a) constituir, conforme a la legislación específica, suelo urbano o suelo urbanizable al que se refiere el artículo 27.1 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones, y b) ser accesorias de edificios o de explotaciones ajenas al destino rústico, siempre que el rendimiento distinto del rústico sea superior en más del doble a este.

En la escritura calificada se inserta informe de los servicios técnicos del Ayuntamiento de Aznalcázar y certificado del secretario de dicho ayuntamiento, concluyendo que: «Las parcelas se ubican conforme al planeamiento urbanístico vigente en suelo urbano no consolidado, en el ámbito de la unidad de ejecución (…), tratándose de terrenos actualmente no urbanizados, pendiente de desarrollo mediante la aprobación de un Plan Especial de Reforma Interior, que actualmente está en tramitación, y posterior proyecto de urbanización y reparcelación. A efectos de la ley del suelo estatal, las parcelas están en la situación básica de suelo rural». La determinación de si un arrendamiento es rústico o urbano no corresponde a la legislación del suelo sino a la arrendaticia. La Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen de suelo y valoraciones, quedó derogada por la letra a) de la disposición derogatoria única de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo, el 1 de julio de 2007, y esta a su vez por el Real Decreto-Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprobó el texto refundido de la ley de suelo, modificada en 2013, la cual se refunde en el 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, lo que obliga a examinar su incidencia sobre el artículo 7.1.a) de la Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de Arrendamientos Rústicos.

Tratándose en el presente caso de suelo situado en la Comunidad de Andalucía, calificado como suelo urbano no consolidado, según la certificación administrativa aportada, emitida por órgano competente, deberá atenderse a la legislación específica, esto es, la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, para determinar si se incluye en las categorías de suelo que motivan la exclusión de la aplicación de la Ley de Arrendamientos Rústicos, a tenor del meritado artículo 7 de dicha ley, esto es, «constituir, conforme a la legislación específica, suelo urbano o suelo urbanizable al que se refiere el artículo 27.1 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones». Además, la vigente Ley del Suelo estatal no va a distinguir un suelo que tenga posibilidades o expectativas de transformación urbanística de un suelo que no las tenga, sino que va a diferenciar un suelo que haya materializado esas posibilidades o expectativas de transformación urbanística (suelo urbanizado) del suelo que no las haya materializado, bien porque pudiendo, no lo haya hecho (suelo rural integrado en una actuación urbanística), bien porque carecía de expectativas de transformación urbanística (suelo rural). Por ello la definición de situación básica de suelo rural de las fincas, contenida en la certificación administrativa no afecta a la solución del presente caso, pues, como ha quedado expuesto, lo determinante a efectos de la aplicación del artículo 7 de la Ley de Arrendamientos Rústicos es que el suelo sea clasificado urbanísticamente, conforme a la legislación autonómica, en las categorías genéricas de suelo urbano o urbanizable, lo que queda acreditado en la propia certificación, quedando excluida, por tanto, la aplicación de la ley especial.

Por otra parte, la no sujeción a la Ley de Arrendamientos Urbanos y al Real Decreto 297/1996, de 23 de febrero, sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de los contratos de arrendamientos urbanos queda patente al exigir la primera en su artículo 1 que el destino de la finca sea el de vivienda. De acuerdo con la doctrina jurisprudencial expuesta, el concepto de solar, en el que no ha de influir la legislación administrativa (SSTS de 30 de diciembre de 1954 y 16 de noviembre de 1964), ha de basarse en su concreción en las características de edificación y habitabilidad, de modo que aun cuando la citada Ley de Arren-

damientos Urbanos no alude a tal concepto, han de entenderse excluidos de la misma los terrenos en los que no existan construcciones, los terrenos en los que, sin existir construcciones, se permita la construcción permanente o provisional y los que posean construcciones que no sean como tales objeto del contrato o que no reúnan condiciones de habitabilidad. Por lo que en el caso del presente expediente, es patente, como resulta de las descripciones de las fincas, que se trata de parcelas de terreno, que no pueden definirse como arrendamientos urbanos para usos distinto a vivienda regulados en la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, al no recaer sobre edificaciones. De lo expuesto se deduce que el arrendamiento concluido debe sujetarse al Código Civil.

Finalmente, en lo que respecta a la inscripción del derecho de adquisición preferente, como se ha dicho, no puede ser el reconocido por la legislación especial, por no resultar aplicable al presente arrendamiento. Por lo que se plantea la cuestión de su inscripción como derechos de constitución voluntaria. En relación con los derechos de tanteo y retracto voluntario, en tanto que derechos atípicos o innominados, su admisión al amparo del principio de la autonomía de la voluntad en la actualidad no plantea especial dificultad. La Resolución de 6 de marzo de 2001, en un supuesto en el que se solicitaba la inscripción de un título en el que se pactaba un derecho de adquisición preferente similar al tanteo, pero en el que no se decía que tenga carácter real, ni es establecía que sería inscribible, ni se expresaban las consecuencias del acto para el caso de que se realice la venta contraviniendo la notificación pactada, afirma dicha Resolución que «para que el derecho pactado sea inscribible es de todo punto necesario que no quepa duda sobre su carácter real. Este requisito no concurre en el presente supuesto, pues ni se establece el carácter real del derecho, ni tal carácter real se induce de ninguno de los pactos del contrato».

El poder de configuración de nuevos derechos reales de la autonomía de la voluntad para adaptar las categorías jurídicas a las exigencias de la realidad económica y social, tiene en este sentido dos límites uno negativo y otro positivo. En razón del primero, como señaló la citada Resolución de 14 de junio de 2010 recogiendo abundante doctrina anterior, se impone como fundamental límite «el respeto a las características estructurales típicas de tales derechos reales, cuales son, con carácter general, su inmediatividad, o posibilidad de ejercicio directo sobre la cosa, y su absolutividad, que implica un deber general de abstención que posibilite dicho ejercicio sin constreñir a un sujeto pasivo determinado». Y en virtud del límite positivo, se hace «imprescindible la determinación del concreto contenido y extensión de las facultades que integran el derecho que pretende su acceso al Registro», pues esta determinación, esencial para el lograr el amparo registral (cfr. arts. 9 y 21 de la LH y 51 de su Reglamento) en los derechos reales atípicos, por definición, no puede integrarse por la aplicación supletoria de las previsiones legales —cfr. Resolución de 10 de abril de 2014—. En particular, la necesidad de fijación convencional de un plazo cierto en relación con los derechos de tanteo y retracto voluntarios (como fijados están en la ley para los retractos legales y para el retracto convencional o pacto de retro) ha sido reiterada y unánimemente subrayado tanto por la doctrina de esta Dirección General (cfr. Resoluciones de 27 de marzo de 1947, 20 de septiembre de 1966 y 19 de septiembre de 1974), como por la jurisprudencia del TS (cfr. Sentencia de 3 de abril de 1981 y 3 de marzo de 1995).

Resolución de 17-4-2017
(*BOE* 28-4-2017)
Registro de la Propiedad de Mijas, número 3

PODER OTORGADO ANTE NOTARIO EXTRANJERO: REQUISITOS PARA LA INSCRIPCIÓN.

En concreto, se refiere este expediente a un supuesto de escritura de compraventa en la que tanto los vendedores como la compradora actúan representados en virtud de sendos títulos de representación otorgados en Inglaterra, ante notarios ingleses, y de los que la notaria española reseña, en cada caso, el lugar de su otorgamiento, la autoridad que lo expide, el hecho de estar redactado a doble columna en lenguas inglesa y española así como el hecho de que se encuentran dotados de apostilla, emitiendo a continuación su juicio de suficiencia para el concreto negocio que se lleva a cabo.

Como afirmó la Resolución de este Centro Directivo de 14 de septiembre de 2016, en materia de ley aplicable a la representación no resulta de aplicación el Reglamento (CE) 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, en cuanto su artículo 1.2.g, excluye de su ámbito de aplicación (además de los supuestos de representación orgánica), la posibilidad para un intermediario de obligar frente a terceros a la persona por cuya cuenta pretende actuar, por lo que estará asimismo excluida su representación documental. Conforme al artículo 10.11 del Código Civil español «(…) a la representación voluntaria, de no mediar sometimiento expreso, (se aplicará) la ley del país en donde se ejerciten las facultades conferidas». La preeminencia del Derecho español en esta materia es indudable, en la medida que corresponde al legislador nacional fijar las condiciones del propio sistema de seguridad jurídica preventiva, tal y como ha reconocido recientemente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en Sentencia de 9 de marzo de 2017 (asunto C-342/15) al afirmar que el hecho de reservar las actividades relacionadas con la autenticación de documentos relativos a la creación o la transferencia de derechos reales inmobiliarios a una categoría específica de profesionales, depositarios de la fe pública y sobre los que el Estado miembro de que se trate ejerce un control especial, constituye una medida adecuada para alcanzar los objetivos de buen funcionamiento del sistema del Registro de la Propiedad y de legalidad y seguridad jurídica de los actos celebrados entre particulares. Esta Dirección General ha recordado desde antiguo, y lo reitera en las consideraciones ya expuestas, que el título representativo en virtud del que se comparece ante el notario español ha de ser equivalente al documento público español como requisito exigido por nuestro ordenamiento y que dicha circunstancia debe ser acreditada de conformidad con las exigencias de nuestro ordenamiento.

Con el alcance expuesto, la regla de la equivalencia de funciones excluye los documentos generados en aquellos sistemas en los cuales la intervención de los mismos, aún cualificada, corre a cargo de quienes no tienen encomendada la función fedataria. En cambio, la misma regla abre el paso a aquellos documentos en los que haya intervenido el titular de una función pública, nombrado por el Estado para conferir autenticidad a los actos y negocios jurídicos en ellos contenidos, a la que esencialmente responden a aquellos documentos formalizados de acuerdo con los principios del notariado de tipo latino-germánico. La presentación al notario de un poder otorgado fuera de España exige, al igual que ocurre con poderes otorgados en España, un análisis jurídico que conllevará, conforme

a los artículos 10.11 y 11 del Código Civil, de una parte, la remisión respecto de la suficiencia del poder a la ley española, a la que se somete el ejercicio de las facultades otorgadas por el representado, de no mediar sometimiento expreso, y de otra, al análisis de la equivalencia de la forma en España. Ello implica que, analizado el valor del documento en el país de origen, tanto desde la perspectiva material como formal, pueda concluirse su equivalencia o aproximación sustancial de efectos, en relación con un apoderamiento para el mismo acto otorgado en España.

Como ha reiterado este Centro Directivo, el documento extranjero solo es equivalente al documento español si concurren en su otorgamiento aquellos elementos estructurales que dan fuerza al documento público español: que sea autorizado por quien tenga atribuida en su país la competencia de otorgar fe pública y que el autorizante de fe, garantice, la identificación del otorgante así como su capacidad para el acto o negocio que contenga. Desde la perspectiva formal, la legalización, la apostilla en su caso, o la excepción de ambos, constituyen un requisito para que el documento autorizado ante funcionario extranjero pueda ser reconocido como auténtico en el ámbito nacional. Sin embargo, ello no obsta para que la actuación de la autoridad apostillada deba ser valorada de acuerdo con el principio de equivalencia de funciones que informa el ordenamiento español en esta materia. El Registrador calificará en estos casos de poderes extranjeros, la eficacia formal del poder (legalización, apostilla y traducción, en su caso) y, además, que exprese el cumplimiento de los requisitos de equivalencia del poder otorgado en el extranjero (cfr. disposición adicional tercera de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, y el artículo 60 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil), es decir, que la autoridad extranjera haya intervenido en la confección del documento desarrollando funciones equivalentes a las que desempeñan las autoridades españolas en la materia de que se trate y surta los mismos o más próximos efectos en el país de origen, que implica juicio de identidad y de capacidad de los otorgantes y que resulta sustancial y formalmente válido conforme a la ley aplicable (arts. 10.11 y 11 del Código Civil), si bien el Registrador, bajo su responsabilidad, puede apreciar esa equivalencia (cfr. art. 36 del RH). En definitiva la declaración de equivalencia sobre el documento extrajudicial de apoderamiento hecha por notario español será suficiente para la inscripción en el Registro de la Propiedad del acto dispositivo efectuado en base al mismo. En el supuesto de que el registrador disintiera de la equivalencia declarada por el Notario deberá motivarlo expresa y adecuadamente, y sin que ello signifique que el Registrador pueda solicitar que se le transcriba o acompañe el documento del que nace la representación. Este requisito de la equivalencia resulta también de lo establecido en el artículo 60 de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional y de la DA 3.ª de la Ley de Jurisdicción Voluntaria.

Es cierto, como afirma la recurrente, que el juicio de suficiencia en caso de actuación representativa constituye una obligación del Notario cuya competencia exclusiva al respecto ha sido reiteradamente reconocida. Por el contrario, la declaración de que la autoridad extranjera actúa en términos equivalente al notario español puede ser llevada a cabo en el mismo instrumento público o mediante la aportación de documentación complementaria ya sea expedida por Notario español o extranjero ya por otro funcionario con competencia al respecto o incluso por la aportación de otros medios de prueba. Lo que ocurre es que siendo juicios distintos, el de suficiencia y el de equivalencia, aquel cuando se produce de forma expresa necesariamente ha de implicar el de que el poder es equivalente. El juicio

de equivalencia notarial no tiene porqué ajustarse a fórmulas sacramentales, ni tiene que necesariamente adoptar la forma de informe separado, sino que basta la reseña del documento extranjero, el nombre y residencia del notario autorizante, la ley extranjera conforme a la cual se ha autorizado y la existencia de la apostilla o legalización, y que el Notario en base a las circunstancias del caso y a su conocimiento de la ley extranjera hiciera constar bajo su responsabilidad «que el poder reseñado es suficiente para el otorgamiento de esta escritura de (…), entendiendo que el mismo es funcionalmente equivalente a los efectos de acreditar la representación en el tráfico jurídico internacional» o fórmulas similares. En el supuesto de hecho que da lugar a la presente, la escritura pública presentada a inscripción reseña el conjunto de aspectos del documento extranjero que son precisos para calificar su eficacia formal pues resultan no solo los datos de identificación del documento sino también el hecho de que se encuentran redactados en doble columna en idioma inglés y español, así como que resultan apostillados. Y expresamente contiene un juicio de suficiencia por lo que debe considerarse bajo responsabilidad del notario, que este lo ha juzgado equivalente.

Resolución de 18-4-2017
(*BOE* 28-4-2017)
Registro de la Propiedad de Ibiza, número 2

PROPIEDAD HORIZONTAL: CAMBIO DE USO DE LOS ELEMENTOS PRIVATIVOS.

Como ha reconocido este Centro Directivo, no hay obstáculo para que los estatutos del régimen de propiedad horizontal, en cuanto conformadores del régimen jurídico por aplicar tanto a los elementos comunes como a los privativos que componen su objeto, delimiten el contenido de estos últimos estableciendo restricciones a sus posibles usos (arts. 5 y 7 de la Ley sobre propiedad horizontal). Para que dichas limitaciones tengan alcance real y excluyente de otros usos posibles es preciso por un lado que estén debidamente recogidas en los estatutos (*vid.*, Resoluciones de 12 de diciembre de 1986 y 23 de marzo de 1998) y por otro que lo sean con la debida claridad y precisión (Resolución de 20 de febrero de 1989).

Por su parte, la Sala de lo Civil del TS (*vid.*, Sentencias citadas en los «Vistos»), tras declarar que el derecho a la propiedad privada es un derecho reconocido por el artículo 33 de la Constitución y que está concebido ampliamente en nuestro ordenamiento, sin más limitaciones que las establecidas legal o convencionalmente (limitaciones que, en todo caso, deben ser interpretadas restrictivamente), ha entendido reiteradamente que la mera descripción del inmueble no supone una limitación del uso o de las facultades dominicales, sino que la eficacia de una prohibición de esta naturaleza exige de una estipulación clara y precisa que la establezca. Y, por ello, admite plenamente el derecho del propietario al cambio de destino de su piso (de comercial a residencial en este caso), siempre y cuando dicho cambio no aparezca expresamente limitado o prohibido por el régimen de propiedad horizontal, su título constitutivo o su regulación estatutaria.

En el caso del presente recurso no concurre ninguna de las circunstancias que hacen necesaria la autorización unánime de la comunidad de propietarios. En primer lugar, no consta que la transformación realizada por los interesados cambiando el destino de sus locales comerciales a vivienda afecte a elementos comunes del inmueble, modifique las cuotas de participación, menoscabe o altere

la seguridad del edificio, su estructura general, su configuración o estado exteriores (cfr. arts. 5, 7 y 17 de la Ley sobre propiedad horizontal). En segundo lugar, no hay infracción de los estatutos. Finalmente, tampoco puede servir de fundamento para rechazar la inscripción el hecho de que, como consecuencia del cambio de uso de local a vivienda se produjera un eventual perjuicio a los demás propietarios por aumentar el número de vecinos con derecho a utilizar los elementos comunes señalados. Tal circunstancia es completamente ajena al ámbito estrictamente jurídico-registral, sin que competa al Registrador hacer juicios o valoraciones de carácter puramente subjetivo que exceden de las previsiones del artículo 18 de la LH, toda vez que no contraviene ninguno de los límites fijados jurisprudencialmente y por este Centro Directivo para admitir el cambio de uso según lo expuesto.

Resolución de 18-4-2017
(*BOE* 28-4-2017)
Registro de la Propiedad de Ayamonte

DOMINIO PÚBLICO MARÍTIMO TERRESTRE: CONTROL REGISTRAL EN LAS TRANSMISIONES DE FINCAS.

El artículo 36 del Real Decreto 876/2014, de 10 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de Costas, cuya regla segunda dispone el modo de proceder del Registrador: «Si la finca intersecta o colinda con una zona de dominio público marítimo-terrestre conforme a la representación gráfica suministrada por la Dirección General de Sostenibilidad de la Costa y del Mar, el Registrador suspenderá la inscripción solicitada y tomará anotación preventiva por noventa días, notificando tal circunstancia al Servicio Periférico de Costas para que, en el plazo de un mes desde la recepción de la petición, certifique si la finca invade el dominio público marítimo-terrestre y su situación en relación con las servidumbres de protección y tránsito. Transcurrido dicho plazo sin recibir la referida certificación, el registrador convertirá la anotación de suspensión en inscripción de dominio, lo que notificará al servicio periférico de costas, dejando constancia en el folio de la finca».

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 DGRN (apartado 2 del art. 33). De todas estas normas resulta que con la nueva regulación se pretende que el registrador pueda comprobar directamente, a la vista de las representaciones gráficas, la situación de las fincas en relación al dominio público y las servidumbres legales. Solo en el caso en el que de tal comprobación resulte invasión o intersección, procedería la solicitud por el Registrador de un pronunciamiento al respecto al Servicio Periférico de Costas. Para complementar la interpretación de estos preceptos, las Resoluciones de este Centro Directivo de 23 de agosto y 14 de septiembre de 2016 consideraron que, en los casos en los que las aplicaciones informáticas para el tratamiento de bases gráficas no dispongan de la información correspondiente a la representación gráfica georreferenciada de la línea de dominio público marítimo-terrestre y de las servidumbres de tránsito y protección, podría determinarse la colindancia o intersección así como si la finca

invade o no el dominio público marítimo-terrestre y su situación en relación con dichas servidumbres, mediante la previa aportación de certificación del Servicio Periférico de Costas comprensiva de tales extremos y referida a la representación gráfica que obre en tal Administración.

Toda vez que obra en la documentación presentada certificación del Servicio de Costas de la que resulta la delimitación georreferenciada de la línea del dominio público marítimo-terrestre, el defecto será fácilmente subsanable aportando la correspondiente representación gráfica georreferenciada de la finca de la que resulte que la misma, con la descripción que pretende acceder al Registro, no invade dicho dominio público, sin perjuicio, de que pueda lograrse, como medio alternativo, con carácter previo, la inscripción registral del propio deslinde.

Resolución de 19-4-2017
(*BOE* 11-5-2017)
Registro de la Propiedad de Almuñécar

HERENCIA: PARTICIÓN REALIZADA CON INTERVENCIÓN DE UN DEFENSOR JUDICIAL. CALIFICACIÓN REGISTRAL: INDEPENDENCIA DEL REGISTRADOR.

Previamente, en lo que concierne al hecho de que el documento se haya inscrito en el Registro de otro distrito, es preciso reiterar la doctrina de este Centro Directivo recogida en numerosas Resoluciones, como la muy reciente de 31 de enero de 2017, por la que 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.

La Ley 15/2015 vigente en el momento del nombramiento de este defensor judicial establece, dando nueva redacción al artículo 1.060 del Código Civil, que: «Cuando los menores o personas con capacidad modificada judicialmente estén legalmente representados en la partición, no será necesaria la intervención ni la autorización judicial, pero el tutor necesitará aprobación judicial de la partición efectuada. El defensor judicial designado para representar a un menor o persona con capacidad modificada judicialmente en una partición, deberá obtener la aprobación del Juez, si el Secretario judicial —debe entenderse letrado de la Administración de Justicia— no hubiera dispuesto otra cosa al hacer el nombramiento». Por tanto, en este caso concreto, al no existir disposición de este tipo en el nombramiento, ha de obtenerse y acreditarse dicha aprobación judicial.

Resolución de 19-4-2017
(*BOE* 11-5-2017)
Registro de la Propiedad de Noia

DERECHO CIVIL DE GALICIA: PACTO DE MEJORA.

Como ha dicho este Centro Directivo (Resolución de 13 de julio de 2016), entre los pactos sucesorios expresamente admitidos en el artículo 209 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia, se encuentran los llamados pactos de

mejora regulados en los artículos 214 a 218 de la misma Ley. Con fundamento en el artículo 214, el pacto de mejora se define como aquel pacto sucesorio que constituye un sistema específico de delación de la herencia (art. 181.2) en virtud del cual un ascendiente o, en su caso, los ascendientes, convienen la atribución de bienes concretos y determinados en favor de un hijo o descendiente. De esta definición resulta que el mejorado debe ser tratado como un auténtico legatario en la medida en que la distinción entre heredero y legatario no es predicable únicamente de la sucesión testada sino que también tiene plena aplicación en el ámbito de la sucesión general con independencia de la forma en que se haya deferido la herencia (art. 181) y, por tanto, en sede de sucesión contractual. En cuanto a las distintas posibilidades de configuración de los pactos de mejora, el artículo 215 distingue según el pacto de mejora conlleve o no la entrega de presente de los bienes objeto del mismo al mejorado o adjudicatario. Respecto del objeto de los pactos de mejora, el artículo 214 de la Ley 2/2006 restringe el pacto de mejora a «bienes concretos».

En la escritura objeto de la calificación que da lugar al presente expediente, el objeto de la mejora no es la mitad u otra cuota indivisa de un bien, pues un cónyuge puede, con el consentimiento del otro, disponer de cuotas indivisas de los bienes gananciales o postgananciales, como admitió la Resolución de este Centro Directivo de 18 de octubre de 2005, ni tampoco lo es el bien ganancial por entero realizando la mejora ambos cónyuges, fórmulas que no hubieran planteado dudas, sino que es uno solo de los cónyuges el que otorga la mejora, aun contando con el consentimiento del otro, y se determina como su objeto «los derechos que le correspondan en las fincas descritas». Es claro que no cabe apreciar aquí un supuesto de falta de facultades de disposición, pues el acto se otorga con el consentimiento de ambos cónyuges que integran la comunidad postganancial. De entrada, debe reconocerse que el hecho de que el bien de que se disponga por uno de los cónyuges no pertenezca a la sociedad de gananciales sino a una comunidad postganancial no obstaría a la aplicación analógica de normas como el artículo 1380 del Código Civil, o de los artículos 206 y 207 de la Ley de derecho civil de Galicia. El que el pacto de mejora ahora cuestionado lo sea con transmisión actual de bienes introduce un importante matiz frente al caso de la Resolución citada de 13 de julio de 2016, en cuanto la situación cuya inscripción se pretende ya no puede ser interina o provisional, sino que ha de ser definitiva, dado que esta modalidad de mejora implica, por propia definición, la transmisión de presente de bienes concretos, como expresa el artículo 214 de la Ley de Derecho civil de Galicia, produciendo la adquisición de su propiedad por el mejorado.

Y en cuanto a la posible integración normativa de la voluntad del otorgante de la mejora, cuando esta no resulta determinada en la escritura en forma suficiente para lograr la inscripción pretendida, es claro que el artículo 1380 del Código Civil no contempla ni puede contemplar una situación como la presente, pues en nuestro derecho común no se admite, como regla general, la sucesión contractual. Pero tampoco un negocio como el que es objeto de la escritura calificada constituye el supuesto de hecho que contemplan los artículos 206 y 207 de la Ley de derecho civil de Galicia. En vida de sus otorgantes, cualquier indeterminación del objeto del negocio, impeditiva de su inscripción actual, debe ser suplida no por una norma presuntiva de su voluntad sino por la aclaración del objeto del negocio por el propio otorgante de forma expresa. Por eso, el presente caso difiere tanto del que abordó la citada Resolución de esta Dirección General de 13 de julio de 2016, como del que fue objeto de la Resolución de 26 de octubre de 2016, en donde la aplicación integradora del artículo 207 de la Ley de Derecho

civil de Galicia se planteaba ante un acto particional basado en un testamento, y, lógicamente, tras la apertura de la sucesión del disponente.

Resolución de 20-4-2017
(*BOE* 12-5-2017)
Registro de la Propiedad de Alicante, número 3

ENTIDADES RELIGIOSAS: ACREDITACIÓN DE UNA FUSIÓN PREVIA. REQUISITOS FISCALES: CIERRE REGISTRAL.

Para la resolución de este expediente, este Centro Directivo debe remitirse a su pronunciamiento sobre esta misma cuestión realizado en la Resolución de 28 de julio de 2016, donde, en su fundamento de Derecho tercero, en su último párrafo, indicó que «en el presente expediente no quedan acreditadas las fusiones y reestructuraciones de las congregaciones religiosas, por lo cual es necesario queden acreditadas las sucesivas transmisiones por fusión o reestructuración desde el titular registral hasta quien interviene como transmitente, lo cual puede realizarse bien mediante la aportación de la escritura de reestructuración debidamente inscrita en el Registro de Entidades Religiosas, o bien mediante la certificación del Registro de Entidades Religiosas en la que se acrediten las indicadas fusiones o reestructuraciones de las congregaciones». De acuerdo con lo expuesto ha quedado acreditado que la Inspectoría de Valencia, titular registral, ha quedado absorbida por la Inspectoría de Sevilla, cumpliéndose con ello el tracto sucesivo, por lo que este defecto debe quedar revocado.

Conforme a lo establecido en el artículo 254.1 de la LH, la falta de acreditación de la liquidación del Impuesto de Plusvalía supone el cierre del Registro (salvo en lo relativo a la práctica del asiento de presentación) y la suspensión de la calificación del documento. Debe advertirse que no concurriendo circunstancias de realización de especial tarea de cooperación con la Administración de Justicia (Resolución de 21 de diciembre de 1987) ni resultando supuestos de expresa e indubitada no sujeción al Impuesto (apartados 2 a 4 del artículo 104 del texto refundido de la Ley reguladora de las Haciendas Locales) o de clara causa legal de exención fiscal —como ocurre en la aceptación de una hipoteca unilateral efectuada por la Tesorería General de la Seguridad Social (Resolución de 23 de abril de 2007)—, imponer al Registrador la calificación de la sujeción o no al Impuesto de ciertos actos contenidos en el documento presentado a inscripción supondría obligarle a realizar inevitablemente declaraciones tributarias que (aunque sea con los limitados efectos de facilitar el acceso al Registro de la Propiedad) quedan fuera del ámbito de la competencia reconocida a este Centro Directivo, de modo que, aunque es posible que el Registrador aprecie la no sujeción de determinado acto a las obligaciones fiscales, ha de tenerse en cuenta que si para salvar su responsabilidad exigiere la correspondiente nota de pago, exención, prescripción o no sujeción, habrán de ser los órganos tributarios competentes —en este caso, municipales— los que podrán manifestarse al respecto al recibir la comunicación impuesta por ley, sin que corresponda a esta Dirección General el pronunciarse, a no existir razones superiores para ello (por ejemplo, cfr. art. 118 de la Constitución) o tratarse de un supuesto en el que se esté incurriendo en la exigencia de un trámite desproporcionado que pueda producir una dilación indebida.

En el presente expediente, conforme a la doctrina anteriormente expuesta, será necesario que la escritura de subsanación se presente en las correspondientes oficinas tributarias siendo suficiente con esta presentación, toda vez que en la misma se

encuentra incorporado testimonio de la escritura de fusión siendo ya competencia de dichas oficinas tributarias girar las liquidaciones que en su caso procedan.

Resolución de 20-4-2017
(*BOE* 12-5-2017)
Registro de la Propiedad de Verín

CONCENTRACIÓN PARCELARIA: CERTIFICACIÓN CATASTRAL.

En la concentración parcelaria se produce un supuesto de subrogación real que implica el traslado íntegro de cargas y situaciones reales desde las parcelas de procedencia a las fincas de reemplazo. No obstante, la particularidad de que las inscripciones se practiquen sin referencia alguna a las parcelas de procedencia ha dado lugar de que en ocasiones se confunda con un supuesto de inmatriculación de fincas (v.g. en el propio art. 204 de la LH, en la letra g del artículo 5.2 de la Ley 10/1985 de 14 de agosto, o en los artículos 2.2.e., 18.2.f. y 39 de la vigente Ley 4/2015, de 17 de junio, de mejora de la estructura territorial agraria de Galicia).

En los casos regulados en los artículos 203 y 205 de la LH la aportación de certificación catastral descriptiva y gráfica sigue siendo requisito propio de la inmatriculación. Sin embargo, fuera de los supuestos de inmatriculación contemplados en los citados artículos 203 y 205 de la LH hay que estar a las normas generales sobre correspondencia de la descripción literaria con la resultante de la certificación catastral (art. 9.b LH), más aún cuando la concentración parcelaria no es propiamente una inmatriculación.

Así ocurre en los casos de inmatriculaciones de fincas de las Administraciones Públicas (cfr. art. 206) y, en particular, para las fincas de reemplazo en concentración parcelaria, dispone el artículo 204 de la LH que «cuando las nuevas fincas creadas en virtud de los procedimientos a que se refiere este precepto no hubieran sido incorporadas previamente al plano parcelario catastral con delimitación de las parcelas que hayan de corresponderles, el Registrador remitirá por medios electrónicos a la Dirección General del Catastro copia de la representación gráfica aportada para la inmatriculación el día siguiente al de su presentación en el Registro de la Propiedad. El Catastro devolverá al Registrador las referencias catastrales de las fincas objeto del acto de que se trate para su incorporación al asiento, y la representación gráfica catastral indicando, en su caso, si la finca ha de entenderse coordinada con la descripción gráfica catastral». Ahora bien, todo ello es sin perjuicio de que, conforme al mismo artículo 9.b), al practicarse la inscripción de la representación gráfica georreferenciada de la finca, su cabida será la resultante de dicha representación, rectificándose, si fuera preciso, la que previamente constare en la descripción literaria y notificándose por el Registrador el hecho de haberse practicado tal rectificación a los titulares de derechos inscritos.

Resolución de 21-4-2017
(*BOE* 12-5-2017)
Registro de la Propiedad de San Cristóbal de La Laguna, número 2

HERENCIA: RENUNCIA.

Conforme el artículo 997 del Código Civil, la aceptación y repudiación de la herencia, «una vez hechas» son irrevocables y no podrán ser impugnadas sino

cuando adoleciesen de algunos de los vicios que anulan el consentimiento, o apareciese un testamento desconocido. Por otro lado, conforme el artículo 26 de la Ley del Notariado, se admitirán las adiciones y apostillas que se salven al fin del documento notarial con la aprobación expresa y firma de los otorgantes que deban suscribir el documento. El desarrollo de este principio se realiza en el artículo 153 del RN según el cual «los errores materiales, las omisiones y los defectos de forma padecidos en los documentos notariales *inter vivos* podrán ser subsanados por el Notario autorizante, su sustituto o sucesor. No son incompatibles estos preceptos, sino que en el caso del artículo 997 del Código Civil se recoge una aceptación o renuncia efectiva que posteriormente se revoca para realizar un acto distinto y el caso del artículo 153 del RN se refiere a las rectificaciones que se hayan producido por errores en el documento.

Conforme el artículo 1266 del Código Civil, para que el error invalide el consentimiento deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo. Ciertamente que el motivo esencial de la renuncia fue el de trasladar la herencia al otro heredero y no el de desentenderse de ella, por lo que como ha declarado este Centro Directivo (*vid.*, Resoluciones en «Vistos»), estamos ante una renuncia traslativa y no abdicativa.

Resolución de 21-4-2017
(*BOE* 12-5-2017)
Registro de la Propiedad de Palamós

RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO.

Es doctrina reiterada de este Centro Directivo que, de conformidad con la regulación del recurso contra la calificación de los Registradores de la Propiedad, es objeto exclusivo del mismo la calificación recaída a los efectos de suspender o denegar la práctica del asiento solicitado (arts. 19 bis, 66, 325 y 326 de la LH). Consecuentemente, una vez practicada la inscripción de compraventa queda bajo la salvaguardia de los tribunales, sin que este Centro Directivo pueda pronunciarse ahora sobre los efectos registrales de la medida cautelar ordenada sin audiencia del titular registral (cfr. arts. 727 y 733 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y las diferencias con la anotación preventiva de prohibición de disponer.

Resolución de 24-4-2017
(*BOE* 16-5-2017)
Registro de la Propiedad de Madrid, número 23

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: MODIFICACIÓN DEL VALOR DE TASACIÓN DESPUÉS DE CONCLUIDA LA EJECUCIÓN.

En esencia, se trata de dilucidar si procede o no inscribir la reducción del valor pactado para subasta de una finca hipotecada, cuando ya se ha consumado su ejecución hipotecaria y adjudicado la finca al ejecutante en procedimiento judicial en el que tomó como valor de subasta (a los efectos de adjudicar la finca por la mitad de dicho valor), no el que constaba inscrito, que era mayor, sino el que más reducido que no se inscribió en su día y ahora se pretende inscribir.

En la Resolución de 26 de octubre de 2016, se planteó la cuestión de si procedía inscribir o no el pacto de la modificación del precio en que los interesados tasan la finca hipotecada para que sirva de tipo en la subasta, cuando la hipoteca a la que se refiere todavía no había sido objeto de ejecución, pero según el Registro de la Propiedad existen derechos reales o cargas posteriores a la misma y anteriores a la escritura de modificación presentada. La conclusión fue que la alteración del tipo o del valor a efectos de subasta de la finca hipotecada, por tanto, no es que no genere en sí misma una alteración del rango de la hipoteca a la que se refiera, por no estar incluida en los dos supuestos citados, es que ni siquiera tiene la consideración de circunstancia susceptible de provocar una novación de la obligación garantizada porque opera en el ámbito meramente procesal. Por tanto, en términos de estricto rango hipotecario, la modificación del tipo de la finca hipotecada a efectos de subasta, para adaptarlo al valor de mercado, no requeriría del consentimiento de los titulares registrales posteriores. Sin embargo, el caso objeto de recurso difiere del planteado en la segunda Resolución de 26 de octubre de 2016, pues cuando se pretende la inscripción de tal pacto ya no estamos en la «fase de seguridad de la hipoteca», en la que podría ser aplicable el razonamiento y la conclusión de que «el consentimiento para la modificación del tipo de subasta por parte de los titulares registrales de cargas posteriores, durante la fase de seguridad de la hipoteca, es innecesario», sino que lo que aquí se pretende es la inscripción del pacto de reducción del precio para subasta cuando la hipoteca ya ha sido ejecutada por el procedimiento especial de ejecución directa contra bienes hipotecados, celebrada la subasta, y adjudicada la finca al ejecutante a falta de postores.

Es cierto que, ante la simple lectura del artículo 682 LEC podría hipotéticamente ponerse en duda qué repercusión tendría el supuesto en el que el Registrador no hubiera hecho constar en la inscripción «el precio en que los interesados tasan la finca para que sirva de tipo en la subasta». Pero esa duda puramente hipotética queda inmediatamente despejada, no solo por aplicación del tradicional principio general de inoponibilidad frente a terceros de lo no inscrito (arts. 606 del Código Civil y 32 de la LH), sino por la aplicación del principio especial de inscripción constitutiva del derecho real de hipoteca, formulado en el artículo 1875 del Código Civil, conforme al cual «además de los requisitos exigidos en el artículo 1857, es indispensable, para que la hipoteca quede válidamente constituida, que el documento en que se constituya sea inscrito en el Registro de la Propiedad». Y tal carácter constitutivo de la inscripción, no solo ha sido respetado por la vigente Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, sino incluso reforzado y reformulado con mayor claridad y contundencia, si cabe, cuando en su disposición final 9.5 dio nueva redacción al artículo 130 de la LH para proclamar que «el procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados solo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita y, dado su carácter constitutivo, sobre la base de los extremos contenidos en el asiento respectivo». Por lo tanto, dicho precio fue el único que debió tomarse en consideración en el procedimiento de ejecución directa contra el bien hipotecado. Al no haberse hecho así, sino que se tomó en consideración un precio menor resultante de un pacto no inscrito, y se adjudicó la finca por la mitad de ese precio pactado resultante de pacto no inscrito, sí que se vulneraron, no solo las expectativas, sino incluso los derechos de los titulares de cargas posteriores, pues se redujo correlativamente la cantidad finalmente obtenida por la realización de la finca.

Por tanto, en aplicación de la misma doctrina esencial resultante de la citada Resolución de 26 de octubre de 2016, debemos proclamar ahora que si se

pretende inscribir el pacto de reducción del precio para subasta de una finca hipotecada, cuando ya no estamos en fase de seguridad de la hipoteca, sino en fase de ejecución —y más aún cuando como en el presente caso esta ya ha sido ejecutada y adjudicada la finca por el procedimiento especial de ejecución directa contra los bienes hipotecados—, ya no resulta permitido acceder a la inscripción de un pacto que por su naturaleza se refiere a una subasta futura, cuando en realidad la subasta ya ha tenido lugar, y que en definitiva solo pretende subsanar a posteriori las deficiencias en las que incurrió el procedimiento de ejecución al no respetar el artículo 130 de la LH, y con ello, vulnerarse los derechos que del mismo artículo se infieren a favor de los titulares de cargas posteriores.

Finalmente, debe analizarse la última alegación del recurrente en el sentido de que «de volver a la valoración original a efectos de subasta del local, por el mecanismo legal del artículo 671 de la LEC, Bankia se podría adjudicar el local por el total de su deuda, superior a un millón de euros por lo que no habría sobrante alguno». Tal hipótesis de futuro no es en absoluto descartable. Pero como mero futurible que es, en nada afecta a cuál deba ser la resolución del presente recurso.

Resolución de 24-4-2017
(*BOE* 16-5-2017)
Registro de la Propiedad de Avilés, número 1

RECURSO GUBERNATIVO: INTERPUESTO DESPUÉS DE SUBSANAR EL DEFECTO. VIVIENDA DE PROTECCIÓN OFICIAL EN ASTURIAS: REQUISITOS PARA LA INSCRIPCIÓN DE LA VENTA.

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. Aunque tras la reforma de la legislación hipotecaria por la Ley 24/2001 se haya suprimido la posibilidad de interponer recurso a efectos doctrinales, la tramitación del recurso debe admitirse considerando la antedicha doctrina jurisprudencial según la cual «el objeto del recurso (…) no es el asiento registral sino el acto de calificación del Registrador» y que se declare si dicha calificación fue o no ajustada a Derecho, lo cual «es posible jurídicamente aunque el asiento se haya practicado», por haberse subsanado el defecto. Por su parte, el último párrafo del artículo 325 de la LH señala que «la subsanación de los defectos indicados por el Registrador en la calificación no impedirá a cualquiera de los legitimados, incluido el que subsanó, la interposición del recurso».

El objeto del presente recurso consiste en determinar si es inscribible una escritura de compraventa de una finca que, según el Registro, consta que ha obtenido cédula definitiva de vivienda de protección oficial general, manifestando los interesados en la escritura que dicha finca ha sido descalificada. Respecto a la necesidad de aportar el certificado en el que conste que la referida vivienda carece de precio máximo de venta hay que señalar que ni la legislación estatal ni la autonómica consideran la venta de una vivienda de protección oficial con sobreprecio contrato nulo, sino que únicamente está previsto un régimen sancionador.

En cuanto al segundo defecto señalado por el Registrador relativo a la necesidad de aportar el contrato privado de venta visado tampoco puede ser mantenido, en el ámbito de la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias. En base a la disposición adicional tercera de la Ley 2/2004, de 29 de octubre, del Principado de Asturias, de medidas urgentes en materia de suelo y vivienda no hay exigencia alguna, para la inscripción en el Registro, de incorporar el contrato privado de compraventa visado, en el ámbito de la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias. Únicamente regula el derecho de tanteo y retracto a favor de la Administración competente que podrá ejercitarlo una vez se le comunique la intención de llevar a cabo la transmisión de la vivienda o que la venta se hubiese realizado en términos diferentes a los manifestados en la referida comunicación (art. 14 del Reglamento en la materia de Vivienda de la Ley del Principado de Asturias 2/2004, de 29 de octubre, de Medidas Urgentes en Materia de Suelo y Vivienda).

Resolución de 24-4-2017
(*BOE* 16-5-2017)
Registro de la Propiedad de Belmonte

SOCIEDADES MERCANTILES: NECESIDAD DE LA PREVIA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO MERCANTIL.

La cuestión planteada hace referencia a si es posible o no la inscripción en el Registro de la Propiedad de una escritura de ampliación de capital con aportación no dineraria de bienes inmuebles sin que previamente se haya llevado a cabo la inscripción en el Registro Mercantil. El recurso no puede prosperar. Es doctrina constante de esta Dirección General que, como establece el artículo 383 del RH de modo indubitado, no podrá practicarse a favor de sociedad mercantil ninguna inscripción de adquisición por cualquier título de bienes inmuebles «sin que previamente conste haberse extendido la que corresponde en el Registro Mercantil». Dicha doctrina, asentada sobre la contundente literalidad del precepto, no fundamenta su vigencia en una pretendida concepción constitutiva de la inscripción en el Registro Mercantil como afirma el escrito de recurso. Bien al contrario, ya desde el primer pronunciamiento (*vid.,* Resolución de 28 de junio de 1985), este Centro Directivo afirmó que la solución reglamentaria deriva su fundamento de los propios antecedentes legislativos contenidos en el Código de Comercio.

Las consideraciones anteriores son plenamente compatibles con la doctrina que afirma que desde el momento de la constitución la sociedad adquiere cierto grado de personalidad y es hábil para adquirir y poseer bienes de todas clases, así como contraer obligaciones y ejercitar acciones, conforme al artículo 38, párrafo primero, del Código Civil (*vid.,* SSTS de 8 de junio de 1995, 27 de noviembre de 1998 y 24 de noviembre de 2010, y RRDGRN de 14 de febrero de 2001 y 23 de diciembre de 2015, por todas). Pero de aquí no resulta que una sociedad en formación o irregular pueda inscribir a su nombre los bienes registrables, pues el acceso de las titularidades al Registro de la Propiedad viene determinado por el cumplimiento, no solo de la normativa estrictamente civil aplicable, sino especialmente de las normas que para ello vienen determinadas por el ordenamiento jurídico, Ley y RH, entre otras. Estas consideraciones no se ven alteradas, sino confirmadas, por el hecho de que este Centro Directivo haya formulado la doctrina conforme a la cual es posible llevar a cabo una inscripción en el Registro

de la Propiedad de adquisición inmobiliaria llevada a cabo por administrador o apoderado general no inscrito de sociedad de capital (por todas, Resoluciones de 17 de diciembre de 1997 y de 29 de septiembre de 2016).

En el supuesto que da lugar a la presente, la previa inscripción en el Registro Mercantil no puede llevarse a cabo por estar el folio de la sociedad cerrado como consecuencia de la práctica de la nota marginal a que se refieren el artículo 119.2 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades, y el artículo 96 del RRM. El recurrente considera que de llevarse a cabo la inscripción en el RP sin previa inscripción en el RM ni se produce una discrepancia entre ambos ni dicha circunstancia perjudica a eventuales terceros. La inexactitud derivada de la falta de inscripción tanto en el RM como en el RP no se soluciona, como propone el recurrente, con postergación de los efectos previstos por el ordenamiento jurídico para la situación registral existente, sino con el cumplimiento de los requisitos que para la reanudación de la vida registral determina el propio ordenamiento.

Resolución de 25-4-2017
(*BOE* 16-5-2017)
Registro de la Propiedad de Cartagena, número 3

ANOTACIÓN DE EMBARGO: HERENCIA YACENTE.

La doctrina de este Centro Directivo que impone que en los casos de herencias yacentes, toda actuación que pretenda tener reflejo registral deba articularse 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 y 5 de marzo de 2015). Esta doctrina se ha matizado en los últimos pronunciamientos en el sentido de considerar que la exigencia del nombramiento del defensor judicial no debe convertirse en una exigencia formal excesivamente gravosa y debe limitarse a los casos en que el llamamiento a los herederos desconocidos sea puramente genérico y no haya ningún interesado en la herencia que se haya personado en el procedimiento considerando el Juez suficiente la legitimación pasiva de la herencia yacente.

En el presente caso como se acreditó en el procedimiento, los hijos y herederos del titular registral habían renunciado a la herencia. Las personas llamadas a la herencia, al haber renunciado a la misma, desaparecen del círculo de intereses relativo a la defensa del caudal hereditario, con efectos desde la muerte del causante (art. 989 del Código Civil). Serán otros los llamados, ya sea por sucesión testamentaria, ya por sucesión intestada, a defender esos intereses. El artículo 956 del Código Civil señala que: «A falta de personas que tengan derecho a heredar conforme a lo dispuesto en las precedentes Secciones, heredará el Estado (…)». En este supuesto, dado que han renunciado a la herencia los hijos y herederos del causante, y que no consta la existencia de otros parientes con derecho a suceder *ab intestato,* el Estado se convierte en heredero presunto.

Por tanto, habiéndose dado traslado del procedimiento al Estado como posible llamado a la herencia en calidad de heredero intestado, no cabe apreciar una situación de indefensión que justifique la suspensión de la práctica de la anotación de embargo.

Resolución de 25-4-2017
(*BOE* 16-5-2017)
Registro de la Propiedad de Villajoyosa, número 2

ACTOS ADMINISTRATIVOS: CONCEPTO DE FIRMEZA A EFECTOS DE LA INSCRIPCIÓN.

En cuanto al alcance de los actos administrativos en relación a su inscripción en el Registro de la Propiedad, como ha reiterado este Centro Directivo, ver Resoluciones citadas en «Vistos», la firmeza de la resolución administrativa es un requisito esencial para practicar cualquier asiento en el Registro que implique una mutación jurídico real inmobiliaria, siempre que el acto o resolución cuya inscripción se pretenda haya agotado la vía administrativa, por más que sea susceptible de revisión en vía judicial, ya ante los tribunales contencioso-administrativos ya ante los tribunales ordinarios. En definitiva, con carácter de regla general el acto debe poner fin a la vía administrativa y además es necesaria, pero suficiente, la firmeza en dicha vía, ya que con la innegable posibilidad de anotación preventiva de la demanda del recurso contencioso-administrativo quedan garantizados los derechos de los titulares registrales.

En este caso, en los acuerdos municipales consta expresamente que cabe la interposición de recurso de reposición. Por otro lado, el hecho de que los acuerdos municipales cuyo reflejo registral se pretende no tengan por objeto el establecimiento «*ex novo*» de las afecciones o garantías reales que aseguren la obligación de ejecutar o de conservar la urbanización, sino su modificación, no supone, como alega el recurrente, excepción alguna a la exigencia de tal requisito para su constancia registral. Respecto a la necesidad de que dichos acuerdos hayan puesto fin a la vía administrativa, se trata de una exigencia que resulta tanto del artículo 1.1 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio.

Resolución de 25-4-2017
(*BOE* 16-05-2017)
Registro de la Propiedad de Cartagena, número 3

ANOTACIÓN DE EMBARGO: HERENCIA YACENTE.

La doctrina de este Centro Directivo que impone que en los casos de herencias yacentes, toda actuación que pretenda tener reflejo registral deba articularse 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 y 5 de marzo de 2015). Esta doctrina se ha matizado en los últimos pronunciamientos en el sentido de considerar que la exigencia del nombramiento del defensor judicial no debe convertirse en una exigencia formal excesivamente gravosa y debe limitarse a los casos en que el llamamiento a los herederos desconocidos sea puramente genérico y no haya ningún interesado en la herencia que se haya personado en el procedimiento considerando el Juez suficiente la legitimación pasiva de la herencia yacente.

En el presente caso como se acreditó en el procedimiento, los hijos y herederos del titular registral habían renunciado a la herencia. Las personas llamadas a

la herencia, al haber renunciado a la misma, desaparecen del círculo de intereses relativo a la defensa del caudal hereditario, con efectos desde la muerte del causante (art. 989 del Código Civil). Serán otros los llamados, ya sea por sucesión testamentaria, ya por sucesión intestada, a defender esos intereses. El artículo 956 del Código Civil señala que: «A falta de personas que tengan derecho a heredar conforme a lo dispuesto en las precedentes Secciones, heredará el Estado (…)». En este supuesto, dado que han renunciado a la herencia los hijos y herederos del causante, y que no consta la existencia de otros parientes con derecho a suceder *ab intestato,* el Estado se convierte en heredero presunto.

Por tanto, habiéndose dado traslado del procedimiento al Estado como posible llamado a la herencia en calidad de heredero intestado, no cabe apreciar una situación de indefensión que justifique la suspensión de la práctica de la anotación de embargo.

Resolución de 26-4-2017
(*BOE* 16-5-2017)
Registro de la Propiedad de Torrox

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: HERENCIA YACENTE.

La doctrina de este Centro Directivo que impone que en los casos de herencias yacentes, toda actuación que pretenda tener reflejo registral deba articularse 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 y 5 de marzo de 2015). Esta doctrina se ha matizado en los últimos pronunciamientos en el sentido de considerar que la exigencia del nombramiento del defensor judicial no debe convertirse en una exigencia formal excesivamente gravosa y 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. 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.

En el supuesto de este expediente el procedimiento se interpone contra la herencia yacente de don J.W.A. y doña A.D.A., titulares registrales de la finca, de nacionalidad danesa y con domicilio en Dinamarca, quienes la adquirieron mediante escritura de compraventa otorgada el día 5 de junio de 1997, que causo la inscripción 7.ª extendida el día 10 de julio de 1997. La notificación de la demanda se realizó inicialmente al domicilio designado en la escritura, esto es, en la finca hipotecada, resultando infructuosa. Por tanto, habiendo señalado el juzgado que se ha llevado a cabo la notificación al domicilio fijado en la escritura y desconociéndose el posible domicilio de los herederos, se ha procedido a la notificación edictal, por lo que no cabe apreciar una situación de indefensión que justifique la suspensión de la práctica de los asientos solicitados.

Resolución de 26-4-2017
(*BOE* 16-5-2017)
Registro de la Propiedad de Burgos, número 3

RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO.

Toda la doctrina elaborada a través de los preceptos de la Ley y del RH y de las Resoluciones de este Centro Directivo relativa a la rectificación del Registro parte de un principio esencial y que constituye un pilar básico en nuestro Derecho hipotecario que afirma que los asientos registrales están bajo la salvaguardia de los tribunales y producen todos sus efectos en tanto no se declare su inexactitud (art. 1, párrafo tercero, de la LH). Por ello, como ha reiterado este Centro Directivo (cfr., las Resoluciones en «Vistos»), la rectificación o cancelación de los asientos exige, bien el consentimiento del titular registral y de todos aquellos a los que el asiento atribuya algún derecho —lógicamente siempre que se trate de materia no sustraída al ámbito de autonomía de la voluntad—, bien la oportuna resolución judicial recaída en juicio declarativo entablado contra todos aquellos a quienes el asiento que se trate de rectificar conceda algún derecho.

Resolución de 26-4-2017
(*BOE* 16-5-2017)
Registro de la Propiedad de Sant Mateu

CALIFICACIÓN REGISTRAL: MOTIVACIÓN. LEY DE CARRETERAS: OBLIGACIONES DEL REGISTRADOR.

Es doctrina de este Centro Directivo que cuando la calificación del Registrador sea desfavorable es exigible, según los principios básicos de todo procedimiento y conforme a la normativa vigente, que al consignarse los defectos que, a su juicio, se oponen a la inscripción pretendida, aquella exprese también una motivación suficiente de los mismos, con el desarrollo necesario para que el interesado pueda conocer con claridad los defectos aducidos y con suficiencia los fundamentos jurídicos en los que se basa dicha calificación. Del análisis de la nota de calificación de este expediente se deduce lo siguiente: se señalan los defectos que a juicio del Registrador impiden la inscripción, y los fundamentos en los que se apoya para justificarlos —que podrán o no ser acertados—. En consecuencia, es evidente que la calificación está suficientemente motivada.

El artículo 30 de la Ley 37/2015, de 29 de septiembre, de carreteras, en su apartado 9 no establece un mecanismo de cierre registral por falta de notificación para el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto, a diferencia de lo que ocurre en otras disposiciones. Respecto de los Registradores de la Propiedad la obligación específica viene establecida en el artículo 29.11 de la Ley de carreteras, cuando dispone que «en toda información registral que se aporte en relación con fincas colindantes con el dominio público viario estatal, así como en las notas de calificación o despacho referidas a las mismas, se pondrá de manifiesto dicha circunstancia, como información territorial asociada y con efectos meramente informativos, para que pueda conocerse que dicha colindancia impone limitaciones a las facultades inherentes al derecho de propiedad».

En cuanto a la posibilidad de modificar el lindero, en el caso de este expediente consta en el Registro la colindancia con la carretera nacional 340 y, según

el título, pasa a lindar con «camino». Esta manifestación resulta justificada con la certificación catastral descriptiva y gráfica que incorpora el título. Ciertamente la modificación de la descripción literaria, en particular de los linderos, puede lograrse mediante la inscripción de la representación gráfica georreferenciada de la finca, por algunos de los procedimientos que se han introducido por la Ley 13/2015, de 24 de junio, en los artículos 9.b), 199 o 201 de la LH. Ahora bien, no puede negarse la posibilidad de rectificar la descripción literaria de la finca en cuanto a la titularidad de un único lindero, que se mantiene como fijo, sin necesidad de acudir a tales procedimientos, al resultar acreditada fehacientemente la rectificación por certificación catastral, y considerando que, además, no implica la delimitación física de la totalidad de la finca, ni se altera su superficie, ni resulta contradicha por otras titularidades o por representaciones gráficas inscritas, ni se expresan dudas de identidad; circunstancias estas que justificarían la utilización de tales procedimientos [cfr. arts. 9.a) y b) y 201.2 y 3 de la LH].

Resolución de 27-4-2017
(*BOE* 16-5-2017)
Registro de la Propiedad de Callosa d'en Sarriá

REFERENCIA CATASTRAL: CONSTANCIA Y EFECTOS.

En cuanto a la constancia en el Registro de los datos de identificación catastral, como ya ha señalado esta Dirección General (cfr. Resoluciones de 6 de mayo y 22 de noviembre de 2016), se trata de una circunstancia más de la inscripción, conforme al artículo 9.a) de la LH. Debe recordarse que la constancia registral de la referencia catastral conforme al artículo 9.a) de la LH tendrá unos efectos limitados ya que en ningún caso puede equipararse con la coordinación gráfica a la que se refiere el artículo 10 de la LH, no supone la inscripción de la representación gráfica ni la rectificación de la descripción literaria conforme a la misma (art. 9.b), párrafo séptimo). Pero es que, además, nos encontramos ante un local situado en un edificio en régimen de propiedad horizontal como ya se afirmó en la Resolución de 22 de julio de 2016, aunque se hubiese aportado la representación gráfica del elemento independiente en cuestión, conforme a los citados artículos 9.b) y 199 LH no es admisible, a efectos de la constancia registral de la representación gráfica, la correspondiente a un elemento en régimen de propiedad horizontal individualmente considerado. Dicha inscripción de representación gráfica de los elementos individuales del régimen de propiedad horizontal solo se contempla en la LH en los casos de inscripción de una obra nueva, en los que tal representación se integre junto con la de todos los elementos del régimen en el libro del edificio, según prevé el artículo 202 de la LH *«in fine»*.

Para que proceda la pretendida constancia registral de la referencia catastral es preciso que exista correspondencia entre la finca registral y la certificación catastral aportada en los términos que resultan del artículo 45 de la Ley del Catastro Inmobiliario. Tal y como señala la Registradora en su calificación, no puede apreciarse con dicha documentación la correspondencia del inmueble según consta en Catastro con la finca registral, considerando que la descripción registral expresa con precisión la situación (núm. 13 de cierta calle), sin que se hayan aportado documentos que se refieran a esta y que permitan su

rectificación. El cambio de nombre y número de la calle, no son datos que puedan modificarse con la simple afirmación de parte interesada, puesto que son datos de policía cuya modificación depende de la competente autoridad administrativa.

Resolución de 27-4-2017
(*BOE* 16-05-2017)
Registro de la Propiedad de Santander, número 2

ACTA NOTARIAL PARA LA REANUDACIÓN DEL TRACTO ANTERIOR A LA LEY 13/2015: NOTIFICACIONES.

Se trata de un acta notarial para la reanudación del tracto que, por aplicación de la disposición transitoria única de la Ley 13/2015, será de aplicación la norma contenida en el artículo 203 de la LH, según la redacción anterior a la expresada Ley de reforma, y sus concordantes del reglamento de desarrollo.

En cuanto al primer defecto relativo a la ausencia de expresión del título de adquisición de la quinta parte indivisa de la finca por parte del promotor del acta, esta Dirección General ya ha tenido la ocasión de pronunciarse acerca de la necesidad de expresar el título de adquisición en los expedientes de reanudación del tracto sucesivo (cfr. Resoluciones de 17 de enero de 2003, 24 de junio de 2011 y 28 de abril y 21 de diciembre de 2016). A tenor de lo señalado en los artículos 9 de la LH y 51 de su Reglamento, los documentos sujetos a producir asientos en el Registro deberán expresar, entre otras circunstancias, el título por el que se adquiere, lo cual constituye una circunstancia absolutamente indispensable. Si lo que se pretendiera es alegar la institución de la usucapión, si bien en un expediente judicial de reanudación del tracto puede alegarse tal título (Resoluciones de 21 de marzo de 2003 o 28 de mayo de 2015), lo cierto es que en el presente caso en el acta ni se alega ni consta el cumplimiento de los requisitos propios de la misma, amén de que se requeriría pronunciamiento judicial específico al respecto (cfr. Resoluciones de 26 de abril de 2006, 24 de abril y 5 de diciembre de 2014 y 8 de septiembre de 2016) sin que ello conste del documento de aprobación presentado que, por otra parte, es un decreto del secretario judicial de modo que ni siquiera ha sido resuelto por el Juez mediante auto, según prescribe el artículo 293 del RH.

Esta Dirección General ha tenido ocasión de pronunciarse acerca de la interpretación de las notificaciones personales que han de realizarse en los procedimientos de reanudación del tracto en la Resolución de 23 de mayo de 2016, aunque la misma se refiere al nuevo procedimiento regulado en el artículo 208 de la LH en su vigente redacción. En la citada Resolución se interpretó «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 puede ser por edictos, solo hace falta que sea nominal, cuando conste su identidad de la documentación aportada». Este régimen, ciertamente más flexible, no resulta aplicable al caso que nos ocupa pues la redacción del artículo 204 antes de la reforma de la Ley 13/2015.

Resolución de 3-5-2017
(*BOE* 22-5-2017)
Registro de la Propiedad de Arona

CALIFICACIÓN REGISTRAL: MOTIVACIÓN. SENTENCIAS DICTADAS EN REBELDÍA: PLAZOS PARA SU FIRMEZA. SENTENCIA DICTADA EN JUICIO DECLARATIVO: REANUDACIÓN DEL TRACTO SUCESIVO.

En el caso de este expediente, como se ha dicho anteriormente, la Registradora se limita a señalar en los fundamentos de derecho de la nota de calificación lo siguiente: «No consta que la sentencia haya devenido firme en derecho, cuyo requisito es necesario para la inscripción (art. 524 de la Ley de Enjuiciamiento Civil)»; ciertamente la referencia a este defecto es sucinta y habría sido más correcto motivar suficientemente el defecto observado, no obstante lo cual el recurrente hace referencia al mismo, efectuando las oportunas alegaciones.

La aplicación del artículo 524 de la Ley de Enjuiciamiento Civil a este supuesto y más concretamente de su inciso 4, deriva de haberse dictado la sentencia en rebeldía de parte de los demandados, lo que determina la imposibilidad de practicar la inscripción, aun cuando la sentencia sea firme, en tanto no hayan transcurrido los plazos para ejercitar la acción de rescisión de la sentencia. Estos plazos son los previstos en el artículo 502 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Respecto de la cuestión central de la nota de calificación y del recurso, cabe decir que nos enfrentamos de nuevo con el difícil interrogante de si la reanudación del tracto sucesivo de una finca, cuando se han producido varias transmisiones que no han accedido al Registro, puede llevarse a cabo por medio de una sentencia dictada en un juicio declarativo. Aunque la demanda se haya dirigido contra el titular registral, la sentencia dictada en procedimiento declarativo solo valdría para reanudar el tracto en el supuesto en que aparecieran como demandados los titulares registrales, quienes de ellos adquirieron y todos los titulares intermedios hasta enlazar con la titularidad del demandante. Esta exigencia de citar a los titulares intermedios que se ha recogido en muchas Resoluciones de este Centro Directivo, no se ha impuesto, como afirma el recurrente, a partir de la reforma operada en la LH por la Ley 13/2015, de 24 de junio. Antes al contrario, es esta doctrina la que se ha visto confirmada con la redacción de la regla segunda, apartado 2º, del nuevo artículo 208 de la LH referente al expediente tramitado al efecto ante Notario y que ha venido a sustituir al judicial regulado anteriormente.

Resolución de 4-5-2017
(*BOE* 22-5-2017)
Registro de la Propiedad de El Vendrell, número 1

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: CADUCIDAD.

El artículo 86 de la LH determina que las anotaciones preventivas, cualquiera que sea su origen, caducarán a los cuatro años de la fecha de la anotación misma, salvo aquellas que tengan señalado en la Ley un plazo más breve. La anotación caducada deja de producir efectos desde el mismo momento en que se produce

la caducidad, independientemente de que se haya procedido o no a la cancelación correspondiente y, por tanto, de la fecha de la misma. En este caso la cancelación no es sino la exteriorización registral de algo que era inexistente desde el momento en que se produjo la caducidad expresada. El asiento de anotación preventiva puede ser objeto de prórroga, como reconoce el propio artículo 86 de la LH, por un plazo de cuatro años más siempre que el mandamiento ordenando la prórroga sea presentado antes de que caduque el asiento.

Aplicadas las anteriores consideraciones al supuesto de hecho debe mantenerse la calificación de la Registradora pues resulta claro, según historial registral de la finca, que la anotación letra Y tiene fecha de 27 de diciembre de 2012 y que la anotación AB es de prórroga de embargo de la anotación letra Y por cuatro años más por ordenarlo el mandamiento de la Agencia Tributaria de fecha 25 de octubre de 2016 presentado y anotado en el Registro de la Propiedad el día 9 de noviembre de 2016, todo ello con independencia de que con anterioridad se hubiera tomado anotación preventiva de embargo preventivo. En relación con la solicitud de cancelación de la anotación preventiva de embargo por haberse practicado la prórroga en procedimiento seguido contra persona distinta del titular registral, también debe desestimarse.

Resolución de 5-5-2017
(*BOE* 22-5-2017)
Registro de la Propiedad de Villena

RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO.

Toda la doctrina elaborada a través de los preceptos de la Ley y del RH y de las Resoluciones de este Centro Directivo relativa a la rectificación del Registro parte de un principio esencial y que constituye un pilar básico en nuestro Derecho hipotecario que afirma que los asientos registrales están bajo la salvaguardia de los tribunales y producen todos sus efectos en tanto no se declare su inexactitud (art. 1, párrafo tercero, de la LH). Por ello, como ha reiterado este Centro Directivo (cfr. las Resoluciones en «Vistos»), la rectificación o cancelación de los asientos exige, bien el consentimiento del titular registral y de todos aquellos a los que el asiento atribuya algún derecho —lógicamente siempre que se trate de materia no sustraída al ámbito de autonomía de la voluntad—, bien la oportuna resolución judicial recaída en juicio declarativo entablado contra todos aquellos a quienes el asiento que se trate de rectificar conceda algún derecho. Este principio se consagra en el artículo 40.d) de la LH referido a las inexactitudes del Registro que procedan de falsedad, nulidad o defecto del título que hubiere motivado el asiento y en general de cualquier otra causa no especificadas en la Ley: en todas estas, la rectificación precisará del consentimiento del titular o, en su defecto, resolución judicial. Por tanto, si el recurrente entiende que la titularidad reflejada en el Registro de la Propiedad es inexacta y la cancelación no puede obtenerse con el consentimiento unánime de todos los interesados, debe instar la correspondiente demanda judicial.

Resolución de 8-5-2017
(*BOE* 29-5-2017)
Registro de la Propiedad de Oropesa del Mar, número 2

PRINCIPIO DE ROGACIÓN: ALCANCE. PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN: ARTÍCULO 38.2 LH.

Se considera regla general que el Registrador no puede actuar de oficio, sino que corresponde a las personas legitimadas al efecto (y que son las señaladas en el artículo 6 de la LH) solicitar la práctica de los asientos correspondientes. Ahora bien, es doctrina consolidada de esta Dirección General (*vid.,* Resoluciones de 11 de febrero de 1998, 20 de julio de 2006, 20 de enero de 2012 y 1 de julio de 2015, entre otras), que la sola presentación de un documento en el Registro implica la petición de la extensión de todos los asientos que en su virtud puedan practicarse, siendo competencia del Registrador la determinación de cuáles sean estos, sin que el principio registral de rogación imponga otras exigencias formales añadidas. Consecuentemente, si la sentencia objeto de calificación ha declarado la nulidad del título que provocó la inscripción 4.ª de dominio a favor de don A.J.J., conforme a la letra del artículo 79.3.º LH procederá la cancelación de la referida inscripción.

La jurisprudencia del TS ha interpretado el artículo 38.2 LH de forma estricta en algunas decisiones (como la muy rigurosa Sentencia de 7 de diciembre de 1982). No obstante, el propio Alto Tribunal ha ido consolidando una doctrina de contrario (no sin algunas vacilaciones, *vid.,* Sentencia de 29 de octubre de 2013), que pone de manifiesto que siendo la cancelación en el Registro de la Propiedad consecuencia ineludible de la decisión principal, no existe violación del principio de congruencia debiendo considerarse su solicitud implícita en la demanda contradictoria del derecho inscrito (Sentencias de 25 de mayo de 1995, 29 de febrero de 2000 y 4 de octubre de 2004, entre otras muchas).

Resolución de 8-5-2017
(*BOE* 29-5-2017)
Registro de la Propiedad de Lerma

CONCENTRACIÓN PARCELARIA: REQUISITOS DE INSCRIPCIÓN.

La Resolución de 14 de septiembre de 2015 recuerda las peculiaridades que respecto del Registro de la Propiedad presentan los expedientes de concentración parcelaria que, en contra de lo que sucede con las actuaciones urbanísticas, prescinde, con carácter general de los pronunciamientos registrales. Durante la tramitación, la comunicación que se efectúa al Registrador es generalmente genérica, referida al perímetro a que afecta la parcelación y sin identificación de fincas afectadas o excluidas, de forma que la publicidad de la existencia de la concentración, que el registrador está obligado a suministrar en las notas de despacho extendidas en títulos relativos a dichas fincas y en las certificaciones que expidan, se limitará a dar conocimiento del desarrollo del procedimiento de concentración en la zona en la que está ubicada la finca. Consecuentemente con lo anterior la constancia de la concentración en ningún caso implica un cierre registral pudiendo producirse transmisiones o modificaciones en las fincas afectadas.

A pesar de lo afirmado por el recurrente, debe mantenerse la aplicación de la normativa del Estado actualmente vigente sobre requisitos de inscripción de títulos de concentración parcelaria, dada la competencia exclusiva de que goza en esta materia —artículo 149.1.8.a de la Constitución—, con respeto a la competencia autonómica en los aspectos sustantivos del procedimiento, como asimismo en su ámbito temporal, vista la doctrina que ha mantenido este Centro Directivo —*vid.,* Resolución de 1 de julio de 2015, entre otras— sobre la aplicabilidad de las normas sobre requisitos de inscripción vigentes al tiempo de la presentación del título en el Registro de la Propiedad, a diferencia las normas de naturaleza material o sustantiva —cfr. disposición transitoria cuarta del Código Civil—. Mas, atendidas las normas citadas, no cabe sino revocar el primer defecto planteado por la Registradora, pues la legislación especial sobre inscripción de títulos de concentración parcelaria, es clara al limitar la calificación de los títulos resultantes de la concentración y no exigir, a diferencia de los procesos urbanísticos, la correlación entre fincas de origen y resultado, a pesar de que pueda fundarse en el mismo principio jurídico de subrogación real.

En la concentración parcelaria se produce un supuesto de subrogación real que implica el traslado íntegro de cargas y situaciones reales desde las parcelas de procedencia a las fincas de reemplazo. No obstante, la particularidad de que las inscripciones se practiquen sin referencia alguna a las parcelas de procedencia ha dado lugar de que en ocasiones se confunda con un supuesto de inmatriculación de fincas (v.g. en el artículo 204 de la LH). Fuera de los supuestos de inmatriculación contemplados en los citados artículos 203 y 205 de la LH hay que estar a las normas generales sobre correspondencia de la descripción literaria con la resultante de la representación gráfica catastral o alternativa (art. 9.b LH), más aún cuando la concentración parcelaria no es propiamente una inmatriculación.

Respecto al defecto señalado como 3 en la nota de calificación, no indicar el DNI ni domicilio de los adjudicatarios de las fincas resultantes de la concentración. Ciertamente, tales circunstancias son exigibles conforme al artículo 51.9.a) del RH, pues permiten identificar a la persona a cuyo favor se practica la inscripción, conforme al artículo 9.e) de la LH y el propio artículo 254 respecto al documento nacional de identidad —cfr. Resolución de 7 de octubre de 2013—.

Resolución de 9-5-2017
(*BOE* 29-5-2017)
Registro de la Propiedad de Zaragoza, número 3

BIENES CONSORCIALES EN ARAGÓN: EJERCICIO DE LA *ACTIO COMMUNI DIVIDUNDO* SOBRE UN BIEN GANANCIAL.

En la regulación de la comunidad de bienes en nuestro ordenamiento se establece como un derecho esencial de cada condueño el de poder pedir en cualquier momento la división de la cosa común. En este sentido recuerda la STS de 6 de marzo de 2016: «Como esta Sala ya tiene declarado, entre otras, en la STS de 15 de junio de 2012 (núm. 399/2012), este reconocimiento tan explícito de la acción de división (*actio communi dividundo*), más allá del posible disfavor con el que nuestro Código Civil acogió las situaciones de indivisión resultantes de la comunidad, se presenta como una aplicación de

uno de los principios rectores que informa la comunidad de bienes, conforme a la preferencia de la libertad individual que cada comunero conserva pese al estado de división».

La sociedad de gananciales y los equivalentes como el consorcio aragonés, constituyen un régimen económico-matrimonial de tipo comunitario, que respecto de esos bienes comunes se establece un régimen especial de gestión que implica que, como regla general, resulte necesario el consentimiento de ambos cónyuges o, en su defecto, la pertinente autorización judicial (*vid.,* arts. 1375 y sigs. del Código Civil).

El ejercicio de la acción de división, cuando alguna de las cuotas del condominio tiene carácter común, ha generado importantes dudas en la doctrina científica y en la jurisprudencia. Hay que citar la STS de 25 de febrero de 2011 que aborda un caso bastante similar al que es objeto de este recurso. Partiendo de la base de que el acto divisorio es un acto con un efecto extintivo de una situación jurídica anterior, la de la comunidad, y con un efecto modificativo del derecho de cada uno de los sujetos intervinientes, se plantea si uno de los cónyuges, en este caso el marido, puede ejercitar solo la acción de división, o bien debe actuar conjuntamente con la esposa, tal como disponen los artículos 233 y 234 del Código del Derecho Foral Aragonés, y 1377 y 1378 del Código Civil. Y responde a esta disyuntiva: «La conclusión a que se llega es que deben seguirse las reglas normales de la acción de división, es decir, que o bien actúan conjuntamente frente a los demás copropietarios, o bien debe demandarse al otro cónyuge, aquí a la esposa conjuntamente con los demás, en su cualidad de copropietaria como parte de la sociedad de gananciales». A la vista de lo expuesto parece que ha de afirmarse en primer lugar que la facultad de pedir la división y acabar con la situación de comunidad la ostentan todos los copropietarios, en tanto se trata de una nota esencial al régimen de comunidad romana o por cuotas. Y ello con independencia de que la titularidad de cada condueño tenga carácter privativo o ganancial. No obstante, en este último caso, ha de aplicarse el régimen de cogestión propio de los bienes gananciales.

Resolución de 9-5-2017
(*BOE* 29-5-2017)
Registro de la Propiedad de Badalona, número 1

RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO. PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: PREVIA INSCRIPCIÓN.

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 de la LH).

El principio de tracto sucesivo recogido en el artículo 20 de la LH determina que «en el caso de resultar inscrito aquel derecho a favor de persona distinta de la que otorgue la transmisión o gravamen, los Registradores denegarán la inscripción solicitada». Debe concluirse por tanto que la calificación de la funcionaria ha sido ajustada a Derecho.

Resolución de 9-5-2017
(*BOE* 29-5-2017)
Registro de la Propiedad de Barcelona, número 3

RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO.

Practicados los asientos ordenados por la autoridad judicial como consecuencia del ejercicio de una acción directa contra bienes hipotecados, los mismos se hallan bajo la salvaguardia judicial y no es posible, en el concreto ámbito de este expediente, revisar cómo se pretende la legalidad en la práctica de dichos asientos ni de la calificación positiva previa en que encuentran su fundamento los efectos de legitimación que dichos asientos generan.

Como ha dicho este Centro Directivo en su Resolución de 28 de julio de 2014, la calificación positiva es requisito imprescindible, insoslayable, de la inscripción, como fundamento que es, junto con la publicidad y consiguiente cognoscibilidad legal, de sus fuertes efectos defensivos y ofensivos, pero la calificación positiva no es ni se confunde con la inscripción misma, siendo así que es esta y no la calificación positiva previa la que, en paralelo a la salvaguardia judicial de la misma (art. 1, párrafo tercero, de la LH), sale del ámbito de la disponibilidad del registrador, pasando a ser intangible para el mismo.

Resolución de 10-5-2017
(*BOE* 29-5-2017)
Registro de la Propiedad de Álora

PAREJAS DE HECHO: NORMATIVA APLICABLE EN LA TRANSMISIÓN DE LA VIVIENDA HABITUAL.

Es objeto de recurso la calificación conforme a la cual constituye defecto subsanable la falta de manifestación, en la escritura pública, por la vendedora, soltera y británica, de que no se integra en alguna «civil partnership», de las contempladas en su Derecho. Centrada así la cuestión debe resolverse, para este concreto supuesto, si es necesario, que una persona extranjera que se dice soltera, sin manifestar que tiene pareja de hecho, transmite una vivienda, sita en la Comunidad Autónoma de Andalucía, que dice ser su residencia familiar, debe manifestar asimismo cuál es el régimen aplicable a la misma, a fin de verificar que no es inválido el acto de transmisión por faltar los consentimientos que pudieran ser requeridos.

No siendo posible acudir a una norma europea o convencional en búsqueda de una norma conflictual, debe acudirse al Derecho nacional, que conforme al artículo 149.1.8.a de la Constitución Española, deberá ser el estatal. Examinado este, nuevamente debe concluirse que no existe en el ordenamiento español una norma de conflicto, ni referida a una situación internacional, ni interregional, en relación a los diversos supuestos que pueden afectar a una pareja no casada, por lo que es necesario, en lo posible, acudir a otras reglas con las que pueda presentar la calificación del supuesto, mayor proximidad a fin de lograr un resultado equitativo.

Teniendo en cuenta lo anterior la única norma aplicable sería —a día de hoy— el artículo 9, párrafo primero, del Código Civil, que remite a la ley de la nacionalidad de la otorgante. Sin embargo, debe hacerse notar que la aplica-

ción de esta norma de conflicto, en relación a las relaciones patrimoniales de la pareja de hecho (si bien registradas) será sustituida, como se ha indicado, desde el 19 de enero de 2019, por el Reglamento (UE) 2016/1104, al participar España en la decisión de cooperación reforzada y ser, como todos los europeos sobre la ley aplicable, un Reglamento de aplicación universal.

Siendo indudable el carácter familiar de la unión de hecho, como calificación jurídica de la relación internacional, al amparo del artículo 12, párrafo primero, del Código Civil, que tiene por objeto la escritura calificada —una vendedora británica soltera vende ante notario español a un matrimonio británico una vivienda en España— y manifestando la vendedora en dicho documento que es su vivienda familiar, en el ámbito de las relaciones personales que eventualmente pudieran existir, es indudable la responsabilidad del transmitente por la enajenación realizada. Sin embargo, la trascendencia que ese hecho presenta conforme a su ley nacional —en el caso británico su «domicile»—, y concretamente su pertenencia o no a una «civil partnership», podría conducir a un resultado excesivo pues debería en caso afirmativo probar el cumplimiento de los requisitos que conforme a su ley personal debe cumplir la transmisión, teniendo en cuenta que en la escritura no se manifiesta tener una «civil partnership». La dificultad de esta prueba y su excesiva onerosidad es evidente.

Resolución de 10-5-2017
(*BOE* 29-5-2017)
Registro de la Propiedad de Valencia, número 3

RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL EXTRANJERO: PRUEBA.

En este caso, los comparecientes son un matrimonio formado por ruso y ucraniana que acreditan haberse casado en Ucrania y manifiestan sin que se realice prueba alguna, estar sujetos al régimen económico-matrimonial ucraniano. Sobre esta base el esposo manifiesta, con el consentimiento de la esposa, que el bien adquirido es privativo por haberse adquirido con dinero de tal carácter. Habrá de estarse a la normativa nacional integrada por el artículo 9, párrafos segundo y tercero del Código Civil y en todo caso, por los artículos 159 del RN y 36 del RH.

En consecuencia deberá probarse, con el alcance que esta Dirección General ha interpretado el artículo 36 del RH (cfr. Resoluciones citadas en el apartado «Vistos» de la presente Resolución): En primer lugar la aplicación del Derecho ucraniano a la economía conyugal; seguidamente, la existencia en dicho ordenamiento de la atribución de privatividad del bien adquirido, sin que la traducción de parte de los artículos del Código Civil ucraniano, descontextualizada y sin conocer su alcance e interpretación, sean bastantes, conforme a la citada doctrina de este Centro Directivo para su admisión como prueba del Derecho vigente. Dado que el título calificado no establece ninguno de estos elementos, debe ser confirmada la calificación de la Registradora.

Resolución de 11-5-2017
(*BOE* 29-5-2017)
Registro de la Propiedad de Lleida, número 1

RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL: MATRIMONIOS CONTRAÍDOS ANTES DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA.

Por el presente recurso se pretende la inscripción de un decreto de divorcio en el que se adjudica la mitad indivisa de una finca perteneciente, según Registro, a la sociedad conyugal aragonesa de los cónyuges que se divorcian, quienes manifiestan en el convenio de divorcio homologado hallarse casados en separación de bienes.

Tanto la registradora como el recurrente están de acuerdo en aplicar el artículo 9.2 del Código Civil en la redacción dada por el Decreto 1.836/1974, de 31 de mayo, por el que se sanciona con fuerza de Ley el texto articulado del Título Preliminar del Código Civil. La diferencia estriba en que la Registradora entiende que la inconstitucionalidad declarada por el TC en la Sentencia de 39/2002, de 14 de febrero, del inciso «por la ley nacional del marido al tiempo de la celebración» no tiene carácter retroactivo por ser un texto preconstitucional, mientras que el recurrente entiende que desde la Sentencia debe aplicarse el precepto sin el inciso de referencia. La argumentación del recurrente, basada en la Resolución este Centro Directivo de 9 de julio de 2014, no ha lugar dado que se dictó para el supuesto de un matrimonio contraído con posterioridad a la entrada en vigor de la Constitución, mientras que el caso que se resuelve, trata de un matrimonio contraído antes de la entrada en vigor de la Constitución.

La norma cuestionada (art. 9.2 del Código Civil) produjo su efecto, consistente en la determinación de conforme a qué ordenamiento, común o foral, quedaría establecido el régimen económico-matrimonial, y, fijado así el régimen económico del matrimonio por aplicación de la norma de conflicto vigente al tiempo de su celebración, la modificación de tal norma no produce la alteración del régimen económico-matrimonial que resulta aplicable. Establece la Sala Primera del TS en Sentencia de 11 de febrero de 2005 que la promulgación de la Constitución Española en esta materia, afecta a los matrimonios contraídos con posterioridad al 29 de diciembre de 1978, fecha de su entrada en vigor, por lo que es inaplicable a las relaciones económicas de los cónyuges que contrajeron matrimonio con anterioridad a esa fecha. Añade que no puede aplicarse retroactivamente la regulación normativa de los puntos de conexión que introdujo la Ley de 15 de octubre de 1990, ya que tal retroactividad afectaría al principio de seguridad jurídica. De estas conclusiones deduce la citada Sentencia que, a los matrimonios contraídos con anterioridad al Título Preliminar del Código Civil, en la redacción dada por la Ley de Bases de 1973, así como los contraídos con anterioridad a la promulgación de la Constitución Española se regirán por la última ley nacional común durante el matrimonio y, en su defecto, por la ley nacional correspondiente al marido al tiempo de su celebración (cfr. Resolución de 15 de marzo de 2017).

No se plantea por la Registradora en su nota ni por el recurrente la cuestión sobre la rectificación del Registro, pero es evidente que si en el Registro figuran los bienes inscritos a favor de dos cónyuges para su sociedad conyugal tácita aragonesa no puede mediante un acuerdo en documento privado, bien que homologado judicialmente, decidirse la rectificación del Registro sin la oportuna escritura pública o la oportuna resolución judicial del órgano competente dictada en el procedimiento correspondiente.

Resolución de 11-5-2017
(*BOE* 29-5-2017)
Registro de la Propiedad de Alcalá de Guadaíra, número 2

CALIFICACIÓN REGISTRAL: INTEGRIDAD. CONVENIO REGULADOR DE LA SEPARACIÓN Y EL DIVORCIO: EXISTENCIA DE PREVIO MATRIMONIO.

En atención a la cierta disparidad existente entre las dos notas de calificación emitidas por la Registradora debe recordarse, tal y como se establece en el artículo 18 de la LH, y así ha sido contemplado en numerosos pronunciamientos de este Centro Directivo, que la operación jurídica verificada por el Registrador debe ser única, unitaria y completa en relación al título presentado como objeto de dicha calificación, y que la emisión de un nuevo pronunciamiento fundado que impida de modo sucesivo la inscripción solicitada solo puede basarse en una presentación nueva e independiente del título a calificar o bien de una documentación complementaria que pudiera revelar los nuevos defectos alegados en calificaciones posteriores.

Los hechos que afectan a españoles, aunque hayan acaecido antes de adquirir la condición de tales, son inscribibles en el Registro Civil español (cfr. arts. 15 de la Ley sobre el Registro Civil y 66 del Reglamento del Registro Civil) siempre, claro es, que se cumplan los requisitos en cada caso exigidos. Al estar la interesada domiciliada en España, la competencia para decidir la inscripción corresponde al Registro Civil Central.

Como no puede ser de otra manera, la firmeza de la Sentencia de divorcio y aprobación del convenio regulador está sometida a lo que es presupuesto esencial para que pueda tener efecto, que no es otro que la existencia del vínculo matrimonial. En definitiva, no se cuestiona por la Registradora la decisión judicial tal y como alega la recurrente, sino el presupuesto básico de la misma, que no es otro que la existencia del matrimonio y su validez conforme al ordenamiento jurídico español, y cuya competencia esta atribuida a otro órgano de la Administración del Estado, como es el Encargado del Registro Civil Central, y conforme al procedimiento establecido (cfr. arts. 12 de la Ley sobre el Registro Civil y 255 a 259 del Reglamento del Registro Civil). Asimismo, una vez acreditada la existencia y validez del matrimonio y practicada la inscripción correspondiente se procederá a la inscripción de la sentencia judicial de divorcio en los términos con las consecuencias que se establecen el artículo 263 del Reglamento del Registro Civil.

Registro Mercantil y Bienes Muebles

por Ana M.ª DEL VALLE HERNÁNDEZ

Resolución de 16-3-2017
(*BOE* 04-4-2017)
Registro Mercantil de Madrid Nº XII

PODER. CONFERIDO A UN CARGO.

La Resolución reseña doctrina anterior en esta materia según la cual se infringe el artículo 1280.5 del Código Civil cuando la individualización del apoderado se verifica por medio de un mero documento privado como es la certificación de la entidad poderdante aun cuando las firmas estén legitimadas por Notario. Tampoco se admite un apoderamiento en favor de las personas que en el momento del otorgamiento o en el futuro ejercieran los cargos de director, subdirector, apoderado y directores generales de las sucursales de determinada entidad de crédito, completando el apoderamiento mediante certificación expedida por dicha entidad respecto del nombramiento para dichos cargos. Ni un apoderamiento conferido al cargo, sin designación nominal del apoderado, individualizado para ese acto concreto mediante la certificación del acuerdo adoptado por la comisión ejecutiva que le faculta para ello.

Por el contrario, no existe inconveniente en que el apoderamiento pueda estar comprendido en dos o más escrituras públicas, una de ellas con designación genérica y la otra con individualización personal del apoderado, ya que en este caso aparecen cumplidas las exigencias de los artículos 1219 del Código Civil y 164 y 165 del Reglamento Notarial, en cuanto que la segunda o ulteriores escrituras desarrollan o complementan la primera o anterior.

En el caso ahora contemplado, para que el poder otorgado en favor de quien ostente el cargo de presidente del Consejo de administración pueda acceder al Registro es necesario que en el mismo poder ya se especifique que deberá acreditarse el nombramiento para dicho cargo mediante la inscripción en el Registro Mercantil o mediante escritura pública, al objeto de colmar las exigencias del artículo 1280.5 del Código Civil. De forma análoga a lo que sucede con la actuación de administradores sociales designados pero con cargo aún no inscrito, cuando se ponga en ejecución el apoderamiento conferido se deberá completar la reseña identificativa del documento del apoderado: bien por referencia a la inscripción vigente de su cargo de presidente del Consejo en el Registro Mercantil o, en caso de no mediar tal inscripción, con la reseña identificativa del documento o documentos fehacientes de los que resulte la representación acreditada al Notario autorizante de la escritura que debe contener todas las circunstancias que legalmente sean procedentes para entender válidamente hecho el nombramiento de administrador por constar el acuerdo válido del órgano social competente para su nombramiento debidamente convocado y la aceptación de su nombramiento. En caso de renuncia al cargo de presidente, no tiene lugar la revocación del poder, sino que se mantiene en vigor en la persona que sustituya a la anterior y cuya identificación habrá de completarse en la forma que anteriormente se ha indicado.

Resolución de 21-3-2017
(*BOE* 6-4-2017)
Registro Mercantil de Barcelona, número XVII

PODER. SUSTITUCIÓN.

En el ámbito mercantil, en materia de apoderamientos debe estarse a las reglas que para la comisión mercantil se contienen en el Código de Comercio, entre las cuales se incluye la prohibición contenida en el artículo 261 de delegar sin previo consentimiento del comitente los encargos recibidos. En el caso analizado, se considera que el apoderado que ahora confiere poder a un tercero no estaba autorizado para sustituir determinadas facultades de las conferidas.

Resolución de 22-3-2017
(*BOE* 06-4-2017)
Registro Mercantil de Madrid, número II

ANOTACIÓN DE DEMANDA.

No puede practicarse anotación preventiva de demanda de disolución y liquidación de una sociedad de nacionalidad venezolana en el folio abierto a una sucursal en España, en base a una solicitud privada dirigida al Registro Mercantil acompañada de copia de la demanda presentada en el extranjero. Para obtener esa anotación es preciso que el órgano judicial competente acuerde esa medida cautelar y que se presente el oportuno mandamiento (arts. 155 y 241 RRM). Así resulta del artículo 58 de la Ley 29/2015, de 30 julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, sin perjuicio de las especiales obligaciones que para el Registrador puedan derivar, en su caso, de la aplicación de los artículos 59 y 61 de la misma Ley.

Resolución de 23-3-2017
(*BOE* 7-4-2017)
Registro Mercantil de Madrid XII

PODER. INTERPRETACIÓN.

Se trata de una escritura de fecha 25 de octubre de 2016, por la que se confiere un poder «por plazo de dos años a contar desde el día de hoy, es decir hasta el 26 de octubre de 2018». Según interpretación del TS del artículo 5.1 del Código Civil, la expresión «de fecha a fecha» no puede tener otro significado que el de entender que el plazo vence el día cuyo ordinal coincida con el que sirvió de punto de partida. Por ello, la fecha de vencimiento («*dies ad quem*») ha de ser la del día correlativo mensual al de la fecha inicial («*dies a quo*»), en este caso, el 25 de octubre de 2018. Pero el poder debe interpretarse atendiendo no solo al sentido literal de las expresiones, sino también a la necesidad de entenderse en el sentido más adecuado para que produzca efecto (arts. 1281 y 1284 del Código Civil). Y es evidente la intención del poderdante al fijar el día exacto de vencimiento del plazo, sin que ello suponga una contradicción patente e insalvable con el hecho de que se exprese que el plazo es de dos años.

Resolución de 24-3-2017
(*BOE* 7-4-2017)
Registro Mercantil de Navarra

JUNTA. CONVOCATORIA. DERECHO DE INFORMACIÓN.

El derecho de información ha sido configurado por la jurisprudencia como un derecho esencial, imperativo e irrenunciable, instrumental respecto del derecho de voto, pero autónomo por cuanto corresponde al socio incluso si no tiene intención de acudir a la junta y votar. De ahí la necesidad de extremar el rigor en su defensa, hasta el punto de que se ha afirmado reiteradamente que, en caso de duda, procede actuar en su salvaguarda rechazando la inscripción. Pero esta rigurosa doctrina ha sido mitigada en ocasiones al afirmarse que, debido a los efectos devastadores de la nulidad, los defectos meramente formales pueden salvarse siempre que, por su escasa relevancia, no comprometan los derechos individuales del socio. La resolución hace referencia a otras en las que así se entendió. Esta doctrina ha recibido el respaldo legal en la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, modificadora de la LSC al establecer (art. 204.3) que no procede la impugnación de acuerdos sociales por «la infracción de requisitos meramente procedimentales establecidos por la Ley, los estatutos o los reglamentos de la Junta y del Consejo, para la convocatoria…» salvo que se refieran a la «forma y plazo».

Hay que analizar las circunstancias de cada caso. Pero en el supuesto ahora contemplado, la ausencia total y absoluta de la puesta a disposición de los socios del informe del auditor nombrado a solicitud de la minoría, aunque sea por no estar aún elaborado en el momento de celebración de la Junta implica una contravención frontal del artículo 272 de la LSC. No es admisible el argumento del alto porcentaje de presencia y votación en la Junta, pues eso llevaría a la conclusión de que, en sociedades con mayorías cualificadas estables, los requisitos de protección de las minorías podrían ser sistemáticamente soslayados.

Resolución de 27-3-2017
(*BOE* 07-4-2017)
Registro Mercantil de Asturias I

CIERRE REGISTRAL. BAJA EN EL ÍNDICE DE ENTIDADES DE HACIENDA.

La regulación actual se contiene en el artículo 119.2 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto de Sociedades con un contenido idéntico al de su precedente y se completa con el artículo 96 RRM. Vigente la nota marginal de cierre por baja provisional en el Índice de Entidades, no se puede practicar ningún asiento en la hoja abierta a la sociedad afectada, salvo los asientos ordenados por la autoridad judicial y la certificación de alta en dicho Índice. Por tanto, este cierre impide la inscripción de la disolución y la liquidación. Las consecuencias de este cierre difieren de las que se producen en el caso de cierre por falta de depósito de cuentas (arts. 282 LSC y 378 RRM) en el que se admite como excepción también la inscripción de la disolución y el nombramiento de liquidadores.

Resolución de 28-3-2017
(*BOE* 07-4-2017)
Registro Mercantil de Vizcaya II

PRENDA. LICENCIA DE FARMACIA.

La reforma de la LH Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento efectuada por Ley 41/2007, de 7 de noviembre permite la pignoración de derechos que corresponden a los titulares de licencias, contratos, autorizaciones o subvenciones, que nacen de una relación jurídica de Derecho público, en la medida en que sean enajenables. Cabe, por tanto, la pignoración de una licencia de farmacia (en rigor de los derechos de explotación derivados de la licencia) siempre que se acredite su titularidad y sea transmisible, así como su inscripción en el RBM pues, ante la falta de ostentación de la posesión por el titular, la publicidad de la prenda es no solo posible, sino conveniente y podría decirse que cuasi constitutiva.

La ley estatal 16/1997, de 25 de abril, de Regulación de Servicios de las Oficinas de Farmacia atribuye a las Comunidades Autónomas, la regulación de las autorizaciones de apertura y de transmisión de oficina de farmacia. (arts. 3 y 4.2).

En el supuesto analizado, se trata de determinar si la autorización de funcionamiento de oficina de farmacia concedida en el ámbito de la Comunidad Autónoma del País Vasco puede constituir el objeto de una prenda sin desplazamiento posesorio o si, por el contrario, por carecer de autonomía jurídica solo puede ser objeto, como extensión del derecho, de hipoteca sobre establecimiento mercantil de oficina de farmacia.

El régimen jurídico del País Vasco no confunde la titularidad de la oficina de farmacia con la del local en el que se desarrolla. Distingue una autorización provisional de transmisión y una autorización de funcionamiento, que es la que habilita para la explotación de la oficina de farmacia. Esta última no se concede si quien ostenta autorización para ser transmisario no llega a alcanzar la propiedad de la oficina de farmacia. De ello no cabe deducir que la licencia de explotación de farmacia no pueda ser objeto de tráfico jurídico autónomo sin perjuicio, en su caso, de las peculiaridades que, para la selección del transmisario en caso de transmisión a título oneroso, se derivan de la regulación o de las consecuencias que puedan producirse si, al tiempo de la transmisión de la autorización no se es titular de una oficina de farmacia.

Siendo un principio general de nuestro ordenamiento el de la libre transmisibilidad de los derechos (art. 1112 del Código Civil), solo cuando de la regulación sectorial resulte con absoluta claridad su intransmisibilidad podrá considerarse excepcionado.

Resolución de 29-3-2017
(*BOE* 7-4-2017)
Registro Mercantil de Málaga

ACUERDOS SOCIALES. MAYORÍAS.

No cabe depositar las cuentas anuales de una sociedad limitada, aprobadas por unanimidad en Junta general, en la cual se hallaba presente únicamente un socio titular del 10% de su capital social, habiendo sido debidamente convocado

el otro socio titular del 90% restante sin que compareciera. (art. 198 LSC). Esta conclusión no se ve afectada por la situación fáctica en que pueda encontrarse la sociedad por el juego de las mayorías según los socios que en cada momento sean titulares del capital social, y que pueda conducir a la imposibilidad de adoptar acuerdos. Sin perjuicio de que dicha situación de bloqueo esté configurada legislativamente como causa de disolución (art. 363 LSC).

Resolución de 30-3-2017
(*BOE* 14-4-2017)
Registro Mercantil de Cantabria

AUDITORES. INFORME. OPINIÓN DENEGADA.

Es competencia del Registrador Mercantil determinar el valor del informe del auditor a los efectos de practicar operaciones en el Registro Mercantil, analizando si con el mismo se cumple o no con la finalidad prevista por la legislación de sociedades y se respetan debidamente los derechos del socio cuando se ha instado su realización. Se pueden expresar cuatro tipos de opiniones técnicas: favorable, con salvedades, desfavorable y denegada.

No hay cuestión cuando el informe contiene una opinión favorable o favorable con salvedades, pues ambos supuestos implican la afirmación del auditor de que el informe que suscribe conlleva que las cuentas analizadas expresan la imagen fiel del patrimonio social, de su situación financiera y, en su caso, del resultado de las operaciones y de los flujos de efectivo (arts. 3.1.c la Ley de Auditoría y 6.1 de su Reglamento). Tampoco es problemática la evaluación del supuesto de informe con opinión desfavorable, pues conlleva la afirmación de que las cuentas no expresan la imagen fiel del patrimonio social.

En el informe con reservas de las que resulte una opinión denegada, supuesto al que se asimila aquel en que el auditor se abstiene de emitir opinión, no puede equipararse la opinión denegada a la desfavorable.

El informe del auditor es una opinión cualificada sobre el grado de fiabilidad de los documentos auditados y puede servir a los socios para la adopción del acuerdo relativo a las cuentas o su impugnación y a los tribunales para resolver sobre la misma, pero no tiene el valor de una resolución judicial firme e inapelable siendo perfectamente posible que otro auditor tenga una opinión técnica distinta.

Esta resolución hace referencia a otras anteriores que han tratado del tema, de todas las cuales se deriva que el Registrador debe analizar el informe del auditor y especialmente las reservas formuladas, por si de las mismas se deriva que pueda quedar frustrado el interés de los socios o de terceros. En el caso contemplado (no haber podido asistir al recuento de existencias; el concurso de otra sociedad con la que la auditada mantiene importantes relaciones; valoración de créditos debidamente asegurados; valoración de la participación que la sociedad tiene en otra empresa) se concluye que procede el depósito, pues las limitaciones señaladas se refieren a cuestiones ajenas al comportamiento de la sociedad y no implican que la sociedad haya incumplido su deber de colaborar con el auditor.

Resolución de 31-3-2017
(*BOE* 14-4-2017)
Registro Mercantil de Sevilla

RECURSO. OBJETO. NO CABE INSTAR RECURSO FRENTE A LA CALIFICACIÓN POSITIVA DEL REGISTRADOR POR LA QUE SE EXTIENDE EL CORRESPONDIENTE ASIENTO.

El recurso contra la calificación registral es el cauce legalmente arbitrado para impugnar la negativa de los Registradores a practicar, en todo o parte, el asiento y tiene por objeto, exclusivamente, determinar si la calificación negativa es o no ajustada a Derecho. No puede tener por objeto la determinación de la validez o nulidad del título ya inscrito, ni de la procedencia o improcedencia de la práctica, ya efectuada, de los asientos registrales, cualquiera que sea la clase de este; ni siquiera cuando lo que se ha practicado es una cancelación; cuestiones todas ellas reservadas al conocimiento de los tribunales.

Resolución de 3-4-2017
(*BOE* 19-4-2017)
Registro Mercantil de Valencia

ACUERDOS SOCIALES. CONTRADICCIÓN. DECLARACIONES DEL PRESIDENTE DE LA JUNTA.

Aunque el presidente es quien debe declarar válidamente constituida la misma, determinando qué socios asisten presentes o representados y cuál es su participación en el capital social, así como proclamar el resultado de las votaciones de forma que las manifestaciones u observaciones de los asistentes recogidas en la propia acta no pueden tener a efectos registrales el mismo valor que aquellas, el Registrador no queda vinculado por la actuación del presidente cuando la declaración de este resulta contradicha por la documentación aportada y los asientos del Registro Mercantil. Pero la mera oposición de un socio a las declaraciones que lleva a cabo la mesa sobre la constitución del capital social no constituye causa suficiente para denegar la inscripción, sin perjuicio de las acciones que le correspondan en defensa de su posición jurídica mediante la correspondiente acción de impugnación de los acuerdos por defecto de constitución de la Junta.

Resolución de 5-4-2017
(*BOE* 19-4-2017)
Registro Mercantil de Burgos

DISOLUCIÓN. DE PLENO DERECHO. REACTIVACIÓN.

Se presenta escritura de cese y nombramiento de administradores en relación a una sociedad en cuyo objeto social se contienen actividades que, a juicio del Registrador, deben entenderse incluidos en la esfera de la ley de Sociedades Profesionales. Al haber transcurrido el plazo legal para su adaptación a dicha ley, hace constar en la hoja social su disolución y deniega la inscripción del apoderamiento.

La Dirección General ya ha dictado resoluciones en supuestos similares.

La solicitud del recurrente de que se revoque la decisión del Registrador haciendo constar la disolución de pleno derecho, señala que no cabe en vía de recurso decidir sobre el asiento de cancelación ya realizado que está bajo la salvaguarda de los tribunales. El interesado puede acudir a los procedimientos de rectificación y, en su caso al juicio ordinario correspondiente.

Disuelta de pleno derecho la sociedad y cerrada su hoja como consecuencia de la aplicación directa de la previsión legal de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, no procede la inscripción pretendida prescindiendo de dicha situación.

Cuando la sociedad está disuelta *ipso iure* por causa legal o por haber llegado el término fijado en los estatutos ya no cabe un acuerdo social sino que lo procedente, si se desea continuar con la empresa, es la prestación de un nuevo consentimiento contractual por los socios que entonces ostenten dicha condición.

El artículo 370 de la Ley de Sociedades de Capital lejos de imponer una liquidación forzosa contra la voluntad de los socios, se limita a delimitar el supuesto de reactivación ordinaria, al que basta un acuerdo social, de este otro que exige un consentimiento contractual.

Resolución de 17-4-2107
(*BOE* 28-4-2017)
Registro Mercantil de Zamora

CUENTAS ANUALES. CIERRE. RECTIFICACIÓN DE ACUERDO DE APROBACIÓN.

Se trata de un supuesto en que las cuentas correspondientes a un ejercicio fueron calificadas negativamente, calificación que fue confirmada por Resolución de la Dirección General. Ahora se solicita la reapertura del folio registral en base al artículo 378.5 del RRM certificando el administrador que el acuerdo inicial de aprobación de las cuentas anuales ha sido dejado sin efecto por otro posterior. La única forma de conseguir la reapertura es conforme a lo regulado por el artículo 378.7 RRM, que señala que el cierre del Registro persistirá hasta que se practique el depósito de las cuentas pendientes o se acredite, en cualquier momento, la falta de aprobación de estas en la forma prevista en el apartado 5. No estamos ante el supuesto de sociedad cuyas cuentas anuales no han sido aprobadas.

Es indudable que la sociedad puede rectificar, desistir, arrepentirse o renunciar a un acuerdo que previamente haya adoptado, pero siempre con pleno respeto a las normas del ordenamiento jurídico y con efectos *ex nunc,* pues no puede pretenderse dejar sin efecto aquellos ya producidos. El acuerdo revocatorio de otro anterior no puede perjudicar ni alterar situaciones jurídicas con proyección sobre intereses de terceros. La situación de cierre provocada por la falta de depósito de las cuentas aprobadas no puede alterarse por la mera revocación del acuerdo anterior, puesto que en tal caso la persistencia de la sanción impuesta a la sociedad incumplidora dependería de su exclusiva voluntad y no del cumplimiento de la previsión que para su levantamiento establece el ordenamiento jurídico y que no es otra que el correspondiente depósito de las cuentas del ejercicio cuya ausencia provocó el cierre.

Resolución de 18-4-2017
(*BOE* 28-4-2017)
Registro Mercantil de La Coruña

CONSTITUCIÓN. RECTIFICACIÓN.

Inscrita la sociedad con una determinada cifra de capital, las alteraciones, al alza o a la baja, cualquiera que sea la causa, solo pueden hacerse valer frente a terceros cuando exista el correspondiente acuerdo social adoptado con los requisitos previstos en la Ley para el aumento o reducción de capital social, según el caso.

La legislación vigente no contempla la rectificación de la cifra de capital social fijada en los estatutos inscritos por causa de la revisión de las valoraciones efectuadas de las aportaciones no dinerarias.

Desde el punto de vista contable, si como consecuencia de una revisión posterior el valor razonable de las aportaciones resulta inferior al que se estableció, el saldo de la rectificación en la valoración será imputado al neto, mediante el apunte compensatorio en una cuenta de reservas que se carga o abona según proceda y de acuerdo con el sentido de la revisión al alza o a la baja de los valores.

Desde una perspectiva societaria, existe una situación irregular en que el capital social no está totalmente desembolsado. Sin perjuicio de la posibilidad de realizar nuevas aportaciones dinerarias o no dinerarias para cubrir el déficit y sin perjuicio, también y en todo caso, de la aplicación del régimen de responsabilidad solidaria por la realidad de las aportaciones *ex* artículo 77 de la Ley de Sociedades de Capital; la sociedad no puede rebajar la cifra de capital social inscrito en perjuicio de terceros sin respetar requisitos previstos en la Ley para la reducción del capital: ya sea una reducción por pérdidas *ex* artículos 320 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital (entre ellas, las que se afloran en esa «reserva negativa» derivada de la subsanación de errores; el auditor verifica el balance que sirve de base a la reducción *ex* art. 323 de la Ley de Sociedades de Capital); ya sea una reducción por restitución de aportaciones *ex* artículos 329 a 331 de la Ley de Sociedades de Capital (el socio aportante responde de la diferencia como si se tratara de una devolución) o por amortización acordada de las consiguientes participaciones y con dotación de la reserva de capital amortizado *ex* artículos 140.1.b y 141.1 de la Ley de Sociedades de Capital.

Resolución de 19-4-2017
(*BOE* 11-5-2017)
Registro Mercantil de Madrid XI

PODER. INSCRIPCIÓN. REVOCACIÓN. TRACTO SUCESIVO.

No puede inscribirse un acto otorgado por un apoderado —en este caso la revocación de un poder inscrito— sin que previamente conste inscrito el poder que le habilita para ello.

En un Registro de personas como el Mercantil algunos principios como el de tracto sucesivo ha de interpretarse restrictivamente, pero no puede prescindirse del mismo. Este principio preserva la coherencia del Registro Mercantil, que es una consecuencia inmediata del principio de legitimación registral y se articula en tres niveles:

1. No puede practicarse una inscripción relativa a un sujeto inscribible sin que este no esté previamente inscrito.
2. No puede inscribirse la modificación o cancelación si este no figura previamente inscrito.
3. Es necesaria la previa inscripción del administrador o apoderado para poder inscribir actos otorgados por los mismos.

Resolución de 20-4-2017
(*BOE* 12-5-2017)
Registro Mercantil de Madrid III

PODER. INSCRIPCIÓN. REVOCACIÓN. TRACTO SUCESIVO.

No puede inscribirse un acto otorgado por un apoderado —en este caso la revocación de un poder inscrito— sin que previamente conste inscrito el poder que le habilita para ello.

En un registro de personas como el Mercantil algunos principios como el de tracto sucesivo han de interpretarse restrictivamente, pero no puede prescindirse del mismo. Este principio preserva la coherencia del Registro Mercantil, que es una consecuencia inmediata del principio de legitimación registral y se articula en tres niveles:

1. No puede practicarse una inscripción relativa a un sujeto inscribible sin que este no esté previamente inscrito.
2. No puede inscribirse la modificación o cancelación si este no figura previamente inscrito.
3. Es necesaria la previa inscripción del administrador o apoderado para poder inscribir actos otorgados por los mismos.

Resolución de 24-4-2017
(*BOE* 16-5-2017)
Registro Mercantil de Alicante IV

OBJETO SOCIAL. SOCIEDAD PROFESIONAL.

Se discute si las actividades de «entrenamiento personal, gimnasio de rehabilitación y gestión de instalaciones deportivas» incluidas en el objeto social suponen que la sociedad en cuestión debe constituirse como profesional o especificar que tales actividades se realizarán en concepto de mediación o intermediación.

Las actividades que pueden constituir el objeto de las sociedades profesionales se acotan por la exigencia de que para su ejercicio se requiera titulación universitaria oficial. Pero no existe ley que precise cuáles son esas actividades (a pesar de la exigencia establecida por la DT 4.ª de la Ley 25/2009). Y a veces, para ello, es insuficiente la normativa al respecto, e incluso el examen de listados como el contenido en el Anexo VIII del Real Decreto 1.837/2008, o la base de datos de profesiones reguladas publicada por la Comisión Europea. A pesar de que, en este caso, los Estatutos del correspondiente Colegio de la Comunidad Valenciana exigen ambos requisitos de titulación y colegiación para el ejercicio de las actividades discutidas, la competencia para reservar el ejercicio de una

actividad a profesionales colegiados es exclusiva del Estado y las normas que limitan los derechos de libre empresa y competencia deben interpretarse restrictivamente. Concluye la Resolución tales actividades no están atribuidas en exclusiva a licenciados en Educación Física y Ciencias de la Actividad Física y del Deporte, por lo que no puede exigirse que cumplan las determinaciones de la Ley de Sociedades Profesionales.

Resolución de 25-4-2017
(*BOE* 16-5-2017)
Registro Mercantil de Palma de Mallorca I

ESTATUTOS. CLÁUSULAS.

No cabe aportar «el derecho por las obras de instalación realizadas en las fincas… propiedad de …», puesto que no se especifica debidamente en qué consisten esos derechos y, en ningún caso puede aportarse el trabajo o los servicios.

No es admisible la cláusula disponiendo que la sociedad comienza sus operaciones el día del otorgamiento de la escritura de constitución «salvo que en ella se disponga otra cosa» pues son precisamente los estatutos los que deben señalar una fecha de inicio diferente a la de la escritura.

A pesar de que el artículo 182 LSC se refiere únicamente a la SA, cabe la previsión de la asistencia y votación telemática de los socios en Junta general, siempre que se garantice la identidad del sujeto, expresándose en la convocatoria los plazos y formas del ejercicio de los derechos de aquellos (Ver Resolución de 19 de diciembre de 2012). En este caso lo que se discute si se pueden aceptar esos medios de asistencia y voto aun sin legitimación de firma ni firma electrónica. La Dirección considera excesivo vedar a los fundadores la posibilidad de regularlos de una forma basada en la libre actuación de la Junta ante una situación futura, prefijando de forma inexorable cómo debe realizarse. Sobre todo si, como se ha hecho, se establece la prevención de que el voto debe recibirse por la sociedad al menos 24 horas antes de la de comienzo de la junta.

No existe obstáculo en establecer que la opción por uno de los diferentes modos de organizar la administración previstos se haga en el momento de la escritura de constitución o por acuerdo posterior de la Junta.

Resolución de 26-4-2017
(*BOE* 16-5-2017)
Registro Mercantil de Palma de Mallorca I

ESTATUTOS. CLÁUSULAS.

A pesar de que el artículo 182 LSC se refiere únicamente a la SA, cabe la previsión de la asistencia y votación telemática de los socios en Junta general, siempre que se garantice la identidad del sujeto, expresándose en la convocatoria los plazos y formas del ejercicio de los derechos de aquellos (Ver Resolución de 19 de diciembre de 2012). En este caso lo que se discute si se pueden aceptar esos medios de asistencia y voto aun sin legitimación de firma ni firma electrónica. La Dirección considera excesivo vedar a los fundadores la posibilidad de regularlos de una forma basada en la libre actuación de la junta ante una situación futura,

prefijando de forma inexorable cómo debe realizarse. Sobre todo si, como se ha hecho, se establece la prevención de que el voto debe recibirse por la sociedad al menos 24 horas antes de la de comienzo de la Junta.

No existe obstáculo en establecer que la opción por uno de los diferentes modos de organizar la administración previstos se haga en el momento de la escritura de constitución o por acuerdo posterior de la Junta.

Resolución de 27-4-2017
(*BOE* 16-5-2017)
Registro de Bienes Muebles de Zaragoza II

INMATRICULACIÓN DE VEHÍCULO. INTERCONEXIÓN CON EL REGISTRO ADMINISTRATIVO DE VEHÍCULOS.

Destaca esta Resolución el carácter del Registro de Bienes Muebles como un registro jurídico de titularidades y no solo de gravámenes, por lo que se aplican los principios de tracto sucesivo, legalidad y legitimación registral.

Este Registro está interconectado informáticamente con el Registro Administrativo de Vehículos de la Dirección General de Tráfico para realizar consultas y actualizaciones, con el objeto de evitar dobles inmatriculaciones y la constitución de cargas sobre bienes no pertenecientes al demandado. Pero este sistema de consulta no constituye una herramienta de coordinación de titularidades y agota sus efectos en la transmisión recíproca de información.

La consulta del Registrador Mercantil al Registro de Tráfico le permite fundamentar su decisión de no inmatricular el vehículo o inscribir la carga contra el mismo si la persona que transmite o contra la que se dirige el procedimiento no coincide con quien figura en dicho Registro como titular. Para poder inscribir será necesario rectificar la base de datos de Tráfico.

Indica la Resolución también el procedimiento a seguir en los casos de interrupción del tracto y que la presunción de titularidad que produce el Registro de Bienes Muebles es «*iuris tantum*» y puede desvirtuarse por dicho procedimiento.

Y concluye que procede la inscripción de un contrato de compraventa con precio aplazado entre particulares en modelo aprobado por la Dirección General cuando de la consulta al Registro de Tráfico resulta que el bien consta inscrito como del vendedor, no del comprador. La discordancia que ello producirá entre ambos registros permanecerá hasta que en el administrativo se haga constar la transmisión realizada a instancia del transmitente, del adquirente o de ambos, pero no es obligatorio que el cambio de titularidad se realice previamente a la inscripción en el Registro de Bienes Muebles.

Resolución de 3-5-2017
(*BOE* 22-5-2017)
Registro Mercantil de Burgos

LIQUIDACIÓN. DESCRIPCIÓN DE BIENES ADJUDICADOS EN PAGO DE CUOTA DE LIQUIDACIÓN.

Tanto en la escritura de extinción de la sociedad como en la inscripción de esta debe constar el valor de la cuota de liquidación que hubiere correspondido

a cada uno de los socios así como la identidad de estos como medida de tutela de los acreedores sociales. Si se les adjudican en pago de esas cuotas bienes registrables deberán describirse con expresión de sus datos registrales; si se trata de bienes no fungibles será bastante una descripción somera pero suficiente; y, tratándose de bienes no fungibles, que no sean de perfecta identificación, cabe su descripción genérica.

No es aceptable que los socios puedan, en perjuicio de acreedores, devaluar a su arbitrio el mecanismo de responsabilidad legal y solidaria por deudas sociales por el sencillo procedimiento de rebajar artificialmente el valor asignado de común acuerdo al bien en cuestión. Por ello, a los acreedores no les es indiferente conocer con exactitud cuáles son los bienes restituidos como cuota de liquidación, cuyo valor es el módulo que determina la responsabilidad de los antiguos socios, y no solo el valor asignado a dichos bienes por los mismos socios, que puede o no coincidir con su valor razonable.

En este caso «inmovilizado material» por importe de 2.167,08 euros y por «inversiones financieras a corto» es insuficiente, excesivamente genérica —«inmovilizado material» e «inversiones financieras a corto»—, pues carece de una mínima concreción que cumpla con los requisitos establecidos en el artículo 247.3 del RRM, en relación con lo dispuesto en el artículo 399.1 de la Ley de Sociedades de Capital.

En el caso de liquidación de la sociedad limitada los liquidadores y los socios deben asignar un valor al bien adjudicado, pero ese valor no tiene por qué coincidir —y a veces no coincide en la práctica por muchas razones— con su valor real o «razonable» estimado en ese mismo momento de la adjudicación.

Resolución de 4-5-2017
(*BOE* 22-5-2017)
Registro Mercantil de Málaga II

TRASLADO DE DOMICILIO. DEPÓSITO DE CUENTAS.

No cabe depositar las cuentas anuales de una sociedad limitada en el Registro Mercantil de una determinada provincia, habiendo cierre registral en dicho Registro, por consecuencia del cambio de domicilio social a otra provincia distinta, debiendo ser presentadas en el Registro de destino.

No obstante, la Resolución añade que ello es así aunque las cuentas habían sido presentadas y calificadas en el Registro de origen con anterioridad a la expedición de la certificación y extensión de la diligencia de cierre del Registro, dado que el asiento de presentación inicial se hallaba caducado al presentarse de nuevo las cuentas y por tanto se practicó de un nuevo asiento de presentación que no goza de la prioridad del primero.

Resolución de 8-5-2017
(*BOE* 29-5-2017)
Registro de Bienes Muebles de Valladolid

CALIFICACIÓN. NOTIFICACIÓN. CANCELACIÓN.

Legitimación de firmas. Es válida la notificación de la calificación practicada por vía telemática si el interesado lo ha manifestado así al presentar el título,

puesto que el presentante particular, a diferencia del notario presentante, no está obligado a recibir notificaciones electrónicas. En caso contemplado, la sociedad presentante está obligada a relacionarse electrónicamente con la Administración, lo que la obliga a recibir notificaciones en formato electrónico, pero debe quedar constancia de la recepción o acceso por el interesado o su representante, de sus fechas y horas, del contenido íntegro y de la identidad fidedigna del remitente y destinatario.

Conforme a la RDGRN de 23 de febrero de 2000 se aprobaron modelos de contratos en los que no se consideró necesario exigir la legitimación de la firma de los otorgantes, trasladando a la entidad de financiación la responsabilidad de identificar debidamente a la otra parte contratante. Como excepción, se exigió legitimación de firmas ante notario o ante el registrador en los casos en que no intervenía entidad de financiación y en los de cancelación de reserva de dominio y prohibición de disponer. Las Resoluciones de 24 de marzo de 2000, 23 de septiembre de 2001, 13 de septiembre de 2011 y 22 de abril de 2004 también suprimen la exigencia si el documento es de origen notarial o se trata de modelos específicos de cancelación de titularidades.

Finalmente, la Resolución de 21 de febrero de 2017, aprueba nuevos modelos generales de contratos exigiendo solo legitimación de firmas para los modelos A-V.1 (contrato de compraventa de bienes muebles), C-3 (cancelación de contrato de compraventa a plazos), y C-4 (cancelación de contrato de financiación a comprador). Para el resto de modelos de contrato y con carácter expreso, se afirma la innecesaridad de la legitimación de firmas. Por lo tanto, se limita tal exigencia a los supuestos de compraventa no financiera y cancelación de titularidades inscritas de reservas de dominio y prohibición de disponer.

Resolución de 10-5-2017
(*BOE* 29-5-2017)
Registro Mercantil de Madrid XVIII

REDUCCIÓN DE CAPITAL. DEVOLUCIÓN DE APORTACIONES EN SL.

En caso de reducción de capital con restitución de aportaciones, para proteger a los acreedores del riesgo que supone la disminución de la cifra del capital vinculado, se impone una responsabilidad temporal y solidaria de los socios hasta el importe de las cantidades percibidas por las devoluciones, por lo que debe identificarse a dichos socios y concretar tales cantidades.

Esa responsabilidad cede en caso de que exista una previsión estatutaria de derecho de oposición de los acreedores sociales (art. 333 LSC) o si, al acordarse la reducción, se dota una reserva con cargo a beneficios o reservas libres, indisponible conforme al artículo 332 LSC, por un importe equivalente al valor nominal de las participaciones amortizadas, en cuyo caso no es necesario identificar a los socios beneficiados por la restitución.

Si se ha identificado a los socios sin indicar que se ha dotado la reserva especial, debe presuponerse que rige el sistema legal supletorio y debe practicarse la inscripción. Pero el Registrador debe dejar claro en el asiento y en la nota de despacho que lo que inscribe es una reducción de capital con devolución de aportaciones y responsabilidad de los socios.

Resolución de 11-5-2017
(*BOE* 29-5-2017)
Registro Mercantil de Madrid VIII

REDUCCIÓN DE CAPITAL. AMORTIZACIÓN DE ACCIONES.

Salvo en los supuestos de adquisición a título oneroso de acciones propias parcialmente desembolsadas o a título oneroso o gratuito de acciones que lleven aparejadas prestaciones accesorias, que el artículo 146.4 LSC sanciona con la nulidad del negocio, el resto de adquisiciones, incluso las realizadas con contravención de normas, son válidas, quedando tales acciones incorporadas al patrimonio de la sociedad. Existe una titularidad provisional hasta su enajenación o, en última instancia, su amortización, medidas cuya falta de adopción, en su caso, pueden ser suplidas por el Letrado de la Administración de Justicia o el Registrador (arts. 139.3, 145.2 y 147 LSC).

La reducción de capital mediante amortización de acciones adquiridas por la sociedad puede efectuarse por dos vías:

— Partiendo del acuerdo de reducción y, una vez adoptado y en ejecución del mismo, adquiriendo las acciones a amortizar. En este caso hay que cumplir las reglas generales sobre reducción de capital y además las que establecen los artículos 338 a 340 LSC para salvaguardar el principio de igualdad de trato entre todos los accionistas.

— O adquiriendo previamente las acciones y acordando luego la reducción mediante su amortización. En este supuesto se aplican también las reglas generales de la reducción y además solo se requiere la existencia previa de autocartera.

La reducción que instrumenta la amortización puede comportar devolución de aportaciones —en cuyo caso existe derecho de oposición de los acreedores (art. 334 LSC)— o sin que comporte devolución con cargo a beneficios o reservas libres —sin necesidad entonces de garantizar derecho de oposición (art. 335.b LSC)—. Es por ello imprescindible que, tanto del acuerdo social como del propio anuncio del acuerdo, resulte con claridad si comporta o no devolución y derecho de oposición.

El supuesto analizado responde a la segunda vía expuesta. En este caso el control registral solo puede extenderse al proceso final, a la validez del acuerdo en sí, sin que pueda extenderse al proceso previo de formación de la autocartera. Aunque la adquisición se hiciera con infracción legal procedería en todo caso la amortización de las acciones como alternativa a su enajenación y como mecanismo para regularizar la situación. Queda a salvo el derecho del accionista que se crea perjudicado por aquellos negocios previos a ejercer la acción de responsabilidad frente a los administradores (art. 236 LSC).

Resoluciones publicadas en el DOGC

por María TENZA LLORENTE

Resolución núm. 952/2017 de 26-4-2017
(*DOGC* de 10-5-2017)
Registro de la Propiedad de Barcelona, número 11

CANCELACIÓN DE CENSOS. DISPOSICIÓN TRANSITORIA 13 DEL LIBRO V.

Como breve resumen de la normativa existente en materia de división de censos, frente a la tradición legislativa catalana, que partía de la indivisibilidad de los censos, el artículo 3 de la Ley de inscripción, división y redención de censos de 31 de diciembre de 1945 impuso la necesidad de dividir los censos en el plazo de cinco años a contar desde su entrada en vigor, en virtud de escritura pública. Por su parte, la Ley de 26 de diciembre de 1957 modificó la Ley de 1945 para establecer un procedimiento extrajudicial con la finalidad de efectuar la división, para el cual no establecía ningún plazo, facultaba al censalista para su otorgamiento unilateral y al censatario la impugnación de aquella en el plazo de dos años desde la inscripción ante el Tribunal Arbitral de Censos, plazo durante el cual la división no surtía efecto respecto de terceros. A partir de uno de enero de 1961, quedaban en suspenso los derechos de los censalistas que no hubieren efectuado la división, los cuales podían ser cancelados por el Tribunal Arbitral de Censos a instancia del censatario. No obstante, el censalista podría inscribirlos de nuevo después de dicha fecha, sin perjuicio de los derechos de terceros. La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 28 de abril de 2003 entendió que no procedía dividir un censo sin pensión por su configuración jurídica.

Posteriormente, la Disposición Transitoria Primera de la Ley 6/1990, de 16 de marzo determinaba que, transcurridos tres años a partir de la entrada en vigor de la Ley (es decir, hasta el 17 de abril de 1993), todos los censos, fuera de la clase que fueran, que afectando a diversas fincas no hubieran sido objeto de división entre ellas quedarían extinguidos y podrían ser cancelados a petición del censatario según las disposiciones de la legislación hipotecaria, regulando su procedimiento. El TSJ de Cataluña en algunos de los autos que resolvían recursos gubernativos entendió que no permitían la cancelación automática y exigía la tramitación de un expediente de liberación de cargas para hacerla efectiva, a diferencia de la postura sostenida al interpretar la Disposición Transitoria Tercera. La SAP de Barcelona (Sección 17.ª) de fecha 19 de enero de 2000 declaró extinguido un censo que, afectando a diversas fincas, no había sido objeto de división en los términos prescritos por esta Disposición Transitoria en una finca que constaba segregada desde 1930. Posteriormente, la Disposición Transitoria Decimotercera Dos del Libro V, cancelación de los censos no divididos constituidos con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 6/1990, de 16 de marzo, si la escritura de división no se inscribía antes del 1 de julio de 2007, sobre cuya aplicabilidad se pronuncia esta Resolución.

La Direcció General de Dret i Entitats Jurídiques ha tenido ocasión de pronunciarse en sendas Resoluciones. Así, en la primera de ellas, dictada el 24 de noviembre de 2006, se resuelve el supuesto de hecho motivado por la división en propiedad horizontal de fincas gravadas con censo cuya vigencia había quedado

acreditada en la finca matriz, siguiendo la doctrina sentada por el Auto de 27 de julio de 1993 del TSJ. En ella se analiza la distinción entre los casos de división material de la finca, en cuyo supuesto era imperativa la división, y los casos de constitución de la única finca en régimen de propiedad horizontal, hipótesis en que la pensión se distribuía por imperativo de la ley entre los elementos privativos que conforman la comunidad. Esta conclusión se extraía de la exégesis conjunta de esta Disposición y del artículo 6.2 de la Ley de Censos, el cual además no imponía al censatario el deber de dividir el censo, como tampoco lo hace el vigente artículo 565.6.2 de la Ley 5/2006, de 10 de mayo, por la que se aprueba el Libro V. Alude a que la innecesariedad de expediente de liberación solo podía hacerse efectiva después de que transcurriera un año de la entrada en vigor de la Ley 5/2006. Por su parte, las Resoluciones de fechas 16 y 17 de julio de 2007 partían del supuesto de hecho de una escritura pública en la que se procedía a la división material de los censos de algunas fincas que inicialmente gravadas con dicho derecho, cuya vigencia había quedado acreditada, que se habían dividido y posteriormente se había procedido a la constitución en régimen de propiedad horizontal de algunas de ellas. En el Fundamento de Derecho Segundo afirma la Dirección que la falta de división dentro de plazo de tres años de los censos que gravaban fincas divididas materialmente comportaba la extinción y la correlativa facultad de las personas censatarias a solicitar la cancelación del censos que hasta el momento había gozado de protección registral, sin intervención de la censalista ni necesidad de expediente de liberación de gravámenes a partir del 1 de julio de 2007. Las Resoluciones de fecha 1, 2 y 3 de diciembre de 2008 resolvieron asimismo que procedía la cancelación automática de los mismos.

Esta carencia de virtualidad provoca el cierre registral absoluto. La Dirección General de Dret i Entitats Jurídiques, en Resoluciones de 12 de junio de 2014 y 14 de mayo de 2015 entiende que no procede la práctica de operación registral alguna en relación al caso motivado por la presentación de documentos por los que los censalistas pretendían hacer constar un domicilio a efectos de notificaciones de censos cuya vigencia había quedado acreditada pero que no habían sido divididos. Finalmente, la Resolución de 4 de marzo de 2015 parte de la calificación negativa de una solicitud de cancelación de un censo que pesaba sobre una finca registral gravada con un censo que procedía de otra de cuyo historial resultaba la segregación de la citada finca en 1944; así como la transmisión de censo y la redención del mismo sobre la finca matriz en 1946 y en 1951, respectivamente. Por otra parte, en relación con la segregada, se había acreditado la vigencia del censo no dividido en 1995 por nota al margen, quedando dicho asiento bajo la salvaguardia de los tribunales. La Dirección sostiene de nuevo que al no encontrarse dividido, el censo estaba materialmente extinguido, *ope legis,* desde la Ley 6/1990, otorgando la inscripción registral de su acreditación una protección meramente claudicante par el censualista y por ello estima procedente la cancelación por instancia. Esta misma postura, con cita además de estos pronunciamientos, es la que reitera la Dirección General en el Fundamento de Derecho Tercero párrafo dos de la Resolución comentada. Estos pronunciamientos se contraponen a los principios de legitimación registral y fe pública (arts. 1.3, 38 y 40 de la LH), al ser la nota marginal un asiento que está bajo la salvaguarda de los Tribunales, en aras a la tutela de la seguridad jurídica, como indicaba el Registrador en su nota, sin perjuicio de que se pueda instar un procedimiento declarativo o de liberación de cargas para obtener la rectificación del Registro. Esta postura plantearía problemas asimismo en caso de que el censalista, en aplicación de la Disposición Transitoria Vigesimoprimera, introducida por Ley 3/2017, de 15 de

febrero, quisiera hacer uso de la facultad que le confiere el artículo 565.11.5 del Libro V. Cuestión distinta es el arrastre de cargas, que no provoca este efecto, como señala la Resolución.

En resumen, aun constando practicada la nota acreditativa de la vigencia de censo practicada al amparo de las Disposiciones Transitorias Primera o Tercera de la Ley 6/1990, de 16 de marzo, a que se remite la Disposición Transitoria Decimotercera uno del Libro V, es posible cancelarlo si no consta dividido en las fincas sobre las que se declaró la obra nueva, matriz de las fincas divididas horizontalmente.

Resolución núm. 953/2017 de 26-4-2017
(*DOGC* de 10-5-2017)
Registro de la Propiedad de Barcelona, número 6

CANCELACIÓN DE SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA CONDICIONAL.

La Direcció General de Dret se pronunció sobre un caso de cancelación de gravamen fideicomisario en Resolución de 22 de octubre de 2007, si bien se discutía por el recurrente además el carácter familiar o no del fideicomiso, en lo que respecta al límite de la cuarta generación. A los efectos que interesa y al igual que ocurre en la Resolución comentada, delimita la normativa aplicable tomando en consideración la fecha de la delación y la de los efectos del fideicomiso. Así, por la fecha de la delación, la normativa en base a la cual resuelve la Direcció General de Dret este caso es la Novela 159 que establecía que en una sustitución fideicomisaria condicional *si sine liberis decesserit* se entendía cumplida si absolutamente todos o algunos de ellos (sustituidos) murieran sin hijos. En la tradición jurídica romana recogida en la Novela se inspiraron asimismo el artículo 174 de la Ley 40/1960, de 21 de julio, de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña y el artículo 196 de la Ley 40/1991, de 30 de diciembre, por la que se aprueba el Código de sucesiones, que establecían que en las sustituciones dispuestas para el caso de morir el fiduciario sin dejar hijos, se considera incumplida la condición si este al morir deja algún hijo o descendiente, lo cual entiende la Resolución que debe acreditarse fehacientemente. Desde el punto de vista registral el artículo 82 del RH, en el párrafo tercero y la Disposición Transitoria Cuarta apartado tres letra a) del Libro IV, regulan como mecanismo de acreditación de los hechos el acta de notoriedad siempre que los hechos que los produzcan sean susceptibles de acreditarse por medio de ella. Asimismo, ha de acreditarse del mismo modo su cumplimiento, como indican el fundamento de Derecho 2.4 de la Resolución 1802/2013, de 30 de julio, y el fundamento de Derecho 4.4 de la Resolución 1356/2014, de 12 de junio.

El momento temporal de determinación de la inexistencia de fideicomisarios es el del fallecimiento del fiduciario, motivo por el cual la Resolución 1623/2012, de 26 de julio, consideró libres de fideicomiso unas fincas en que la única fideicomisaria renunció a la herencia tras la muerte de la fiduciaria (fundamento de Derecho segundo). La DGRN se pronuncia en el mismo sentido. Así, en las Resoluciones de 27 de junio de 2009 y de 31 de noviembre de 2011 afirma que la renuncia preventiva de los fideicomisarios existentes en un determinado momento no extingue la sustitución, sino que habrá que estar al evento señalado por la testadora (fallecimiento del fiduciario) para determinar en ese momento quiénes

son los fideicomisarios y admitir en tal caso su renuncia, que si es preventiva no será necesario reiterar. Por último, la cuestión —también planteada de manera tangencial en la Resolución— sobre la igualdad de los hijos adoptivos en los llamamientos de esta clase es objeto de reiterada jurisprudencia.

Como conclusión, para cancelar una sustitución fideicomisaria condicional se debe tener en cuenta la normativa vigente en el momento de pendencia del fideicomiso y cuando fallezca el fiduciario procederá acreditar fehacientemente la existencia de fideicomisarios.

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

Pérdida irreparable de preembriones crioconservados y daño moral de la viuda*

Irreparable loss of crioconserved preembrants and moral damage of widow

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

Profesora Titular de Derecho Civil. UCM

RESUMEN: Condena solidaria de la Comunidad de Madrid y de la compañía de seguros en concepto de responsabilidad patrimonial, por el funcionamiento anormal de los servicios públicos, que se extiende al fallo técnico de mantenimiento del laboratorio que no realiza las comprobaciones necesarias y producen la pérdida de los embriones crioconservados. Indemnización del daño moral derivado de la pérdida de los embriones que habían sido obtenidos con material reproductor de su esposo fallecido. Se considera que no hay responsabilidad por la actuación del equipo médico, aunque no fue informada del plazo de doce meses para la utilización del material reproductor del marido fallecido. No existe daño moral por la pérdida irreparable de dichos embriones porque ya se había extinguido el plazo para su implantación.

ABSTRACT: Condemn jointly of the Community of Madrid and the Insurance Company as a liability of property, for the abnormal operation of public services, which extends to the technical fault of maintenance of the laboratory that does not perform the necessary checks and cause the loss of Cryopreserved embryos. Compensation for moral damages resulting from the loss of embryos that had been obtained from reproductive material of her deceased husband. It is considered that

* Este trabajo se integra dentro del marco del Grupo de Investigación UCM «Derecho de Daños. Derecho de la contratación», de cuyo equipo de investigación como codirectora formo parte.

there is no responsibility for the performance of the medical team, although it was not informed of the term of twelve months for the use of reproductive material of the deceased husband. There is no moral damage for the irreparable loss of these embryos because the term for their implantation had already expired.

PALABRAS CLAVE: Embriones crioconservados. Pérdida. Daño moral. Fecundación *post mortem*. Inseminación artificial. Consentimiento.

KEY WORDS: Cryopreserved embryos. Lost. Moral damage. Post mortem fertilization. Artificial insemination judicial authorization. Consent.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA FECUNDACION *POST MORTEM* EN LA ACTUALIDAD.—III. LOS PREEMBRIONES CRIOCONSERVADOS Y SU UTILIZACIÓN.—IV. EL MATERIAL REPRODUCTOR DEL MARIDO FALLECIDO. —V. PROCEDIMIENTO DE IMPLANTACIÓN DE EMBRIONES: 1. Implantación de embriones y acciones de filiación. 2. El necesario consentimiento del fallecido como requisito esencial de la fecundación *post mortem*. 3. La forma documental donde debe constar tal consentimiento. 4. El necesario cumplimiento del plazo para la realización de la fecundación *post mortem*.—VI. INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL: LA OBLIGACIÓN DE INFORMAR DE LA EXISTENCIA DEL PLAZO ANUAL. —VII. FECUNDACIÓN *POST MORTEM* EN CASO DE FALLECIMIENTO DE LA MUJER. UTILIZACIÓN DE SU MATERIAL REPRODUCTOR CRIOCONSERVADO.—VIII. LA EXISTENCIA DEL DAÑO MORAL EN LA VIUDA.—IX. INEXISTENCIA DE FUERZA MAYOR.—X. INDEMNIZACIÓN.—XI. PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD DE LA PERJUDICADA DE VER SATISFECHO SU INTERÉS DE SER MADRE.—XII. BIBLIOGRAFÍA.—XIII. ÍNDICE DE SENTENCIAS (del TS, TSJ y AP) CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO.—XIV. LEGISLACIÓN CITADA.

I. INTRODUCCIÓN

El estudio del tema que hemos titulado genéricamente «*pérdida irreparable de embriones crioconservados y daño moral*» surge tras el análisis de una reciente Sentencia del TSJ de Madrid cuyo origen se encuentra en un fallo técnico de mantenimiento del laboratorio, y, consecuentemente, del funcionamiento anormal de los servicios públicos de la Comunidad de Madrid, pero que, como siempre suele ocurrir tiene muchas cuestiones que analizar: como el tema de la implantación de embriones tras el fallecimiento del esposo y el plazo legalmente exigido para llevarlo a cabo, el necesario consentimiento previo del fallecido (forma, documento en el que debe consignarse), la necesaria conservación del material genético, y sobre todo, cómo las incidencias que puedan ocurrir en el devenir de todo el procedimiento puede terminar generando, más en este caso especialmente sensible, la conjunción de varios errores que pueden generar un daño moral en relación si no con el Derecho Familia sí con el derecho de la Persona.

Todo comienza con la reciente STSJ de Madrid, de 6 de febrero de 2017[1] que ha estimado parcialmente el recurso interpuesto por una mujer y que condena solidariamente a la Comunidad de Madrid y a la compañía de seguros a abonarle 2.000 euros en concepto de responsabilidad patrimonial, para indemnizarle el

daño moral derivado de la *pérdida de los embriones crioconservados* que habían sido obtenidos con material reproductor de su esposo fallecido, aunque la reclamante había solicitado la cantidad de 160.000 euros. La mujer había argumentado que concurría causa de responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal de los servicios públicos, que se extiende al fallo técnico de mantenimiento del laboratorio y a la actuación del equipo médico, dado que no fue informada del plazo de doce meses para la utilización del material reproductor del marido fallecido. El juzgador determina que solo concurre responsabilidad en el mantenimiento del laboratorio que no realiza las comprobaciones necesarias y producen la pérdida de los embriones crioconservados. Aunque adelantando algunas conclusiones que se desarrollarán a lo largo de esta exposición, en cierta medida la actuación del servicio médico también es reprochable.

Como hemos indicado anteriormente del examen de la citada Sentencia resultan varios problemas a estudiar, siempre teniendo en cuenta que hasta ahora de la Jurisprudencia existente relativa a la criopreservación de embriones no se había analizado un supuesto referido a su pérdida y a la existencia de daño moral. Veamos cuales son las cuestiones tratadas jurisprudencialmente en este comentario.

II. LA FECUNDACION *POST MORTEM* EN LA ACTUALIDAD

La doctrina jurídica ha discutido acerca de la conveniencia y justificación de admitir y regular la *fecundación post mortem* existiendo tanto razones a favor como en contra, centradas, en principio, en tres argumentos: el derecho a la reproducción, el interés del hijo y la finalidad de las propias técnicas de reproducción asistida (en su finalidad terapéutica).

El argumento principal gira en torno al *derecho a procrear* que se traduce en el derecho de la persona a tener hijos, la perspectiva contraria a ese derecho se encontraría en la inexistencia de un derecho fundamental a la reproducción.

Hemos mantenido también como argumento a favor la *finalidad de las técnicas de reproducción humana asistida,* esto es, la facilitación de la procreación a aquellas parejas (casadas o no) que no pueden tener descendencia por causa de esterilidad u otro impedimento. En este caso su aceptación «se justificaría en que su finalidad no es exclusivamente terapéutica, como remedio a la esterilidad o para prevenir y tratar enfermedades, sino que suponen en definitiva un modo alternativo de procreación. Y quienes rechazan este argumento alegan que la concepción de un hijo superpóstumo se justificaría más en el deseo de la viuda de concebir un hijo de su marido o compañero muerto, o en el deseo del fallecido de ver inmortalizada su memoria a través de la concepción de ese hijo que en la causa de esterilidad o impedimento para concebir» [2].

Otro de los argumentos a su favor se centra en el *interés del hijo*. En principio podría aludirse, como así se hizo en los primeros años de utilización de estas técnicas, que con ello, y de ahí su posible rechazo, se posibilita y permite la concepción de hijos huérfanos de padre antes de nacer (hijos superpóstumos, en este caso). Argumento superado ya que en una sociedad como la nuestra no es necesaria la existencia de ambos progenitores, ni la norma constitucional lo exige (casos de desconocimiento del niño a su padre: el hijo póstumo fruto de una procreación natural, o el hijo de madre soltera o la adopción unilateral de persona soltera, o la concepción por dos madres con material genético anónimo…).

III. LOS PREEMBRIONES CRIOCONSERVADOS Y SU UTILIZACIÓN

La primera *Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida (Ley 35/1988, de 22 de noviembre)* ya concretó en su Exposición de Motivos «el término "preembrión" —también denominado "embrión preimplantatorio", por corresponderse con la fase de preorganogénesis—, para designar al grupo de células resultantes de la división progresiva del óvulo desde que es fecundado hasta aproximadamente catorce días más tarde, cuando anida establemente en el interior del útero —acabado el proceso de implantación que se inició días antes—, y aparece en él la línea primitiva».

El artículo 11.3 del *Real Decreto 413/1996, de 1 de marzo, por el que se establecen los requisitos técnicos y funcionales precisos para la autorización y homologación de los Centros y Servicios Sanitarios relacionados con las técnicas de Reproducción Humana Asistida,* indica que los preembriones sobrantes de una FIV, por no transferidos al útero, se crioconservarán en los Bancos autorizados, por un máximo de cincos años. Pasados dos años de crioconservación de gametos preembriones que no procedan de donantes pasarán a disposición de los Bancos correspondientes.

Posteriormente, en la *Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida (Ley 4/2006, de 26 de mayo),* se define claramente el concepto de preembrión, entendiendo por tal al embrión *in vitro* constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde.

Aunque la ley del 88 también indicaba, anticipándose a diversos problemas en los que no vamos a entrar en este comentario, que «la *fecundación in vitro y la crioconservación* facilitan la disponibilidad de gametos y óvulos fecundados, y no solo para realizar las técnicas de reproducción asistida en las personas que los aportan o en otras, sino también para manipulaciones diversas, de carácter diagnóstico, terapéutico o industrial (farmacéutico), de investigación o experimentación, es evidente que los materiales embriológicos no pueden ser utilizados de forma voluntarista o incontrolada, y *que su disponibilidad, tráfico, usos y transporte deben ser regulados y autorizados, al igual que los centros o servicios que los manipulen o en los que se depositen*».

Ley que también concretaba que «Los centros o establecimientos donde se realicen estas técnicas habrán de ser considerados de carácter sanitario en los términos de la Ley General de Sanidad o que se establezcan normativamente; contarán con los medios necesarios para sus fines y deberán someterse a los requisitos legales de acreditación, homologación, autorización, evaluación y control oportunos. Los equipos sanitarios que en ellos actúen habrán de estar contrastadamente cualificados y actuarán bajo la responsabilidad de un jefe de centro o servicio, en el ámbito de equipos de trabajo».

En la STSJ de 6 de febrero de 2017 se indica expresamente cómo «Los embriones se guardaban en un contenedor criogénico, aislado mediante una cámara de vacío; no se realizaba ningún tratamiento preventivo por considerarse que el recipiente carecía de mecanismos y partes móviles que debieran ser revisadas. No obstante el 22 de abril de 2013 se detectó que el contenedor se había quedado sin nitrógeno, al perder el aislamiento del recipiente». Objetivamente cabe decir que se produce una falta de control y un fallo mecánico que ocasiona la pérdida del material embriológico. Afirmación de la que se desprende el posible indicio de *responsabilidad* por la insuficiencia de revisión y de controles adecuados.

Además el tribunal indicó expresamente que «no hubo *fuerza mayor en la pérdida de viabilidad de los preembriones,* al no revisarse el recipiente que los

contenía y por tanto no asegurarse de que el contenedor criogénico siguiera manteniendo las condiciones de conservación idóneas».

Todo ello teniendo en cuenta, además, que la Ley 45/2003, de 21 de noviembre por la que se modifica la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida (vigente hasta el 28 de mayo de 2006) autorizó la utilización, con fines de investigación, de los preembriones que se encontraban crioconservados con anterioridad a su entrada en vigor y establecía la limitación de producir un máximo de tres ovocitos en cada ciclo reproductivo, lo que dificultaba la práctica ordinaria de las técnicas de reproducción asistida, al impedir poner los medios para lograr el mayor éxito con el menor riesgo posible para la salud de la mujer, que era el principal objetivo de la Ley modificada. Ley que dispensó distinto tratamiento a los preembriones crioconservados o congelados según cual fuera la fecha de su generación. Los anteriores a noviembre de 2003 podían ser dedicados, además de a otros fines, a la investigación, posibilidad que estaba vedada a los generados con posterioridad, que podrían destinarse únicamente a fines reproductivos de la pareja generadora o a la donación a otras mujeres.

Hasta ahora en relación con el tema de la preimplantación de embriones solo habían surgido problemas que habían llegado a los tribunales basados en cuestiones relativas al *contrato* realizado. Así pues nos encontramos con la existencia de una Sentencia en la que se había analizado *la naturaleza del contrato de fertilización mediante la técnica de la implantación de preembriones obtenidos en una misma punción previa a su fertilización in vitro.* Se trata de la SAP de Álava, de 18 de febrero de 2008, la cual afirmó que se trata de una «relación de *arrendamiento de servicios* que unía a las partes (y que) se enmarca en una intervención compleja de fertilidad, *consistente en la práctica de una punción, en la que se extraen óvulos que después son implantados previa su fertilización in vitro*».

El problema suscitado que dio origen a dicha Sentencia se centraba en que la punción única *sirve para varios implantes*, y el problema residía en si efectivamente lo pactado comprendía un *precio* distinto por cada transferencia de preembriones o si el precio pagado con el primer ciclo comprende asimismo las demás transferencias de preembriones obtenidos de la misma punción. No existe duda que la relación de servicios se inició en el centro de Valencia, realizándose una primera transferencia. Después y con preembriones crioconservados procedentes de la misma punción se realizó una nueva trasferencia en Bilbao, por la misma empresa, pues se utilizan los preembriones ya existentes y el médico que realizó la primera transferencia realizó la segunda»[3].

También la SAP de Badajoz, de 30 de diciembre de 2008[4], se refiere, en este caso, al *cumplimiento del contrato de arrendamiento de servicios*, el cual tiene como fin la realización de una determinada actividad *independientemente del resultado*, esto es la transferencia de los dos preembriones criopreservados —artículo 1544 del Código Civil—. Por lo que los demandados han de abonar el precio de tales servicios, ascendente a la cantidad de 1.721 euros, más los intereses legales desde el requerimiento de pago que se efectuó en el procedimiento monitorio (siguiendo los arts. 1100, 1101 y 1108 del Código Civil).

IV. EL MATERIAL REPRODUCTOR DEL MARIDO FALLECIDO

El término «*material reproductor*» *referido al embrión crioconservado supone la existencia de dos supuestos distintos.* Por un lado, nos encontramos con e*mbrión formado en vida del varón*. En este caso el embrión será fecundado en vida de los

esposos o pareja pero su implantación y posterior desarrollo hasta el nacimiento se producirá una vez haya acontecido el óbito del marido o compañero. Embrión formado en vida de la pareja que pertenece tanto a la madre como al padre y por tanto, fallecido el varón, la viuda puede solicitar la implantación del mismo.

Los embriones excedentes tras el fallecimiento del varón se podrán implantar en la viuda y no habrá dudas de la relación de filiación entre el varón premuerto y el hijo así nacido, ya que el artículo 3.2 LTRHA autoriza la transferencia de un máximo de tres preembriones en cada mujer y en cada ciclo reproductivo. De esta manera se está limitando el excedente de embriones que se puedan implantar a la mujer tras el fallecimiento del varón y por tanto su transferencia *post mortem*.

El artículo 9 incorpora el consentimiento presunto del marido cuando el cónyuge supérstite haya estado sometido a un proceso de reproducción asistida ya iniciado con anterioridad al fallecimiento del marido. El embrión ha sido formado en vida pero transferido después del fallecimiento y por tanto permite que surja entre el hijo así concebido y nacido la relación jurídica de filiación con el varón premuerto. En este caso solo deberá tenerse en cuenta las condiciones de plazo: el año legalmente establecido transcurrido tras el fallecimiento del marido para su implantación en la esposa. Límite máximo para otorgarse al nacido los derechos paternos.

Por otro lado, está el *embrión formado después del fallecimiento del varón*. En este caso la fecundación *in vitro* se realizará empleando los gametos que se conservaban criopreservados en el banco de gametos. Tras su implantación a la viuda y producido el nacimiento, la paternidad del marido se determinará tras haberse cumplido las condiciones de *consentimiento y plazo* establecidos en el artículo 9.

Cabría preguntarse cuándo y quien tiene la potestad de determinar la paternidad en este caso. Obviamente desde el momento en que se cita a la viuda para la implantación de los preembriones los servicios sanitarios que deben computar la existencia de los requisitos del consentimiento y del plazo del año, y sobre todo que el implante se realice antes del transcurso del mismo, sí otorgan y determinan la paternidad del nacido, pues realmente si se ha pasado ese plazo la filiación estará determinada por la mujer únicamente ya que legalmente no se le puede imputar la filiación al varón fallecido. Sobre esta cuestión volveremos posteriormente.

El artículo 9 de la Ley 35/1988 reguló por primera vez el uso del material genético de una persona ya fallecida siempre que existiese un *consentimiento expreso y fehaciente del marido* para que pudiera emplearse «*post mortem*». Solo su voluntad previamente expresada por el difunto, legitimaría esa autorización, y ello sin duda por considerar que *las consecuencias personales y legales* de un hecho de esta naturaleza son especialmente trascendentes. Desde el punto de vista legal y económico, las consecuencias en materia sucesoria son inmediatas y directas para sus herederos, instituidos en disposición testamentaria o por medio de sucesión intestada.[5]

También indicaba el *límite temporal de la posible inseminación tras el fallecimiento del donante,* quien podrá consentir, en escritura pública o testamento, que su material reproductor pueda ser utilizado, en los seis meses siguientes a su fallecimiento, para fecundar a su mujer, produciendo tal generación los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial. (art. 9, 2 LTRA).

La Ley 14/2006 modificó la norma recogiendo, además de los casos de autorización en escritura pública y testamento, el documento a que se hace referencia en el artículo 6.3, es decir, el de autorización a la esposa para que se someta

a tratamiento, y el documento de instrucciones previas. Por otra parte, añadió la posibilidad de consentimiento tácito o presunto, para lo cual sería necesario que el cónyuge supérstite hubiera estado sometido a un proceso de reproducción asistida ya iniciado para la transferencia de preembriones constituidos con anterioridad al fallecimiento del marido.

El supuesto de la STSJ de Madrid, de 6 de febrero de 2017 se centra en que el marido padeció un problema oncológico y se había tomado una muestra de semen criopreservada, en 2004, antes de someterse a tratamientos de quimioterapia y de radioterapia. Posteriormente se intentó en varias ocasiones la inseminación sin éxito y tras el fallecimiento del esposo —que había prestado su consentimiento antes de fallecer— se le volvió a citar para programar la criotransferencia de preembriones congelados.

Como hemos indicado la Ley de TRHA, en su artículo 9, indica el límite temporal de la posible inseminación tras el fallecimiento del donante, su esposo. En este caso en concreto *resulta probado que en ningún momento los médicos indicaron la existencia de un «tiempo limitado» para la operación*.

Este descuido que tiene consecuencias muy importantes que no se tienen en cuenta ni a la hora de dictaminar el fallo ni cuando se determina la existencia y la indemnización por el daño moral producido a la viuda. Recordemos que según la legislación vigente, y con independencia de la viabilidad de los preembriones, no hubiera podido emplear el material reproductivo de su pareja fallecida transcurridos 12 meses desde la muerte. Según señala la Sentencia, la mujer solo fue informada de dicha imposibilidad cuando en 2013 se le informa de la pérdida de los preembriones.

Hasta aquí hemos hablado del supuesto de la existencia previa de embriones, ya estén o no implantados en el útero de la viuda, pero pueden darse otros casos previos, en los que el marido haya dado su consentimiento a la inseminación artificial con su material genético y ocurra un accidente. En este caso, además, es necesaria la solicitud de la esposa al Juez para la extracción del material genético.

Así puede ocurrir que el varón haya tenido un *accidente, se encuentre vivo pero en estado de coma.* En tal caso es posible la extracción de esperma sin estar sujeto el equipo médico a un plazo perentorio. Si el varón está en estado de coma es precisa la *autorización del juez civil* para posibilitar la extracción. No hay urgencia por lo que la doctrina entiende que podría acumularse en la misma petición la de la extracción y la de la autorización de inseminación artificial[6].

Pero también puede ocurrir que el *accidentado fallezca*, en cuyo caso el plazo médico para poder conseguir la extracción de esperma con orden judicial es de tan solo 24 horas. Si ha fallecido y se solicita dicha extracción *actuaría de urgencia el juez de guardia resolviendo antes de que transcurran 24 horas sobre la autorización de extracción.* Posteriormente se solicitaría ante el juez civil (expediente de jurisdicción voluntaria)[7] la autorización de la inseminación artificial, para lo que habría que comprobar si existía esa voluntad del fallecido acerca de que tal inseminación se llevara a efecto[8].

V. PROCEDIMIENTO DE IMPLANTACIÓN DE EMBRIONES

1. Implantación de embriones y acciones de filiación

Las técnicas de reproducción asistida tienen como finalidad la obtención de descendencia. De ahí que también hayan surgido problemas relacionados con la

filiación por parte del progenitor que no se quiere hacer cargo de la misma después de la ruptura de pareja. En estos supuestos el argumento central que otorga la paternidad es el consentimiento otorgado de forma veraz documentalmente.

Es el supuesto de hecho de la SAP de Sevilla, de 22 de diciembre de 2014, en la que se ejercita una acción de impugnación de filiación paterna extramatrimonial del menor[9]. En dicha Sentencia quedó patente que no existen elementos de prueba que permitan afirmar que el progenitor fuera engañado, o no conociera el alcance del tratamiento al que *prestó el consentimiento* hasta un momento posterior a la ruptura de su relación con la demandada. Donde además se expuso por el médico que era costumbre de la clínica otorgar información previa a la emisión del consentimiento a la descongelación de preembriones que se prestaba tanto a la futura gestante como a su pareja cuando había una relación estable de convivencia[10].

También en la SAP de Alicante, de 23 de diciembre de 2014, se ejercita la acción de reclamación de filiación no matrimonial y se declara al demandado padre biológico del menor, nacido por fecundación artificial consentida por ambos. Y ello porque la donación consentida de semen para llevar a cabo técnicas de reproducción asistida conlleva la atribución de paternidad al donante. El hijo es común de ambos litigantes, por lo que debe ser reconocida la paternidad reclamada. No se trata de una donación anónima[11].

Cuestión que es importante porque en ella se centra el problema de fondo del comentario y análisis que estamos realizando, que recordemos que es la pérdida de embriones por la Administración Sanitaria en una fecundación *post mortem* totalmente consentida por el fallecido previamente pero donde se había pasado el plazo legalmente constituido de 12 meses para su implantación por falta de información a la viuda. Plazo que ya adelantamos que incluso los sanitarios no habían tenido en cuenta. Este es el supuesto de la STSJM de febrero de 2017.

De modo que si la solicitante hubiera sido inseminada por los facultativos correspondientes con los preembriones crioconservados y obtenidos con el material reproductor de su cónyuge fallecido fuera del plazo legal y sin su autorización, el hijo así nacido tendría solo filiación materna y no la de este.

2. El necesario consentimiento del fallecido como requisito esencial de la fecundación *post mortem*

La inseminación sin consentimiento también se prohíbe a los facultativos desde la LTRA de 1988, donde en su artículo 9 se recogía la necesidad de que constase por *escrito el consentimiento* del fallecido para la inseminación de la viuda. Posteriormente fue concretado por el Real Decreto 413/1996, de 1 de marzo, por el que se establecen los requisitos técnicos y funcionales precisos para la autorización y homologación de los centros y servicios sanitarios relacionados con las técnicas de Reproducción Humana Asistida, que dispone que en el caso del fallecimiento del varón, salvo expreso *consentimiento por escrito* del mismo, su semen no podrá ser utilizado para la fecundación de su pareja.

Es una cuestión importante, porque no olvidemos que la voluntad de una persona fallecida es ley en materia sucesoria.

La conclusión de todo lo expuesto es que, aunque en la legislación sobre reproducción asistida examinada, prime el deseo de una maternidad en solitario y de que el niño nazca en una familia no monoparental, cuando este se ha de concebir por una inseminación *post-mortem* del marido fallecido, es requisito *sine*

qua non que conste su consentimiento expreso *per se* no sustituible, produciendo los efectos de la filiación.

La inexistencia de consentimiento origina ineludiblemente el no otorgamiento de la paternidad, efectos que se formulan legalmente como sanción a que, en contravención de la ausencia de consentimiento, dicha inseminación se practique sin autorización, no como medio alternativo. Realmente es una renuncia a la filiación para el menor, que va a generar no solo la carencia de derechos patrimoniales, sino también la ausencia de los derechos familiares y afectivos en relación con la familia paterna extensa a la que, al margen de ellos, biológicamente pertenece.

Como ya hemos indicado, en general todos los supuestos que se han estudiado se centran en el caso del fallecimiento del varón (marido, compañero, pareja) y consecuentemente el artículo 9 LTRHA se centra en la cuestión más importante a los efectos legales de concretar la paternidad futura del hijo que no es otro que *la forma de otorgamiento y otras cuestiones de su consentimiento*, pues aquí resulta irrelevante el consentimiento de la viuda que será el consentimiento general realizado en el momento de contratar los servicios del centro médico.

En cuanto al *contenido del consentimiento* debe quedar claro que se refiere al sometimiento de su mujer o pareja a la realización de una inseminación artificial o fecundación *in vitro* (con identificación expresa de la identidad de la misma) con su material reproductor (deberá consignarse el Banco donde se hallen depositados sus gametos para facilitar la localización de los mismos), y, sobre todo, que la técnica en cuestión puede realizarse también después de su muerte (expresándose el plazo de doce meses). También debe concretarse que con este consentimiento acepta y asume la paternidad del hijo.

El artículo 9 es claro al exigir una autorización expresa y rotunda del marido para la utilización «*post mortem*» del material genético del marido, la ley de 2006 ha introducido, además de los documentos tradicionalmente vinculados a mayores formalidades, como las *escrituras públicas* o los *testamentos*, otros documentos, como el del artículo 6.3, en los que se puede incorporar esa autorización. «Si la mujer estuviera casada, se precisará, además, el consentimiento de su marido, a menos que estuvieran separados legalmente o de hecho y así conste de manera fehaciente. El consentimiento del cónyuge, prestado antes de la utilización de las técnicas, deberá reunir idénticos requisitos de expresión libre, consciente y formal».

A fin de evitar problemas como los del Auto que a continuación recogemos, en los consentimientos informados de las diversas clínicas el marido debería ser expresamente preguntado sobre la posibilidad de que se utilice el material reproductor *post mortem*. A través de dicho Auto, el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Valladolid, de 12 de diciembre de 2007, deniega la autorización solicitada para el uso del material genético de su marido premuerto ya que «no existe una escritura pública, disposición testamentaria o documento de instrucciones previas, pues se ha recabado información al respecto que ha resultado infructuosa; *no es posible entender prestado el consentimiento para el uso «post mortem» del material genético del difunto porque en el consentimiento informado suscrito por él no fue preguntado al respecto; y, por último, no hay preembriones constituidos antes de su fallecimiento, lo que hubiera permitido entender que existió un consentimiento tácito o presunto.* En definitiva, no consta acreditada ninguna de las circunstancias que contempla el artículo 9 de la Ley 14/2006 para la utilización «post mortem» del material genético del marido, por lo que debe rechazarse la autorización solicitada»[12].

En el mismo sentido se encuentra el Auto AP de Valencia, de 23 de diciembre de 2003, que deniega la autorización judicial solicitada por la esposa para ser inseminada artificialmente de su marido fallecido por *no constar consentimiento previo prestado por este en testamento o escritura pública*. La Ley de reproducción asistida ha de interpretarse en el sentido de que *impone una prohibición legal y general* de la fecundación *post mortem* con la sola excepción de que se cumplan los requisitos de consentimiento expreso y fehaciente y de que se practique en seis meses (El auto se dictó estando vigente la ley de 1988)[13].

3. La forma documental donde debe constar tal consentimiento

En cuanto a los *elementos formales*, esto es, el instrumento donde debe otorgarse el consentimiento y las consecuencias jurídicas que produce, si en la LTRA de 1988 solo se indicaba la necesidad de que el consentimiento del marido posteriormente fallecido se reflejase documentalmente, el artículo 9. 2 LTRHA (vigente) indica que «el marido podrá prestar su consentimiento, en el documento a que se hace referencia en el artículo 6.3, en *escritura pública, en testamento o documento de instrucciones previas*, para que su material reproductor pueda ser utilizado en los 12 meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer. Tal generación producirá los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial. El *consentimiento para la aplicación de las técnicas en dichas circunstancias podrá ser revocado* en cualquier momento anterior a la realización de aquellas».

En los tres tipos de documentos constará el consentimiento general que el marido debe prestar para la realización de las técnicas de reproducción asistida y sirva con posterioridad al fallecimiento del varón. Sin olvidar, como ya hemos indicado anteriormente que hay una presunción del consentimiento del varón en los casos de transferencia *post mortem* de embriones formados en vida del varón.

Por otro lado, la posibilidad de consentir la fecundación *post mortem* en el *documento de instrucciones previas* (de la Ley 41/2002 de 14 de noviembre básica reguladora de la autonomía del paciente y del derecho y obligaciones en materia de información y documentación clínica) plantea una nueva cuestión: la posibilidad de que el consentimiento abarque la extracción del material reproductor tras el fallecimiento y no exclusivamente la utilización de gametos crioconservados, y por tanto la necesidad de establecer la filiación paterna del así concebido.

La Corte de Apelación Civil británica el 27 de febrero de 1997 estudió el caso conocido como «Diane Blood». Resolución que supuso un referente a nivel mundial y tuvo especial trascendencia en Europa, al basarse su pronunciamiento en la Declaración Europea de Derechos Humanos y en la forma en que esta podía afectar a los Tribunales en la interpretación y aplicación de la norma de Derecho interno sobre reproducción asistida.

Interesante en cuanto a la *naturaleza del documento donde conste el consentimiento* es la SAP de Santa Cruz de Tenerife de 2 de junio de 2010, donde no se autoriza a utilizar el material reproductor del marido fallecido porque no existe documento público, testamento o documento de instrucciones previas, que la Ley de Reproducción Asistida requiere como forma en la que se preste el consentimiento libre, consciente y formal por el esposo, para que se proceda a utilizar el material reproductor cuya congelación autorizó a la Unidad de Reproducción Humana Asistida del Hospital Universitario de Canarias el 2 de enero de 2005, y ello pese a constar que fue suficientemente informado de ello en el mismo

documento donde autorizó la congelación de la muestra de semen, si bien, en aquel momento todavía no estaba regulada la forma de las instrucciones previas.

En tal sentido la carta de fecha 15 de mayo de 2008 mecanografiada y firmada por el fallecido esposo de la promotora, su madre y su hermana, no tienen la consideración de documento público, ni de testamento ni de instrucciones previas. Concepto este último, que está debidamente definido en el artículo 11 de la *Ley 41/2002 de 14 de noviembre, Ley básica reguladora de la autonomía del paciente y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.*

4. El necesario cumplimiento del plazo para la realización de la fecundación *post mortem*

El artículo 9.2 LTRHA establece un plazo de 12 meses siguientes al fallecimiento del varón como segundo requisito esencial para que una fecundación *post mortem* produzca efectos jurídicos, junto al del consentimiento. De la Ley 35/1988 a la actual la variación consiste en la ampliación del plazo de seis a doce meses.

La limitación temporal se debe al periodo de crioconservación establecido en el artículo 11 LTRHA (el semen podrá crioconservarse en bancos de gametos autorizados durante la vida del varón de quien procede), por lo que fallecido el varón no podrá utilizarse su esperma. Aunque el artículo 9.2 LTRHA establece la excepción posibilitando la utilización del semen crioconservado para la realización de una fecundación *post mortem* con posterioridad.

Al hablar de crioconservación y relacionarlo con el límite de los 12 meses cabe preguntarse qué ocurriría si el supuesto de hecho es la transferencia *post mortem* del embrión. Pues hay que tener en cuenta que el artículo 11.3 LTRHA prescribe que «la crioconservación de los ovocitos, del tejido ovárico y de los preembriones sobrantes se podrá prolongar hasta el momento en que se considere por los responsables médicos, con el dictamen favorable de especialistas independientes y ajenos al centro correspondiente, que la receptora no reúne los requisitos clínicamente adecuados para la práctica de la técnica de reproducción asistida». *De modo que la madre podría solicitar que se le transfiera el preembrión crioconservado dentro de los límites del artículo 11.3 y por un periodo superior a los 12 meses.* En tal caso no habría problema desde el punto de vista técnico pero desde el punto de vista jurídico se producirá la maternidad legal de la madre pero no la paternidad por incumplirse el plazo.

Este dato nos hace dudar de la posibilidad de que cuando en enero de 2012, Rosario fue llamada para la implantación de los preembriones (y a punto de cumplir el plazo de 12 meses del fallecimiento de su marido), al alegar que por su estado depresivo postponía su intervención siguiendo el contenido del artículo 11.3 indicado se podría haber alargado el plazo… como así fue. Pero en este interín, en abril de 2013, los preembriones se perdieron por cuestiones técnicas. Y el Tribunal no ha tenido en cuenta esta circunstancia ni la ha valorado en relación con el daño moral al que luego aludiremos.

Por otro lado, el establecimiento del límite permite reconocer el derecho del concebido *post mortem* a disfrutar de los derechos sucesorios, sin menoscabar los derechos de terceros, sean hijos o no del causante. Hay un periodo, del año en cuestión, en el que los herederos del fallecido están expectantes ante la posibilidad de que aparezca un nuevo heredero, en este caso superpóstumo. Año en que la viuda está decidiéndose si se somete o no a la fecundación *post mortem,* (se podrían aplicar las medidas precautorias previstas para el caso de que la viuda

se quede encinta establecidas en los artículos 959-967 del Código Civil dada la similitud de los dos supuestos: procreación natural y fecundación *post mortem*). En cuanto a la suspensión de la partición de herencia se podría aplicar de forma análoga lo dispuesto en el.

En cuanto a la ampliación del límite temporal (de 6 a 12 meses) permite que la viuda disponga del margen de un año para tomar la decisión y someterse a la técnica reproductiva, tras haber superado la pérdida del marido. Plazo que empezará a contar desde el día siguiente al de la muerte del marido finalizando al año exacto desde la fecha del fallecimiento (art. 5 del Código Civil). Tal vez hubiera sido conveniente que el legislador hubiera alargado un poco más este plazo de un año, por ejemplo *en tres años*, pues la pérdida del marido influirá necesariamente en el estado anímico de la viuda, como ha ocurrido en el caso de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

El plazo de un año para someterse a la técnica reproductiva que estamos estudiando es una medida cautelar de tiempo para que los derechos de los demás herederos no vean pospuesta indefinidamente su situación. Pero pensemos en otros casos parecidos en los que el tiempo se toma como medida cautelar de otros derechos: como es el caso de la declaración de fallecimiento donde los herederos no podrán disponer a título gratuito (donaciones o cesión) hasta cinco años después de dichos bienes, aunque sí podrán hacerlo a título oneroso (venta), al igual que ocurre si se hubiesen instituido legados, los cuales quedarán igualmente en suspenso durante un periodo de 5 años, exceptuándose los legados píos (a la Iglesia). O téngase en cuenta que en el caso de la revocación de donaciones por superveniencia de hijos no se establece lógicamente plazo alguno porque no se sabe cuándo van a aparecer los posibles hijos tras la donación realizada.

VI. INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL: LA OBLIGACIÓN DE INFORMAR DE LA EXISTENCIA DEL PLAZO ANUAL

El artículo 3.3 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo de TRHA indica que «La información y el asesoramiento sobre estas técnicas, que deberá realizarse tanto a quienes deseen recurrir a ellas como a quienes, en su caso, vayan a actuar como donantes, *se extenderá a los aspectos biológicos*, jurídicos y éticos de aquellas, y deberá precisar igualmente la información relativa a las condiciones económicas del tratamiento. Incumbirá la obligación de que se proporcione dicha información en las condiciones adecuadas que faciliten su comprensión a los responsables de los equipos médicos que lleven a cabo su aplicación en los centros y servicios autorizados para su práctica».

A mi juicio se incluye dentro de este *deber de información* el de *indicar con claridad el plazo de 12 meses en el que puede utilizarse el material reproductor del marido en caso de su fallecimiento.* Cuestión que no suele constar en los consentimientos informados de estas técnicas salvo que expresamente se exija.

Esta obligación del servicio sanitario resulta verdaderamente importante en nuestro estudio pues precisamente de los hechos probados de la STSJ de Madrid de febrero de 2017 casualmente se cita a la viuda el día posterior al fallecimiento del marido para su inseminación… Y precisamente tres meses después de la muerte del esposo en marzo de 2011 se realiza una inseminación artificial sin éxito. Posteriormente en octubre se realizó estimulación ovárica, obteniéndose quince complejos y once embriones, dos de los cuales se transfirieron en fresco, criopreservándose otros seis, sin que quedara muestra criopreservada del esposo.

El día 9 de enero de 2012, a punto de cumplir el año del fallecimiento del marido, vuelve a ser citada para programar nueva transferencia de preembriones congelados pero, dado su estado depresivo se acordó retrasar el procedimiento hasta que mejorara de su depresión. Y *no consta que entonces se le informara de cuál era el periodo de tiempo durante el que podría efectuarse legalmente la transferencia de los preembriones criopreservados,* ni de su próxima expiración, por lo que se *vulneró el derecho a la información* recogido en el artículo 3.3 TRHA.

La falta de información hace que la paciente deje transcurrir un año y medio para la realización de la transferencia de preembriones congelados sin llegar siquiera a contactar con el Servicio de Ginecología ni con el Servicio de Reproducción del Hospital La Paz.

Además, el Hospital La Paz no tuvo en cuenta en ningún momento el plazo establecido en la Ley, y por ello continuó el tratamiento de *fecundación in vitro* más allá del término legalmente previsto, acordando con la paciente retrasar el procedimiento…

Incurre a mi juicio, el servicio sanitario en incumplimiento contractual generado por una obligación legal, no solo por haber informado a la viuda del plazo legal de 12 meses para llevar a cabo como límite máximo la fecundación, sino también, por no haber tenido en cuenta el propio servicio médico el plazo para llevar a cabo la intervención para la que citaba a la viuda. Cita que le hace concebir esperanzas en la posible concepción de un hijo del marido fallecido.

La cuestión radica en que la viuda al iniciar el expediente administrativo de reclamación en solicitud de indemnización del daño moral (septiembre de 2013) no introduce el hecho de la inexistencia del derecho a haber sido informada por el equipo médico del plazo legal para la utilización del material reproductor[14]. Tampoco se recoge en la reclamación administrativa ni lo que es más importante *tampoco se formula una petición dirigida a la eventual indemnización por ausencia de haber sido informada. Ni mucho menos el incumplimiento de la obligación legal.*

Sin embargo, la falta de información a la paciente «del plazo de doce meses para la utilización del material reproductor del marido fallecido» sí se ha incluido en la demanda como *elemento del daño moral indemnizable*, en el contexto de una incorrecta actuación del equipo médico que le hizo concebir esperanzas de tener un hijo de su esposo fallecido. *Por ello el TSJM entiende que aunque sería un concepto indemnizable, por haber existido una vulneración del derecho a la información del paciente, el contenido de la demanda no se ajusta a lo indicado en la previa reclamación administrativa ya que implica la introducción en sede jurisdiccional de nuevos hechos y «causa petendi».*

Cuando tiene noticias de este Servicio de Reproducción del Hospital La Paz fue por haber sido previamente convocada para informarle de que los preembriones congelados habían quedado inviables, lo que aconteció en el mes de abril de 2013, cuando ya había transcurrido sobradamente el plazo máximo establecido en el artículo 9 de la Ley 14/2006. No quedando además otro material reproductor del esposo fallecido.

El TSJ de Madrid no analiza el fondo de la cuestión, simplemente no se pronuncia por haber expirado el plazo del año desde el fallecimiento del marido. Y a la viuda, a quien se le causa un perjuicio *irreparable* porque ya no puede concebir hijos de difunto marido, porque no se le ha informado debidamente, porque incluso la propia administración no ha tenido en cuenta ese plazo… incumpliendo el contrato y siendo responsable contractual, se le otorga una responsabilidad por daño moral (esto es por culpa extracontractual)… por la pérdida de los preembriones crioconservados…

Hay pues un incumplimiento contractual y por tanto cabría preguntarse y ¿si la paciente no hubiera retrasado el tratamiento y se hubiera iniciado el mismo? Pues que realmente el servicio sanitario hubiera ignorado el plazo y realizado la implantación de los embriones. De modo que si la técnica reproductiva hubiera resultado positiva y hubiera habido un nacimiento o más de hijos con material del fallecido, fuera de plazo, realmente no podrían ser considerados hijos del varón sino únicamente de la viuda. Habría una clara responsabilidad contractual del Servicio Sanitario que habría posibilitado que naciesen unos hijos a los que no se les podría otorgar legalmente una paternidad, aunque biológicamente si se supiera que eran hijos del fallecido. A efectos jurídicos tendrían una paternidad desconocida. *En tal caso además del incumplimiento contractual y la responsabilidad derivada del mismo, habría un evidente daño moral tanto de la viuda como de los hijos, teniendo derecho a indemnización por carecer de paternidad acreditada.*

VII. FECUNDACIÓN *POST MORTEM* EN CASO DE FALLECIMIENTO DE LA MUJER. UTILIZACIÓN DE SU MATERIAL REPRODUCTOR CRIOCONSERVADO

El artículo 4 de la *Ley 45/2003 de 21 de noviembre de sobre la crioconservación de ovocitos*, posibilita la fecundación *post mortem* en caso de fallecimiento de la mujer utilizando su material reproductor crioconservado en un banco de gametos. Posibilitándose así realizar una técnica heteróloga, en este caso con donación de óvulo.

La LTRHA posibilita esta técnica en el artículo 6.1 párrafo segundo al establecer que «*la mujer podrá ser usuaria o receptora de las técnicas reguladas en esta Ley con independencia de su estado civil y orientación sexual*». Y también, en el artículo 7.3 al prever que «*cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido*».

¿Acaso no sería posible que en el supuesto del artículo 7.3 LTRHA la cónyuge supérstite utilizase los ovocitos de la compañera fallecida y tras la fecundación con donación de esperma le sea transferido el embrión formado con ese ovocito? ¿No sería un supuesto de fecundación *post mortem*?[15]

Técnicamente, realmente se trata de fecundación *post mortem*, pero no cabe incluirle en el espíritu del artículo 9 LTRHA, que regula exclusivamente la determinación de la filiación paterna y el supuesto de la fecundación *post mortem* en caso del fallecimiento del varón. No cabe la identidad del supuesto porque la maternidad legal del hijo así concebido, se establecería en virtud del artículo 10 LTRHA, que indica que madre legal es la que gesta y alumbra la criatura. En cuanto a la paternidad, el hijo así concebido con una técnica heteróloga con donación de esperma carecería de padre legal (art. 5 LTRHA).

VIII. LA EXISTENCIA DEL DAÑO MORAL EN LA VIUDA

La STSJ de Madrid, de 6 de febrero de 2017 determina *la existencia de daño moral por la pérdida de los embriones crioconservados pero* expresamente no se otorga la existencia de daño moral de la viuda por la imposibilidad de implantación de los mismos, al haber excedido el plazo de un año.

Esta afirmación implica que *no se considera que existe derecho a una indemnización por daño moral consistente en la imposibilidad de la recurrente de continuar el ciclo de fecundación para ser madre de un hijo biológico de su esposo fallecido, a causa de haber devenido inviables los preembriones en el mes de marzo de 2013 y no quedar entonces otro material reproductor porque, al haber transcurrido en el plazo de doce meses desde el fallecimiento de su esposo, ya no era legalmente posible continuar el tratamiento.*

Notesé que dicha pérdida le produjo un enorme impacto emocional y la vulneración de su derecho a ser *madre de un hijo biológico de su esposo*, para dar cumplimiento al *proyecto vital de paternidad común de la pareja*, cuya realidad ha quedado demostrada mediante el acta de protocolización notarial de un manuscrito de don Remigio. Recordemos que en noviembre de 2010 acudieron ambos al Servicio de Reproducción Humana del Hospital La Paz para someterse a un proceso de reproducción asistida, para cuyo inicio fueron citados el día 18 de enero de 2011 (día después del fallecimiento del esposo).

Sin embargo, *sí procede indemnizar el daño moral consistente en la aflicción, zozobra y sufrimiento psíquico infringidos a los sentimientos de doña María Rosario por la pérdida injustificada de los embriones criopreservados* (que ya no podían serle implantados a ella por haber expirado el plazo, pero sí donados a otra mujer).

Pero es que además, dicha Sentencia cuenta con el voto particular de dos Magistradas discrepantes, las cuales consideran que al haberse descartado su derecho a la utilización de los embriones —pues ya había transcurrido el plazo para la vigencia del consentimiento dado por su esposo— no concurren los requisitos exigibles para la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración demandada. El voto particular que formulan M.ª del Camino VÁZQUEZ CASTELLANOS, y, D.ª Ana RUFZ REY, en relación con la Sentencia, de 6 de febrero, manifiesta su discrepancia al reconocer que la pérdida de los embriones criopreservados «habrá tenido cierta incidencia en los sentimientos de la recurrente que, como tal, puede ocasionar un daño moral y asumiendo, asimismo, que dicha pérdida fue injustificada pero que al haberse descartado su derecho a la utilización de los embriones, que se circunscribe al periodo de los doce meses siguientes a la fecha del fallecimiento de su marido, no concurren los requisitos legalmente exigibles para apreciar la existencia de la responsabilidad patrimonial de la Administración demandada».

A partir del día 17 de enero de 2012 *ya no era legalmente posible continuar el tratamiento,* por lo que es claro que en el mes de abril de 2013 doña María Rosario no quedó privada de ejercitar legalmente ese derecho sino que fue en enero de 2012 cuando ni el centro sanitario se dio cuenta del transcurso del plazo e incluso la citó para la implantación de los preembriones. Lo cual no se llevó a cabo por el estado depresivo de la viuda.

Otro caso semejante, donde hay pérdida de material genético lo hallamos en la STSJ de Sevilla, de 11 de abril de 2013. Donde se indicó que no había responsabilidad de la CA de Andalucía ni de su Administración sanitaria, ni cabía la indemnización por los daños causados *como consecuencia de la no congelación y donación de los ovocitos no fertilizados durante el proceso de reproducción asistida*. La donación de los ovocitos no fertilizados, es decir, el resto de los empleados, se encontraba perfectamente contemplada en el consentimiento informado. Y ello porque los recurrentes autorizaron la fertilización de hasta seis ovocitos, tres de ellos para su transferencia en aquel momento y otros tres para que dicha transferencia pudiera producirse dentro de los tres años siguientes, autorizando

asimismo la donación de los embriones no fertilizados, donación que, efectivamente, se produce.

La Unidad de Reproducción Humana del Centro Hospitalario que intervino en el tratamiento de los apelantes, de los diversos ovocitos obtenidos (hasta 14) solo consiguió fertilizar 3, obteniendo así ese número de embriones. Por su parte, los ovocitos no fertilizados (que finalmente resultaron ser 6) fueron cedidos a otros interesados. De esta forma se cumplió cabalmente aquel consentimiento, que, frente a lo que parece señalar la representación de los apelantes, no obligaba a la obtención de un determinado número de embriones sino que tan solo autorizaba dicha obtención, la cual solo pudo conseguirse en un número de 3 por razones relacionadas con el esperma del apelante, según detalla la Sentencia apelada en términos no cuestionados por el recurso de apelación.

IX. INEXISTENCIA DE FUERZA MAYOR

Los preembriones obtenidos en la fecundación *in vitro* de doña María Rosario se guardaban en un contenedor al que no se le realizaba ningún tipo de mantenimiento preventivo[16] pero el día 22 de abril de 2013 se detectó que dicho contenedor se había quedado sin nitrógeno porque se había perdido el aislamiento del recipiente a causa de que el precinto que aseguraba el vacío de la cámara aislante no se encontraba en su lugar, de manera que se había producido una alta transferencia de calor desde el exterior al interior, provocando un aumento de la evaporación del oxígeno.

Todo lo cual indica que los preembriones perdieron su viabilidad *no por causas de fuerza mayor*, que recordemos que son aquellos hechos o circunstancias que *no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de los daños* (art. 141 LRJAP y PAC de 1992). La pérdida de la temperatura interior por evaporación del nitrógeno no resultaba imprevisible ni inevitable, ni puede considerarse que el daño haya tenido su origen en una *fuerza irresistible extraña* al ámbito de actuación de la Administración sanitaria.

La inexistencia de causa de exclusión de la responsabilidad patrimonial surge de que el acontecimiento lesivo (pérdida de preembiones) se produjo en el contexto *de la prestación sanitaria y sin intervención de acontecimientos exteriores o extraños al propio funcionamiento del servicio,* una de cuyas funciones es precisamente la de velar por la viabilidad de los embriones asegurándose de que el contenedor criogénico siga manteniendo las condiciones de conservación idóneas.

Hay responsabilidad patrimonial de la Administración tal y como indica la doctrina jurisprudencial, ya que hay un hecho imputable a la Administración, (pues basta acreditar que el daño se ha producido en el desarrollo de una actividad cuya titularidad corresponde a un ente público); un daño antijurídico ya que hay un detrimento patrimonial injustificado, o un daño que el que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportar, y daño real o evaluable económicamente, efectivo e individualizado (STS de 5 de noviembre de 2012 y de 29 de julio de 2013).

X. INDEMNIZACIÓN

El artículo 106.2 CE proclama la responsabilidad patrimonial de la Administración, al disponer que: «Los particulares, en los términos establecidos por la

Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda *lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor*, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos».

Y, el artículo 139 LRJAP y PAC de 1992, disponía que «Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda *lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos*. En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas».

El artículo 11.8 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, dispone que «Los centros de fecundación *in vitro* que procedan a la crioconservación de gametos o preembriones humanos de acuerdo con lo establecido en este artículo *deberán disponer de un seguro o garantía financiera equivalente que asegure su solvencia*, en los términos que se fijen reglamentariamente, para compensar económicamente a las parejas en el supuesto de que se produjera un *accidente que afecte a su crioconservación, siempre que, en el caso de los preembriones crioconservados*, se hayan cumplido los procedimientos y plazos de renovación del consentimiento informado correspondiente». Pues bien, parece ser que la póliza concertada con el Servicio de Reproducción Humana del Hospital La Paz, no cubre la compensación económica por accidentes que afecten a la crioconservación, así como inaplicabilidad al caso del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro.

De ahí que el Tribunal imponga solidariamente con la compañía de seguros el pago de la indemnización al existir responsabilidad patrimonial *por funcionamiento anormal del servicio de mantenimiento del laboratorio del Servicio de Reproducción*.

El Tribunal ha entendido que es difícil de cuantificar económicamente la reparación de dicho daño moral, dada la subjetividad que acompaña siempre al mismo, y por eso ha de fijarse su importe de un modo estimativo en una indemnización de 2.000 euros, que se entiende actualizada a la fecha de la presente Resolución.

Se cuantifica en 2.000 euros el daño moral causado por la no viabilidad de los preembriones al haber variado la temperatura del recipiente donde se conservaban. Preembriones que solo podrían haber sido objeto de donación a un tercero (si las partes así lo hubieran consentido en su momento), ya que no hubieran podido transferírsele a la viuda por haber transcurrido el plazo. Y en caso de querer ser madre, la viuda debería acudir al semen de un tercero, en vez de poder serle implantados los preembriones ya conservados porque precisamente ha transcurrido el plazo del año requerido

Por otro lado, teniendo en cuenta que las técnicas de reproducción asistida oscilan entre los 6.000 euros, la cuantía de la indemnización puede considerarse muy pequeña.

XI. PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD DE LA PERJUDICADA DE VER SATISFECHO SU INTERÉS DE SER MADRE

Como ya hemos escrito en otras ocasiones la Jurisprudencia se ha referido al concepto de *pérdida de oportunidad* refiriéndose al daño consistente en haber perdido el perjudicado la ocasión de haber visto satisfecho un determinado interés. Los casos más frecuentes son los referidos al ámbito de la responsabilidad

sanitaria: pensemos en aquellos casos en que el perjudicado pierde la oportunidad de curación de una enfermedad[17], y en el ámbito de la responsabilidad jurídica referido a los casos en que el perjudicado ha perdido la oportunidad de tener éxito en un procedimiento judicial[18].

Téngase en cuenta que, en nuestro caso, la pérdida de embriones y la imposibilidad de reiniciar de nuevo el ciclo, ha causado a la paciente un daño moral irreparable, si tenemos en cuenta que deseaba la gestación de un hijo con material reproductor de su esposo fallecido y ya no queda muestra criopreservada de ese material. La paciente no deseaba ser madre sin más, lo que realmente anhelaba era tener un hijo de su esposo fallecido.

La cuestión a concretar se centra en determinar si la viuda hubiese sabido desde el primer momento la existencia del plazo de un año para que los preembriones fecundados con material del esposo fallecido, y pese a su estado de depresión, hubiese consentido en su implantación, no se le debería *indemnizar por la ocasión perdida de no haberle implantado los preembriones, de no poder ser madre de unos hijos que le vinculaban a su marido fallecido, evitando además la posibilidad de que se hubiesen perdido porque no habría seguido estando crioconservados.*

Fundamentamos esta idea en que realmente hay una omisión por el propio Servicio público sanitario de la «diligencia exigible en el desempeño de su deber de estar alerta en el transcurso del plazo…».

XII. BIBLIOGRAFÍA

GÁMIZ SANFELIU, M.: Reflexiones sobre la fecundación *post mortem.* Cuestiones interpretativas del artículo 9 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, *Actualidad Civil,* núm. 10, Sección A Fondo, Quincena del 16 al 31 de mayo de 2009, p. 1163, tomo 1, Editorial La Ley (La Ley 2009, 11701).

MAGRO SERVET, V.: Solicitud de autorización judicial para inseminación artificial procedente de persona fallecida a su pareja. La «fecundación *post mortem*». *Práctica de Tribunales,* núm. 115, julio-agosto de 2015, Editorial Wolters Kluwer (La Ley 2015, 4631).

XIII. ÍNDICE DE SENTENCIAS (DEL TS, TSJ Y AP) CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO

- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 22 de abril de 2013, Rec. 896/2009 (La Ley 2013, 66042).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 628/2011 de 27 de septiembre de 2011, Rec. 1568/2008. Ponente: Juan Antonio XIOL RÍOS (La Ley 2011, 228950).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 552/2005 de 14 de julio de 2005, Rec. 275/1999. Ponente: Francisco MARÍN CASTÁN (La Ley 2005, 1682).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 10 de octubre de 1998, Rec. 1496/1994. Ponente: Antonio GULLÓN BALLESTEROS (La Ley 1998, 9746).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 11 de octubre de 1997, Rec. 3367/1990. Ponente: Francisco MORALES MORALES.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 4 de febrero de 1992, Rec. 2618/1989. Ponente: Jesús MARINA MARTÍNEZ-PARDO (La Ley 1992, 13898).

- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 5 de julio de 1991. Ponente: José Luis ALBÁCAR LÓPEZ (La Ley 1058-JF/0000).
- STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 10.ª, Sentencia 41/2017 de 6 de febrero de 2017, Rec. 448/2014. Ponente: Francisca María de Flores ROSAS CARRIÓN (La Ley 2017, 16800).
- SAP de Sevilla, Sección 2.ª, Sentencia 632/2014 de 22 de diciembre de 2014, Rec. 3947/2014. Ponente: Sebastián MOYA SANABRIA (La Ley 2014, 238159).
- SAP de Alicante, Sección 6.ª, Sentencia 277/2014 de 23 de diciembre de 2014, Rec. 553/2014. Ponente: José María RIVES SEVA (La Ley 2014, 236457).
- SAP de Badajoz, Sección 3.ª, Sentencia 352/2008 de 30 de diciembre de 2008, Rec. 370/2008. Ponente: Juana CALDERÓN MARTÍN (La Ley 2008, 267052).
- SAP de Álava, Sección 1.ª, Sentencia 53/2008 de 18 de febrero de 2008, Rec. 590/2007. Ponente: Iñigo MADARIA AZCOITIA (La Ley 2008, 39291).
- AAP de Valencia, Sección 7.ª, Auto 273/2003 de 23 de diciembre de 2003, Rec. 66/2003. Ponente: María Pilar Eugenia CERDÁN VILLALBA (La Ley 2003, 217310).
- Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Valladolid, Auto de 12 de diciembre de 2007, Proc. 958/2007. Ponente: Luis PUENTE DE PINEDO (La Ley 2007, 358160).

XIV. LEGISLACIÓN CITADA

- CE.
- Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida.
- Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida.
- Ley 41/2002 de 14 de noviembre, Ley básica reguladora de la autonomía del paciente y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.
- Real Decreto 413/1996, de 1 de marzo, por el que se establecen los Requisitos técnicos y funcionales precisos para la autorización y homologación de los centros y servicios sanitarios relacionados con las técnicas de Reproducción Humana Asistida.

NOTAS

[1] STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 10.ª, Sentencia 41/2017 de 6 de febrero de 2017, Rec. 448/2014. Ponente: Francisca María de Flores ROSAS CARRIÓN (La Ley 2017, 16800), cuya doctrina se concreta en que «Debido a un fallo técnico en la conservación de los embriones, la mujer no puedo repetir el tratamiento al que fue sometida para intentar ser madre, tras el fallecimiento de su esposo debido a un padecimiento oncológico. No obstante su reclamación es estimada en parte, porque cuando solicitó nuevo tratamiento, ya habían transcurrido los 12 meses previstos legalmente para la utilización del material reproductor del marido»

[2] *Vid.*, por ejemplo, el breve estudio de GÁMIZ SANFELIU, Marta: Reflexiones sobre la fecundación *post mortem*. Cuestiones interpretativas del artículo 9 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, *Actualidad Civil,* núm. 10, Sección A Fondo, Quincena del 16 al 31 de mayo de 2009, p. 1163, tomo 1, Editorial La Ley (La Ley 2009, 11701).

[3] SAP de Álava, Sección 1.ª, Sentencia 53/2008 de 18 de febrero de 2008, Rec. 590/2007. Ponente: Íñigo MADARIA AZCOITIA (La Ley 2008, 39291).

[4] SAP de Badajoz, Sección 3.ª, Sentencia 352/2008 de 30 de diciembre de 2008, Rec. 370/2008. Ponente: Juana CALDERÓN MARTÍN (La Ley 2008, 267052).

[5] Consentimiento del marido por escrito y en documento público o disposición testamentaria: exigencia formal. Así, por ejemplo, el AAP de Barcelona de 16 de septiembre de 2004, o el auto del Juzgado de Primera Instancia número 17 de Valencia de 29 de octubre de 2004. El mencionado en primer lugar señalaba: «De la dicción de tal precepto podemos deducir que la utilización del material genético del cónyuge o varón no unido por vínculo matrimonial fallecido, la condiciona la Ley al cumplimiento de los requisitos siguientes: 1) que haya expresado su consentimiento en escritura pública o testamento, es decir, de forma indubitada, con intervención de un fedatario público que así recoja y constate dicha autorización; 2) que sea utilizado dentro de los seis meses siguientes a su fallecimiento, periodo temporal en el que la mujer deberá expresar su voluntad receptiva al respecto, ya que evidentemente su inseminación con el semen identificado del que fue su marido o pareja requiere la bilateralidad; 3) dicho consentimiento es un acto personalísimo, que no puede ser suplido por los herederos del cónyuge o pareja premuerta, y 4) que es sustancialmente revocable, en cuanto la Ley señala que podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de tales prácticas, siendo obvio que en tal caso la inseminación no puede tener lugar».

[6] MAGRO SERVET, Vicente: Solicitud de autorización judicial para inseminación artificial procedente de persona fallecida a su pareja. La "fecundación *post mortem", Práctica de Tribunales*, núm. 115, julio-agosto de 2015, Editorial Wolters Kluwer (La Ley 2015, 4631).

[7] Expediente en el que tras oír a los afectados por esta decisión (ascendientes del fallecido, hijos y hermanos si los hubiere) resolverá el Juez sobre ello y si hay oposición se convertirá el expediente en contencioso para resolverse por los cauces del juicio ordinario. En cualquier caso, el Juez exigirá la existencia del consentimiento del fallecido a ello, o la presunción de que así es en los términos antes indicados.

[8] AAP Sección 7.ª, de 23 de diciembre de 2003, rec. 766/2003. Desestimación de la AP de Valencia de la autorización judicial de inseminación artificial.

[9] SAP de Sevilla, Sección 2.ª, Sentencia 632/2014 de 22 de diciembre de 2014, Rec. 3947/2014. Ponente: Sebastián MOYA SANABRIA (La Ley 2014, 238159).

[10] Información que resulta de muy fácil comprensión cuando hay una falta de correspondencia biológica del futuro hijo con el varón que presta el consentimiento, por ser el preembrión a implantar producto de la donación de semen de un tercero. «Partiendo de esta premisa, es irrelevante que no se recabara una segunda firma del demandante en junio de 2010, cuando el embrión fue finalmente transferido a la gestante ya que, como explicó en el acto del juicio verbal Don Nicanor, en su anterior ciclo menstrual no se llegó siquiera a la descongelación de preembriones, al no presentar D.ª Milagrosa las adecuadas condiciones. Es decir, no hubo dos tratamientos sino uno solo, en el que la descongelación y transferencia de preembriones a las que se prestó consentimiento por ambos litigantes tuvo lugar en un segundo ciclo menstrual, por circunstancias que resultan irrelevantes a los efectos que nos ocupan».

[11] SAP de Alicante, Sección 6.ª, Sentencia 277/2014 de 23 de diciembre de 2014, Rec. 553/2014. Ponente: José María RIVES SEVA (La Ley 2014, 236457).

[12] Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Valladolid, Auto de 12 de diciembre de 2007, Proc. 958/2007. Ponente: Luis PUENTE DE PINEDO (La Ley 2007, 358160).

[13] AAP de Valencia, Sección 7.ª, Auto 273/2003 de 23 de diciembre de 2003, Rec. 66/2003. Ponente: María Pilar Eugenia CERDÁN VILLALBA (La Ley 2003, 217310).

[14] Donde solo se indicó que «La pérdida de embriones y la imposibilidad de reiniciar de nuevo el ciclo, ha causado a la paciente un daño moral irreparable, si tenemos en cuenta que deseaba la gestación de un hijo con material reproductor de su esposo fallecido y ya no queda muestra criopreservada de ese material. La paciente no deseaba ser madre sin más, lo que realmente anhelaba era tener un hijo de su esposo fallecido. Eso ya nunca podrá suceder».

[15] GÁMIZ SANFELIU, Marta: Reflexiones sobre la fecundación *post mortem*. Cuestiones interpretativas del artículo 9 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Repro-

ducción Humana Asistida, *Actualidad Civil*, núm. 10, Sección A Fondo, Quincena del 16 al 31 de mayo de 2009, p. 1163, tomo 1, Editorial La Ley. (La Ley 2009, 11701).

[16] «Según el informe del Jefe del Servicio de Mantenimiento del Hospital La Paz obrante a los folios 12 y siguientes del expediente administrativo, resulta que los preembriones obtenidos en la fecundación *in vitro* de doña María Rosario se guardaban en un contenedor criogénico de 26 litros de capacidad, fabricado en aluminio y aislado mediante una cámara de vacío; el contenedor disponía de una boca de 89 mm con una capa aislante compuesta de un polímero y una caperuza metálica que permitía proteger la apertura mediante un candado; el equipo trabajaba a presión atmosférica y la tapa aislante no tenía un cierre hermético. No se realizaba ningún tipo de mantenimiento preventivo, por considerarse que el recipiente carecía de mecanismos y partes móviles que debieran ser revisadas y porque no llevaba alimentación y conexión a ningún tipo de instalación».

[17] STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 10 de octubre de 1998, Rec. 1496/1994. Ponente: Antonio GULLÓN BALLESTEROS (La Ley 1998, 9746). Amputación de mano derecha. Conservación en hielo sintético por cambio de recipiente realizado por un tercero. Conducta negligente de la enfermera demandada. Fracaso del reimplante. Imputación de pérdida de unas expectativas.

[18] STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 5 de julio de 1991. Ponente: José Luis ALBÁCAR LÓPEZ (La Ley 1058-JF/0000). Obligación de acreditar su correcta actuación en el desempeño de su función de asesoramiento jurídico.

STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 4 de febrero de 1992, Rec. 2618/1989. Ponente: Jesús Marina MARTÍNEZ-PARDO (La Ley 1992, 13898). Desconocimiento de normas profesionales del letrado encargado de la defensa del litigio.

STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 11 de octubre de 1997, Rec. 3367/1990. Ponente: Francisco MORALES MORALES Responsabilidad civil de corredor colegiado de comercio por no aseguramiento de la legitimidad de las firmas estampadas en póliza de préstamo por él intervenida.

«El deber de defensa judicial debe ceñirse al respeto de la *lex artis* [reglas del oficio], esto es, de las reglas técnicas de la abogacía comúnmente admitidas y adaptadas a las particulares circunstancias del caso. La jurisprudencia no ha formulado con pretensiones de exhaustividad una enumeración de los deberes que comprende el ejercicio de este tipo de actividad profesional del abogado. Se han perfilado únicamente a título de ejemplo algunos aspectos que debe comprender el ejercicio de esa prestación: informar de la gravedad de la situación, de la conveniencia o no de acudir a los tribunales, de los costos del proceso y de las posibilidades de éxito o fracaso; cumplir con los deberes deontológicos de lealtad y honestidad en el desempeño del encargo; observar las leyes procesales; y aplicar al problema los indispensables conocimientos jurídicos» (Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 552/2005 de 14 de julio de 2005, Rec. 275/1999. Ponente: Francisco MARÍN CASTÁN (La Ley 2005, 1682).

STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 22 de abril de 2013, Rec. 896/2009 (la Ley 2013, 66042). Pérdida de oportunidad procesal del cliente porque la abogada interpuso demanda sin solicitar la medida cautelar de anotación preventiva de la misma. Omisión por la abogada de la diligencia exigible en el desempeño de su cometido profesional, pues no aplicó los imprescindibles conocimientos jurídicos que hubieran evitado el perjuicio sufrido por el cliente.

STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 628/2011 de 27 de septiembre de 2011, Rec. 1568/2008. Ponente: Juan Antonio XIOL RÍOS (La Ley 2011, 228950). Hay responsabilidad civil de abogado, al haber negligencia profesional en el ejercicio de una acción de acceso a la propiedad en materia de arrendamientos rústicos históricos. Se produce una caducidad de la instancia por inactividad procesal durante tiempo superior a cuatro años.

1.2. Derecho de familia

Aspectos relevantes en torno a la vivienda familiar

Relevant aspects concerning the familiar housing

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT

Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil. UCM

RESUMEN: La vivienda familiar constituye un bien adscrito a la familia que, sirve de lugar de residencia y donde habitualmente se desarrolla la convivencia que, tanto constante matrimonio o relación de pareja como tras la crisis matrimonial o de pareja plantea una serie de situaciones jurídicas relevantes que, son objeto de análisis en el presente estudio.

ABSTRACT: The family housing constitute a thing of the family that server as a place of residence and where habitually develops the coexistence that during the marriage or relationship as a coupe after the marriage crisis or couple it raises a series of relevant legal situations that are the object of analysis in the present study.

PALABRAS CLAVES: Vivienda. Crisis matrimonial o de pareja. Hijos menores y mayores de edad. Hipoteca. Disposición de la vivienda. División y liquidación de la sociedad de gananciales.

KEY WORDS: Housing. Matrimonial crisis or couple. Minor and major children of age. Mortgage. Disposition of the housing. Division. Liquidation of economic regime.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR: 1. Alcance y fijación de la medida de atribución del uso. 2. Los criterios para la atribución del uso de la vivienda familiar. 3. Diversos títulos por el que se atribuye el uso de la vivienda. 4. La división de la vivienda familiar. 5. La temporalidad en la atribución del uso.—III. LA HIPOTECA Y OTROS GASTOS EN RELACIÓN CON LA VIVIENDA FAMILIAR.—IV. LA DISPOSICIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR.—V. LA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES Y LA CUANTIFICACIÓN ECONÓMICA DEL DERECHO DE USO.—VI. BIBLIOGRAFÍA.—VII. INDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

La vivienda representa un activo inmobiliario de gran valor patrimonial con el que se satisface las necesidades básicas de la familia, en particular, un interés

básico como es el alojamiento. Es escasa la regulación que el Código Civil dedica al régimen jurídico de la vivienda familiar, y a su protección, pues, se limita a establecer determinadas restricciones a la libre disposición en el marco de los artículos 96.4 y 1320; la situación de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial —artículos 90 B, 91, 96, 103.2.ª y 104—; a los bienes comprados a plazo por uno de los cónyuges antes o constante la sociedad de gananciales —artículos 1356 y 1357—; una referencia a las atribuciones preferentes en caso de disolución de matrimonio por fallecimiento de uno de los cónyuges —artículos 1406.4 y 1407— a la que se ha de sumar el artículo 78.4 de la Ley Concursal. Fuera del Código Civil, los artículos 91 y 144.5 del Reglamento Hipotecario que tienen por finalidad asegurar un mínimo de certeza en las transacciones y embargos que, afecten a tales bienes[1]. La vivienda familiar constituye para la mayoría de la doctrina y jurisprudencia el lugar donde habitualmente se desarrolla la convivencia de la familia. La edificación habitable que satisface su necesidad permanente de vivienda o de habitación[2]. Es el lugar, donde la familia desarrolla sus actividades ordinarias, y que le proporciona no solo cobijo, sino además seguridad o intimidad. Nuestro legislador no ofrece ninguna conceptuación de la vivienda familiar, sino que esa labor se deja a la doctrina y la jurisprudencia. Así ORTEGA DÍAZ-AMBRONA considera vivienda familiar «aquella que constituye el ámbito habitual de desarrollo de las relaciones conyugales y de filiación»[3]. Por su parte, ELORRIAGA DE BONIS la define como «aquel espacio físico, digno y adecuado, que constituye el ámbito normal de las relaciones matrimoniales y de filiación», o «como el espacio físico donde se localiza el matrimonio y la familia»[4]. Existe una coincidencia en considerar a la vivienda familiar como el local o edificación que es usado ordinariamente para su habitación por un matrimonio y su familia (hijos). Para HERRERO GARCÍA por vivienda familiar ha de entenderse «el lugar habitable donde se desarrolla la convivencia familiar»[5].

La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de diciembre de 1996[6] conceptúa la vivienda familiar como «el reducto donde se asienta y desarrolla la persona física, como refugio elemental que sirve a la satisfacción de sus necesidades primarias (descanso, aseo, alimentación, vestido, etc.) y protección de su intimidad (privacidad), al tiempo que cuando existen hijos es también auxilio indispensable para el amparo y educación de estos. De ahí que, las normas que sobre el uso de la vivienda familiar contiene el Código Civil en relación con el matrimonio y su crisis se proyectan más allá de su estricto ámbito a situaciones como la convivencia prolongada de un hombre y una mujer como pareja ya que las razones que abonan y justifican aquella valen también en este último caso».

Desde una perspectiva, la vivienda familiar nace y se estructura cuando los cónyuges y los hijos se instalan a vivir en forma más o menos permanente en algún inmueble de su elección. Es lo que el profesor LACRUZ BERDEJO denomina «familiarización», esto es, la afectación, con voluntad de estabilidad, de determinado bien a la necesidad de alojamiento del grupo familiar[7]; se trata entonces de una cuestión de hecho, que «no proviene de un acto jurídico o acuerdo de voluntades encaminados a tal fin, al menos en la generalidad de los casos, puesto que la ocupación de la vivienda viene dada por la naturaleza y realidad de las cosas y no por contratos que la establezcan y la regulen»[8].

Por otra parte, desde una perspectiva social, el inmueble familiar representa no solo el lugar donde se desenvuelve la vida familiar, sino además, como observa RAMS ALBESA «cumple una función de relación social desproporcionadamente importante, pues en las aglomeraciones urbanas da al usuario referencia respecto de la definición del grupo familiar en la sociedad. Suele ser la respuesta indica-

tiva a la integración en una clase social; dentro de ella, a un nivel económico, cultural y educativo, y en algunas megalópolis babelísticas llega a dar noticia de la raza, la religión y hasta de la nacionalidad de origen. Si a estos capitales datos de partida, adicionamos que se trata de un bien escaso, con fuerte presión en la demanda, y, por tanto, siempre caro, en relación con la economía del adquiriente, tendremos cabal respuesta al porqué de la atención prestada por los poderes políticos a demanda de los votantes»[9].

A esta falta de definición, hay que añadir que, nuestro ordenamiento jurídico se caracteriza por una imprecisión terminológica a la hora de designar a la vivienda familiar. Así en el artículo 96 del Código Civil alude a vivienda familiar, en el artículo 1320 del citado cuerpo legal se refiere a vivienda habitual de la familia; el artículo 1357 de este mismo Código, en sede gananciales a la vivienda y ajuar familiares; el artículo 1406 también del Código Civil referido a las atribuciones preferentes en la liquidación de la sociedad de gananciales, a la vivienda donde tuviere la residencia habitual; y, finalmente, el artículo 91 de la Ley Hipotecaria a la vivienda habitual de la familia. Ante esta pluralidad de denominación, nos parece más adecuada esta última.

Por su parte, el artículo 40 del Código Civil perfila un concepto de domicilio como lugar de residencia habitual de las personas naturales, y el domicilio conyugal como la sede jurídica de ambos cónyuges, el lugar donde se localiza el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones derivadas del matrimonio fijado por ambos cónyuges de común acuerdo y en caso de discrepancia por el Juez (art. 70 del Código Civil)[10].

Para que la vivienda tenga el carácter de familiar es necesario que cumpla una serie de requisitos: 1) Ha de constituir el lugar donde habitualmente se desarrolla la convivencia familiar o destinada a servir como asiento del hogar familiar[11], o la residencia normal de la familia, con una continuidad presumible[12]; o, en fin, como espacio físico que satisface las necesidades cotidianas de alojamiento. 2) Debe ser un lugar habitable. En palabras de CÁRCABA FERNÁNDEZ para que una vivienda sea digna y adecuada debe «albergar con decoro a un ser humano, lo que se consigue cuando reúne las condiciones suficientes para que en ella se pueda desarrollar la vida humana en sus más diversas facetas de una manera honrosa»[13]. Para TAMAYO CARMONA cosa distinta es que la vivienda en cuanto destinada a servir de espacio donde las personas puedan desarrollar sus necesidades básicas, deba reunir la infraestructura mínima que cumpla al menos los requerimientos de la normativa administrativa del ramo, so pena de desalojo[14].

En este contexto, más controvertido es el tratamiento de las denominadas viviendas mixtas o inmuebles de naturaleza mixta, al estar dedicada una parte inseparable del mismo al desarrollo de una actividad empresarial o profesional. En algunos casos, se resuelve la cuestión acudiendo a un criterio de accesoriedad, que exige determinar si la vivienda o la actividad empresarial o profesional es la principal; si bien, se suele supeditar el mismo a la posibilidad o no de poder segregarse, llegado el caso, ambos espacios[15]. Sin embargo, otros autores entienden que el artículo 1320 del Código Civil no hace distinción alguna en la materia, por lo que, además de excluir tal criterio, entienden que la coexistencia de la vivienda con una actividad profesional o empresarial no desvía dicho bien del estatuto particular que, la ley asigna a la vivienda familiar[16].

Por otra parte, también plantean cierta problemática los anejos de la vivienda —los garajes y trasteros—. Se considera vivienda habitual familiar en cuanto forman parte del mismo inmueble[17]. Sin embargo, no faltan algunas Resoluciones

que optan por la concesión de su uso independientemente de la vivienda, cuando pueden ser objeto de utilización separada, como veremos.

3) Asimismo, ha de tener la vivienda la calificación de familiar, ha de estar ocupada efectivamente por la familia, y con carácter principal[18].

4) La vivienda ha de ser inmueble. No obstante, se admite la existencia como vivienda de muebles que reúnan condiciones de habitabilidad y que constituyan el alojamiento principal de la familia como las *roulottes,* casas-bote, remolques, tiendas de campaña o cualquier otro que haga las veces de un hogar habitual[19].

En todo caso, la vivienda familiar puede ser ocupada en virtud de un título de propiedad, de un derecho real que atribuya su uso, de un derecho personal de uso, como puede ser un contrato de arrendamiento, o en fin, en virtud de la atribución de un uso como consecuencia de un proceso de nulidad, separación o divorcio.

En cuanto a la determinación subjetiva de aplicación de la especial normativa que el Código Civil dedica a la vivienda familiar en los artículos 96 y 1320 del Código Civil hemos de decir que, corresponde a la familia matrimonial[20]. En este contexto, no obstante, se ha planteado la posible aplicación analógica de la normativa contenida en el Código Civil (arts. 96 y 1320) a las parejas no casadas que no han previsto pactos en relación con su ruptura y vivienda familiar. Aunque la tendencia mayoritaria se orienta a la no aplicación de la normativa protectora de la vivienda familiar a las parejas de hecho[21]. Sin embargo, un sector de la doctrina y jurisprudencia ha considerado posible la aplicación analógica del artículo 96 del Código Civil cuando existen hijos comunes, con base al principio de igualdad de los hijos matrimoniales y no matrimoniales (arts. 108 del Código Civil y 14 de la Constitución Española)[22]. De no existir descendencia común, el criterio, sin embargo, ha sido desestimar la *analogía legis* «dada la falta de identidad de razón entre el matrimonio y las uniones de hecho que permitan dicha extensión normativa»[23]; si bien, no se descarta el recurso a la *analogía iuris*, siempre que exista un perjuicio y un desequilibrio en la situación del demandante respecto del otro conviviente cuando cesa la convivencia en comparación con la situación existente antes de la ruptura que, como tal justifique la atribución de uso de la vivienda como medida compensatoria por ser el interés más digno de protección[24].

Sobre tales bases, el presente estudio se va a centrar en el análisis de aquellos aspectos más relevantes en el tratamiento jurídico de la vivienda familiar, en concreto, los relacionados con la atribución del uso, la constitución de la hipoteca sobre la misma y su eventual pago, como otros gastos que se derivan de la vivienda, su posible división, los posibles títulos jurídicos de atribución de la vivienda, la liquidación de la sociedad de gananciales y la posible compensación económica de la atribución del uso.

II. LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

1. Alcance y fijación de la medida de atribución del uso

El contenido y la extensión de tal medida no puede ser mayor que, el derecho que inicialmente se tenía, ni puede generar un derecho antes inexistente, sino solo mantener y proteger el que la familia ya tenía[25]. Este derecho solo posibilita la utilización material de la vivienda familiar, por lo que no abarca la totalidad de las facultades dominicales relativas al uso y disfrute de la vivienda. En cuanto al objeto de este derecho de uso alcanza a la vivienda familiar en los términos

que, se han descrito en líneas precedentes, por lo que abarca la totalidad de las dependencias que son utilizadas para tal fin, esto es, para el desarrollo normal y habitual de la vida familiar[26]. Puede esta atribución del uso de la vivienda familiar conllevar el uso también de los anejos inseparables de la vivienda o que forman parte de la unidad registral —garajes, trasteros—[27]. Lo que no impide que, en ocasiones queden excluidos del derecho de uso, porque las partes así lo han acordado en el convenio regulador, o por quedar acreditada la independencia y autonomía de tales instalaciones para este fin.

Ahora bien, se ha planteado la posibilidad de atribución del uso de segundas residencia de la familia o de otras viviendas que posean. Al respecto, se considera que, la vivienda familiar debe ser entendida como el lugar donde de forma estable y permanente habiten los cónyuges o en su caso los hijos dentro de la convivencia normal conyugal, por lo que en el supuesto de crisis matrimonial solo debe atribuirse el uso de este y excluirse en otras viviendas que constituyan la segunda residencia o, representen también otras viviendas propiedad de la pareja. A tal fin, es doctrina del Tribunal Supremo que, en los procedimientos matrimoniales seguidos con oposición de los cónyuges no puede atribuirse viviendas o locales distintos de aquel que constituye la vivienda familiar, y en consecuencia, el Juez no tiene competencia para atribuir el uso de bienes distintos de aquellos que constituyen la vivienda familiar, pues, el artículo 91 del Código Civil solo permite al Juez, en defecto de acuerdo o de no aprobación del convenio presentado, atribuir el uso de la vivienda familiar según los criterios del artículo 96 del citado cuerpo legal[28]. Si bien no faltan Resoluciones en la jurisprudencia menor favorable a la atribución de segunda vivienda sobre la determinación del régimen de uso de todo el patrimonio ganancial, constituya o no vivienda familiar, y asimismo, sobre la base de criterio de equidad y justicia material, pues, carece de sentido obligar a una de las partes a pagarse una vivienda cuando dispone de una ganancial. Lo que supone aplicar analógicamente lo dispuesto en el artículo 96 del Código Civil[29]. No obstante, esta posición del Tribunal Supremo contrasta con la adoptada por algunas normativas autonómicas que, posibilitan la atribución del uso de segundas viviendas[30].

En todo caso, la determinación y alcance del régimen de uso de la vivienda familiar es uno de los elementos que configura el contenido del convenio regulador, por lo que las partes, podrán acordar a quien se atribuye el uso de la vivienda familiar, si bien tras la oportuna aprobación judicial. En ausencia de acuerdo, o porque no se haya aprobado judicialmente, corresponde al Juez pronunciarse sobre tal medida en la Sentencia por el que se acuerda la nulidad, separación o el divorcio.

2. Los criterios para la atribución del uso de la vivienda familiar

Son diversos los criterios que se establecen en función de las diferentes situaciones familiares que pueden tener lugar. Si bien, nos referiremos a alguno de ellos de forma sucinta por razones de espacio.

A) Existencia de hijos menores de edad

En este caso, la Ley prescinde del criterio de titularidad, pues, resulta irrelevante qué cónyuge sea el propietario del inmueble. Puede ser de titularidad

privativa o ganancial, o pertenecer a ambos en régimen de comunidad ordinaria, o por cuotas (art. 392 del Código Civil). Lo prioritario es la protección de los hijos; de ahí la importancia del principio de *favor filii,* principio recogido en Tratados y Resoluciones de organizaciones internacionales como la Declaración de los Derecho del Niño de 20 de noviembre de 1959; la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989; la Resolución A 3-01722/1992 del Parlamento Europeo sobre la Carta de los Derechos del Niño; y, asimismo, contenida en nuestro texto constitucional artículo 39.2, y, en numerosos preceptos del Código Civil (arts. 92, 93, 103, 110, 142.2, 154, 159, 170)[31].

Por tanto, el interés familiar que se tiene en cuenta, a los efectos de decidir la atribución del uso a uno de los cónyuges, es el de los hijos menores de edad, por entender que es el de estos el más necesitado de protección. De este modo, el uso de la vivienda familiar se atribuye al cónyuge en cuya compañía queden (art. 96.1 del Código Civil)[32]. Si los hijos son encomendados al cónyuge titular no se plantean problemas, al recaer sobre la misma persona el uso y la titularidad de la vivienda y, en consecuencia, ningún derecho emerge[33]; ahora bien, si el beneficiario del uso no es el titular, o lo es en régimen de copropiedad, el fundamento de la privación del uso al cónyuge titular-propietario se encuentra en el especial cumplimiento de los deberes que, a él le corresponde respecto de sus hijos ya que la separación, nulidad y divorcio no exime a los padres de sus obligaciones para con ellos (art. 92.1 del Código Civil), como la relativa a facilitarles habitación y, además que esta siga desarrollándose en una vivienda determinada, que hasta ahora es la que constituía la vivienda familiar[34]. Lo que no impide que la vivienda que cubra las necesidades de alojamiento del hijo menor, pueda ser otra distinta de la vivienda familiar, como hemos señalado, pues, lo que se protege es el interés del menor a vivir en una digna que, satisfaga todas sus necesidades[35].

En este contexto, se ha planteado la posible limitación temporal del uso de la vivienda ante el riesgo que se corre de «expropiar» al propietario, sin que exista defensa para este[36]. Lo cierto es que, el artículo 96 del Código Civil no establece la temporalidad del uso sobre la vivienda más que en el párrafo tercero cuando se trata de inexistencia de hijos (menores) y se atribuye la vivienda al cónyuge no titular. Si bien, tal ausencia de mención en el párrafo primero del citado artículo 96, no permite pensar que el derecho de uso es indefinido, sino más bien que, no es precisa la fijación de un plazo de duración por el juez o por los cónyuges en el convenio regulador. En todo caso, la duración del derecho de uso está en función del estado de necesidad —interés más necesitado de protección— que, le ha servido de fundamento. Asimismo, este derecho de uso no se extingue al llegar los hijos a la mayoría de edad al poder subsistir el deber de alimentos, siendo la vivienda una de las partidas cubiertas por el mismo (art. 142 del Código Civil). Ello plantea la cuestión de si es posible limitar la duración del uso a un plazo determinado, o a la mayoría de edad de los hijos o a cualquier otra circunstancia. Sobre este particular se ha pronunciado el Tribunal Supremo, en Sentencia de 14 de abril de 2011[37], considerando que cuando existen hijos menores conviviendo en el domicilio familiar no es posible establecer *a priori* ninguna limitación temporal. Así señala que «*el artículo 96 del Código Civil establece que, en defecto de acuerdo, el uso de la vivienda familiar corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Esta es una regla taxativa, que no permite interpretaciones temporales limitadoras, incluso el pacto de los progenitores deberá ser examinado por el juez para evitar que se pueda producir este perjuicio. El principio que aparece protegido en esta disposición es el del interés del menor, que requiere alimentos que deben prestarse por el titular de la patria potestad y*

entre los alimentos se encuentra la habitación (art. 142 del Código Civil); por ello, los ordenamientos jurídicos españoles que han regulado la atribución del uso en los casos de crisis matrimoniales, o de crisis de convivencia, han adoptado esta regla (art. 233-30.1 del Código Civil catalán). La atribución del uso de la vivienda familiar, es una forma de protección, que se aplica con independencia del régimen de bienes del matrimonio o de la forma de titularidad acordada entre quienes son sus propietarios, por lo que no puede limitarse el derecho de uso al tiempo durante el cual los progenitores ostentes la titularidad sobre dicho bien». Y, añade la Sentencia de este mismo Tribunal de 16 de junio de 2014 que «*la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el artículo 96 del Código Civil*»[38]. Si bien, no faltan pronunciamientos a favor de la limitación temporal de la medida, fijando un plazo de duración concreto —dos, tres, cinco años—[39], o, simplemente, hasta la mayoría de edad de los hijos[40], o alcancen independencia económica[41], e, incluso, se opta por fijar como criterio temporal la liquidación de la sociedad de gananciales[42] o venta de la vivienda familiar, sobre el razonamiento que, la atribución preferente que sanciona el artículo 96.1 del Código Civil, no puede condicionar la indefinida privación al cónyuge no beneficiario del conjunto de las facultades dominicales que, en principio reconoce el artículo 348 del citado cuerpo legal, ya sea en orden a la ocupación futura de la vivienda, ya a los fines de lograr en un plazo razonable la efectiva, que no meramente formal o nominal, venta del patrimonio privativo o en su caso, de la venta o liquidación del patrimonio común, de tener tal condición la vivienda familiar. De todas, formas, respecto de los hijos mayores de edad, se suele optar mayoritariamente por su limitación temporal, si bien, se tiene en cuenta entre otros criterios, su independencia económica, su edad[43].

Ahora bien, procede señalar que, hay dos factores que eliminan el rigor de la norma del mencionado artículo 96.1 cuando no existe acuerdo previo entre los cónyuges: uno, el carácter no familiar de la vivienda sobre la que se establece la medida, entendiendo que una cosa es el uso que se hace de la misma vigente la relación matrimonial, y otra distinta que ese uso permita calificarla de familiar si no sirve a los fines del matrimonio porque los cónyuges no cumplen con el derecho y deber propio de la relación[44]; y, otro, que el hijo no precise de la vivienda por encontrarse satisfechas las necesidades de habitación a través de otros medios; solución que requiere que la vivienda alternativa sea idónea para satisfacer el interés prevalente del menor, como así aparece recogido en el artículo 233.20 del Código Civil catalán, que establece que en caso de otras residencias idóneas para satisfacer el interés prevalente del progenitor custodio y los hijos, el juez puede sustituir la atribución de la vivienda familiar por la de otra residencia más adecuada (también en cierta forma el art. 81.1 del Código Civil de Aragón)[45]. Sin duda el interés prevalente del menor es la suma de distintos factores que tienen que ver no solo con las circunstancias personales de sus progenitores, y las necesidades afectivas de los hijos tras la ruptura, de lo que es corolario lógico y natural la guarda y custodia compartida, sino también con otras circunstancias personales, familiares, materiales, sociales y culturales que deben ser objeto de valoración para evitar en lo posible un factor de riesgo para la estabilidad emocional del menor, y que a la postre va a condicionar el mantenimiento de un *status* sino similar si parecido al que disfrutaba hasta ese momento, y esto se consigue no solo con el hecho de mantenerlos en el mismo ambiente que proporciona la vivienda familiar o en otra similar que, no tenga tal condición pero que cubra las necesidades de habitación del menor, sino también con proporcionar una

respuesta adecuada a los problemas económicos que resultan de la separación o del divorcio y que afectan directamente a los padres, para hacer frente tanto a los gastos que comporta una doble ubicación de los progenitores, como a los alimentos presentes y futuros. La situación del grupo familiar no es la misma antes o después de la separación o el divorcio, especialmente en las economías más débiles, donde los ingresos económicos se dividen, y, particularmente, tiene especial incidencia cuando uno de los cónyuges debe abandonar el domicilio o cuando se bloquea la normal disposición del patrimonio privativo —si tiene tal carácter la vivienda familiar— o del patrimonio ganancial —si por el contrario, tal vivienda tiene tal naturaleza—, impidiendo una cobertura económica mayor, no solo a favor de los hijos sino de los propios padres que han contribuido a crear un patrimonio común afectado tras la separación por una situación real de incertidumbre. De ahí que, no se considere contrario a la norma del artículo 96.1 el que se pueda excepcionar su rigor en los casos señalados, o en algunos casos, interpretaciones temporales limitadoras, si está asegurada la necesidad habitacional del menor.

B) Atribución del uso de la vivienda familiar cuando a cada progenitor se otorga la guarda y custodia de uno de los hijos

El artículo 96.2 prevé la posibilidad de que la custodia de los hijos se reparta entre ambos cónyuges (custodia repartida). Si bien, el legislador no establece ningún criterio que permita objetivamente atribuir el uso de la vivienda a uno u otro cónyuge, por lo que en este supuesto, por expresa previsión legal, la decisión queda encomendada al arbitrio judicial, esto es, al criterio razonable e imparcial del Juez. El criterio del «interés más necesitado de protección» no se presume a favor de los hijos menores, sino que deberá acreditarse en cada caso, en cuanto no sirve para resolver el conflicto. Así, se ha estimado como parámetros que, permitan la concesión del uso de la vivienda a un determinado grupo familiar, y resolver las posibles situaciones de conflicto que se planteen, entre otros: la situación y las posibilidades económicas del grupo familiar, ya que resulta evidente que el que tenga la situación más precaria, tendrá más dificultades para hacer frente a las necesidades de una vivienda; número de hijo que integran cada uno de los grupos familiares; estado de salud de los progenitores y, en su caso, de los hijos; posibilidades de acceso a una vivienda por cada grupo familiar; y, en fin, la edad de los hijos[46].

Ahora bien, si no queda acreditado un interés especial de protección en ambos grupos familiares, es perfectamente factible que, si la vivienda familiar es privativa, se mantenga esta en poder y posesión del cónyuge titular, obviando la posibilidad de atribución del uso[47]. Por ende, si la vivienda es de titularidad común, el uso es compartido, por lo que se puede optar por no otorgar a ningún grupo familiar el uso de la vivienda[48], o dividirla —si es posible su división material—[49], o, simplemente atribuir el uso de forma temporal y rotatoria o forma alternativa a cada grupo familiar.

C) Atribución del uso de la vivienda familiar cuando no existen hijos

Si no hubiera hijos menores de edad o incapacitados, el párrafo tercero del artículo 96 dispone que «*no habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales*

bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado». El empleo del verbo «podrá» confiere a la atribución un carácter discrecional y dejándola al arbitrio judicial, supedita esta a que el cónyuge no titular sea el interés más necesitado de protección y, además, así lo aconsejen las circunstancias del caso; de modo que, para la aplicación de esta medida no será suficiente con que concurra ese interés preferente, sino que se requiere algo más —la concurrencia de una serie de circunstancias—, para que, finalmente la atribución del uso prevalezca sobre la titularidad del bien inmueble que recae en el otro cónyuge. El criterio que fija, pues, el artículo 96.3 del Código Civil es más riguroso que el que establece el artículo 103.2 del citado cuerpo legal, que solo remite al Juez para su toma de decisión sobre la atribución del uso de la vivienda al interés más necesitado de protección, precisamente por el carácter de medidas definitivas a las que se refiere el primero de los preceptos mencionados. En todo caso, el Juez no puede pronunciarse de oficio sobre esta cuestión, sino que debe ser solicitada a instancia de parte, a diferencia de lo que ocurre cuando hay hijos menores de edad, donde el Juez necesariamente debe pronunciarse sobre el uso de la vivienda familiar[50].

En este contexto, la concreción de lo que representa el principio del interés más necesitado de protección y de las circunstancias personales y socioeconómicas en las que se puede encontrar el cónyuge no titular, corresponde al órgano judicial en una adecuada ponderación de los intereses en juego, pues, la aplicación del artículo 96.3 tiene carácter excepcional y, por ende, su interpretación debe ser sumamente restrictiva, máxime cuando la vivienda es propiedad de otro[51]. Entre las circunstancias a tener en cuenta hay que destacar la situación económica y patrimonial de los cónyuges —sobre todo cuando impiden al cónyuge no titular disponer de medios económicos que le permiten acceder a otra vivienda mediante compra o alquiler—; personas que, aparte de uno de los cónyuges, se verían en su caso, obligados a abandonar la vivienda junto a él. Es una realidad puesta de manifiesto con cierta habitualidad, que permanezcan en la vivienda familiar hijos mayores sin ingresos propios suficientes para independizarse, y cuya voluntad sea la de convivir con el cónyuge no titular; las circunstancias personales del cónyuge que solicita la atribución del uso, en concreto, la edad, estado de salud, cualificación profesional; asimismo, si en la que constituía la vivienda familiar uno de los cónyuges desarrolla en la misma una profesión[52]; posibilidades de uno y otro de disponer de una vivienda que cubra sus necesidades de alojamiento, etc.[53]. Sobre tales bases, es patente que, en la valoración de los intereses en juego no operamos sobre parámetros objetivos, sino que serán las circunstancias concretas de cada caso las que influyan en el tribunal a la hora de decidir la atribución del uso.

Ahora bien, es posible que el Juez después de valorar todas las circunstancias del caso llegue a la conclusión de que no existe un interés más necesitado de protección, por lo que el uso deberá permanecer en manos del cónyuge titular de la vivienda. La titularidad cede solo cuando se pruebe que el interés del cónyuge no titular es el más necesitado de protección y, además, las circunstancias hacen aconsejable que sea el beneficiario del uso. Por tanto, el criterio del interés más necesitado de protección en palabras de MARTÍN MELÉNDEZ «sigue siendo también el criterio principal en estos supuestos, estando el de la titularidad realmente subordinado a este»[54].

D) La atribución del uso de la vivienda en caso de custodia compartida

En este contexto, hay que señalar que, el Código Civil no introduce reglas especiales de atribución en caso de guarda y custodia compartida[55], tampoco la Ley Foral Navarra 3/2011, de 17 de marzo de regula esta cuestión. Las posibilidades, en consecuencia, son: a) Que los hijos permanezcan en la vivienda y sean los padres los que se desplacen en los periodos establecidos —conocido como vivienda-nido—. En este supuesto, la vivienda se atribuye a los hijos y al progenitor que en cada momento los tenga en guarda y custodia[56]; b) Que sean los hijos los que cambien de domicilio. De forma que, para la atribución de la vivienda resulta lógico que se atienda al interés del cónyuge más necesitado de protección, valorando entre otros factores el que disponga de otra vivienda el otro progenitor, apoyos familiares, situación económica de cada uno de los progenitores, estado de salud, etc. (art. 96.1 del Código Civil)[57]; o se atribuye de forma conjunta a ambos[58]; o, en caso de ser la vivienda ganancial o pertenecer a ambos cónyuges en propiedad común, o ser privativa de uno de los cónyuges, o pertenecer a un tercero, se aplica analógicamente lo previsto en el párrafo segundo del artículo 96 que, regula el supuesto ya analizado de que existan varios hijos y unos queden bajo la custodia de un progenitor y otros en la del otro, resolviendo el Juez lo que estime precedente, con posibilidad de imponer una limitación temporal en la atribución del uso[59]; c) Que no se realice atribución ninguno de los progenitores ni a los hijos[60]; o d) Se atribuye al cónyuge más necesitado de protección[61]. La falta de regulación en relación con esta medida, y la guarda y custodia compartida contrasta con la existente en las legislaciones autonómicas[62].

3. Diversos títulos por el que se atribuye el uso de la vivienda

La propiedad de la vivienda familiar puede pertenecer a ambos cónyuges, en proindiviso o como bien ganancial, o a uno solo de ellos o, en fin, a un tercero o compartida por el cónyuge o cónyuges con un tercero. En este supuesto, como en el caso de cotitularidad en *proindiviso*, la atribución judicial del derecho de uso no afecta al tercero copropietario o a cada uno de los propietarios individualmente, y en consecuencia, no le impiden el ejercicio de sus derechos, tanto en lo relativo a la posesión de la finca, como en el ejercicio de la acción de división de la cosa común, como analizaremos oportunamente.

Ahora bien, es posible que la vivienda familiar sea arrendada y al respecto conviene recordar que, se proclama como doctrina jurisprudencial que, el contrato de arrendamiento concluido por uno de los cónyuges constante matrimonio no forma parte de los bienes gananciales[63]. En todo caso, si la vivienda se atribuye al cónyuge no arrendatario, el artículo 15 de la LAU prevé que, en los casos de nulidad, separación o divorcio del arrendatario, el cónyuge no arrendatario puede continuar en el uso de la vivienda arrendada cuando le sea atribuido el uso de la vivienda familiar. Si bien, la voluntad del cónyuge de continuar en el uso de la vivienda, debe ser comunicada al arrendador en el plazo de dos meses desde que fue notificada la resolución judicial correspondiente, acompañada de copia de dicha resolución judicial o de la parte de la misma que afecte al uso de la vivienda[64]. Si el cónyuge no realiza la notificación, no obstante sigue conservando el derecho a usar de la vivienda arrendada, pero gozará de menor protección, si el arrendador ejercita su derecho a resolver el contrato de arrendamiento. De todas

formas, la atribución del uso determina una subrogación del cónyuge usuario en la posición de arrendatario.

Si la vivienda ha sido arrendada a ambos cónyuges, no es obligatoria la notificación, aunque parece que, sería conveniente comunicar al arrendador la atribución del uso a uno de los cónyuges. De todas formas, no hay ningún problema, si el uso se atribuye al cónyuge arrendatario[65].

Por otra parte, si la vivienda es propiedad de un tercero —habitualmente los progenitores del cónyuge no usuario—, salvo que se pruebe que la vivienda es ocupada por tolerancia o liberalidad de sus propietarios, ajenos al núcleo familiar, se entiende de forma mayoritaria que, estamos ante un supuesto de precario y en consecuencia, ostenta la condición de precarista el cónyuge al que se atribuye el uso. En estos casos, los propietarios pueden recuperar la vivienda mediante el ejercicio de la acción de desahucio por precario, al estar legitimados por la inexistencia de un contrato con el ocupante de la misma[66]. A tal fin, y para evitar un perjuicio para los hijos menores y en su interés, se puede atribuir judicialmente el uso de otra vivienda, siempre que esta sea adecuada y satisfaga las necesidades de habitación de los hijos[67].

Ahora bien, en los supuestos en que la vivienda familiar ha sido proporcionada por la empresa como pago o contribución en especie, no parece existir obstáculo alguno en la atribución de su uso al cónyuge no beneficiario, si bien la misma dependerá de la permanencia de la relación laboral del beneficiario sobre la que se sustenta y, asimismo, por las decisiones de la propia empresa. Otra cosa es cuando la vivienda forma parte o es inherente al propio puesto de trabajo —vivienda de portero— o, al cargo que ocupa —viviendas militares—, pues, en este caso no resulta viable la atribución del uso de la vivienda al cónyuge ajeno a ese cargo o relación laboral o profesional al ir, precisamente, la concesión de la vivienda indisolublemente unida al ejercicio laboral o profesional[68].

4. La división de la vivienda familiar

Se ha planteado la posibilidad de uso compartido de la vivienda familiar mediante la división material de la misma; siempre que la división sea posible y útil por reunir las viviendas resultantes las condiciones de habitabilidad —accesos y servicio no compartidos—[69].

La excepcionalidad de la medida exige que sea lo más adecuado y no perjudique el interés de los menores, y por supuesto que no haya conflictividad y malas relaciones entre los cónyuges que impidan una convivencia adecuada[70]. También se ha planteado, sin dividir la vivienda, un uso compartido de la totalidad de la vivienda, siempre que concurran especiales circunstancias que lo hagan aconsejable —esposos con escasa pensión y con edad avanzada—[71], o cuando existe una práctica previa consolidada[72] o porque así se ha convenido[73], no procediendo en caso de no poder mantener una convivencia no conflictiva[74].

Ahora bien, como hemos señalado en líneas precedentes, la propiedad de la vivienda puede pertenecer a ambos cónyuges en proindiviso, o ser compartida por los cónyuges con un tercero, o, puede que la vivienda familiar tras la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales se atribuya a los dos cónyuges en régimen de comunidad ordinaria o por cuotas[75]. En estos casos la atribución del uso no puede impedir el ejercicio de la acción de división de la cosa común. La facultad de ejercer la división de la cosa se encuentra sometida a los siguientes límites: a) El ejercicio debe acomodarse siempre a las exigencias de la buena fe

consagradas en el artículo 7 del Código Civil; b) No podrá exigirse la división de la cosa común, cuando exista un pacto de conservar la cosa indivisa (art. 400.2)[76]. Para que sea válido el pacto de indivisión se exige que el mismo sea por tiempo determinado y que este no exceda de diez años, permitiéndose, no obstante, que llegado el vencimiento del plazo, se pueda prorrogar mediante nuevo convenio. En todo caso, además de la limitación temporal indicada, tal pacto debe ser aprobado por todos los copropietarios. Por lo que, si alguno de los copropietarios no participa en dicho acuerdo, puede solicitar en cualquier momento la división de la cosa común, sin que los demás puedan oponerse a ello.

De todas formas, no solo el propietario tiene la facultad de salir de la comunidad de bienes solicitando la división de la cosa común, sino que, además, puede imponer esta a los demás copropietarios[77]. De todas formas, podrá hacerse la división con el consentimiento unánime de los demás comuneros en el supuesto de estar todos interesados en la misma (art. 402 del Código Civil).

Ahora bien, tal acción de división ha de ejercitarse por el cauce procesal del juicio declarativo que corresponda en función de la cuantía (ordinario o verbal), teniendo en cuenta que para la determinación de la misma se estará al valor de la cosa al tiempo de interponerse la demanda, conforme al precio de mercado, o en la contratación de bienes de la misma clase (arts. 249.2 y 250.2 en relación con los arts. 251.2 y 3 de la LEC). Está legitimado activamente para ejercitar la acción cualquier persona que ostente la condición de comunero en el momento de hacerlo. De forma que, se trata de una acción real que debe dirigirse contra el resto de los comuneros. La división se regirá por las reglas concernientes a la división de las herencias (art. 406 del Código Civil). El resultado que se obtenga será la adjudicación en propiedad plena y separada de una parte o porción de la cosa común, o, en el caso de que no fuera posible la división de la cosa, en la entrega de una parte del precio obtenido por la venta de la cosa, proporcional a la cuota que tenía en la comunidad[78].

En este contexto, cabe plantearse si la acción de división de la cosa común sobre la vivienda familiar, afecta al derecho de uso constituido sobre la misma, aun cuando tal derecho no se haya inscrito en el Registro de la Propiedad.

El criterio mayoritario es que no le afecta. Así es doctrina jurisprudencial consolidada la que admite el ejercicio de la acción de división de la cosa común por uno de los comuneros, con la subsistencia de tal derecho de uso[79]. El adquirente del bien tenga o no lugar la adquisición en pública subasta debe soportar tal derecho de uso. En consecuencia, con esta forma de proceder, se deja sin aplicación la restricción de la facultad dispositiva prevista en el artículo 96.4 del Código Civil; y, asimismo, se parte de la oponibilidad *erga omnes* de tal derecho, —consecuencia que es la propia de un derecho real— y, por ende, no se supedita necesariamente la subsistencia del mismo a su inscripción. Así las Sentencias de unificación de doctrina del Tribunal Supremo, de 14 de enero de 2010[80] y de 18 de enero de 2010[81] sostienen que el derecho del cónyuge titular del derecho de uso es oponible a terceros que hayan adquirido directamente de propietario único, o en la subasta consiguiente a la acción de división. Y, en la misma línea, la reciente Sentencia de este mismo Tribunal, Sala de lo Civil, sección 1.ª, de 27 de febrero de 2012[82], que, además de afirmar que debe aceptarse la acción de división ejercitada por la recurrente, ya que no está obligada a permanecer en la comunidad, y puede imponer la división a su exmarido, sostiene que de ello no puede derivar la extinción del derecho de uso atribuido a aquel, cuyo interés se ha considerado más digno de protección. Tal consolidada posición jurisprudencial viene a ser, igualmente, acogida por un sector de la doctrina, y

al que nos sumamos[83]. La eventual venta de la finca en pública subasta debe garantizar la subsistencia de esta medida, que solo puede ser modificada por decisión judicial en un procedimiento de modificación de medidas o por voluntad de los interesados.

En este contexto, cabe preguntarse si podemos trasladar lo expuesto, a los casos de enajenación, cesión o gravamen de la cuota, parece que, la respuesta ha de ser afirmativa, por lo que también en estos supuestos subsiste el derecho de uso.

Sobre tales bases, cabe plantearse ahora si subsiste el uso de la vivienda si la venta o la acción de división la realizará el tercero extraño —cotitular de la vivienda—. En este caso, si el tercero decide enajenar, gravar o ceder su cuota o ejercitar la acción de división de la cosa común se extingue el derecho de uso, pues, aquel no ha sido parte en el procedimiento matrimonial y no resulta vinculado por lo que se decida en él. Lo cierto es que, no se le puede imponer un gravamen como el derecho de uso sin su consentimiento. En consecuencia, juega aquí la regla «resuelto el derecho del concedente, se resuelve el derecho del concedido»[84].

Ante la extinción del derecho de uso, deberá el cónyuge usuario instar un procedimiento de modificación de medidas que, determine la adopción de cualquier otra que palie tal pérdida.

5. La temporalidad en la atribución del uso

El derecho de uso de la vivienda familiar, cuando existen hijos comunes menores de edad, en los términos señalados, no es susceptible de ninguna limitación temporal, pues, la atribución del uso se considera que, es una manifestación del principio de interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el artículo 96 del Código Civil y se aplica con independencia del régimen de bienes del matrimonio o la forma de titularidad[85]. No obstante, como hemos referido en líneas precedentes, hay factores que, eliminan el rigor de la norma cuando no existe acuerdo previo entre los cónyuges, y se tiende a optar también por la temporalidad también en caso de hijos menores de edad, máxime cuando los menores tienen solventadas sus necesidades de habitación por otros medios[86].

Ahora bien, en ausencia de hijos menores de edad o cuando los hijos sean mayores de edad e independientes económicamente o aun no siéndolo, o hijos mayores de edad discapacitados o en caso de custodia compartida[87] se considera que, el derecho de uso se caracteriza por la provisionalidad y temporalidad, de tal forma que, la limitación temporal del mismo no es más que una manifestación de la naturaleza de este derecho y no puede prorrogarse el uso de forma definida al entrar en colisión el derecho del beneficiario con los legítimos derechos dominicales que, corresponde al otro consorte sobre el inmueble, no solo en cuanto a su eventual uso, sino también en lo relativo a su disposición. La limitación temporal puede realizarse estableciendo una concreta fecha o periodo de tiempo —dos, tres, cinco, diez años— o, se realiza tal limitación con referencia a la liquidación de la sociedad de gananciales o bien a la división de la cosa común[88]. También se puede establecer una limitación del uso durante un periodo concreto, transcurrido el cual se procede al uso alternativo de la vivienda hasta la liquidación de la sociedad de gananciales o la división de la cosa común[89]. En todo caso, la temporalidad en el uso se aplica tanto en caso de vivienda privativa de uno de los cónyuges como en el caso de titularidad compartida, con el objeto

de evitar que las facultades dominicales del cónyuge no beneficiario del derecho queden frustradas[90].

III. LA HIPOTECA Y OTROS GASTOS EN RELACIÓN CON LA VIVIENDA FAMILIAR

Una de las formas de financiar la adquisición de vivienda es mediante préstamo hipotecario. Deben concurrir a su constitución en los supuestos mencionados, tanto los cónyuges como los miembros de la pareja estable por razón de su titularidad compartida (arts. 397 y 1375 y 1377 del Código Civil). Ahora bien, no resulta imprescindible que la posición de deudor sea asumida por los dos cónyuges o por los dos miembros de la pareja; no obstante, las entidades de crédito para minimizar los riesgos de tales operaciones, suelen exigir que la posición de deudor sea asumida por los dos cónyuges (art. 1367 del Código Civil), o miembros de la pareja, además, con carácter solidario. De forma que, si ambos cónyuges resultan deudores hipotecarios, quedarán sujetos a responsabilidad los bienes gananciales o comunes, y solidariamente los privativos de cada uno de ellos (arts. 1367, 1911 del Código Civil, y 105 de la Ley Hipotecaria). En el caso que la vivienda habitual pertenezca a uno solo de los cónyuges para constituir hipoteca sobre la misma, será preciso, de acuerdo con el artículo 1320 del Código Civil, el consentimiento de ambos cónyuges o, en su caso, autorización judicial. En este último caso, solo podrá contratar la apertura de crédito o la entrega del préstamo el cónyuge hipotecante, pues, será el único que asuma la posición de deudor. Si el cónyuge no propietario presta su asentimiento, participará en la operación como deudor, exigiendo por lo general la entidad crediticia que lo haga con carácter solidario. Asimismo, puede ocurrir que el inmueble adquirido constante matrimonio con destino a vivienda familiar ya estuviese hipotecado, siendo, en estos casos de aplicación, lo previsto en el artículo 118 de la Ley Hipotecaria.

Sobre tales bases, conviene precisar que, la hipoteca regulada en el capítulo III, Título XV del Libro IV (arts. 1874 al 1880 del Código Civil), y en la legislación especial (Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1946; y el Reglamento Hipotecario de 14 de febrero de 1947), viene a ser en nuestro ordenamiento un derecho real y accesorio que, se constituye en garantía de cualquier clase de obligación (arts. 2, 104, 105 de la LH y 1861 del Código Civil). Según ROCA SASTRE la hipoteca es «un derecho real que ya, de momento, sujeta lo hipotecado, cualquiera que sea su titular, al poder de exigir eventualmente la realización de su valor, así como la adopción de medidas dirigidas a salvaguardarlo, todo en seguridad o garantía de la efectividad de alguna obligación dineraria, y cuyo derecho es de carácter accesorio, indivisible, de constitución registral, y grava bienes inmuebles, ajenos, enajenables, que permanecen en posesión de su propietario o titular, y el cual implica un poderoso instrumento de crédito territorial»[91]. En consecuencia, la legislación española configura la hipoteca como un derecho real de garantía, de realización de valor, de carácter accesorio respecto de la obligación principal asegurada (art. 1857.1.ª del Código Civil), de ahí que, actúe en función de garantía del cumplimiento de una obligación de pago en dinero[92]. Estamos, en esencia, ante la constitución de un derecho real de garantía y de realización de valor que recae sobre bienes inmuebles y que asegura el cumplimiento forzoso de un crédito mediante la concesión a su titular de la facultad de proceder a tal realización por el cauce adecuado (arts. 1874 del Código Civil, y 106 a 108 de la Ley Hipotecaria)[93].

Se confiere al acreedor de manera directa un poder de realización sobre los bienes hipotecados para la satisfacción del crédito que garantizan, cualquier que sea el poseedor de los mismos (arts. 1876 del Código Civil y 104 de la Ley Hipotecaria), y, asimismo, tiene un efecto *erga omnes*, pues, aquellos quedan sujetos al *ius distraendi* del acreedor.

Aunque la hipoteca se regule en el Código Civil en el Libro IV de los contratos, no tiene otro alcance que, determinar el cauce de su constitución por negocio jurídico, bilateral o unilateral, que, en nuestro análisis será el correspondiente préstamo hipotecario. Como tal derecho real accesorio de garantía exige su constitución en escritura pública y su necesaria inscripción en el Registro de la Propiedad tal como impone el artículo 145 de la Ley Hipotecaria[94]. Asimismo, como carga a efectos reales subsiste con el mismo rango aún en el caso de enajenación o gravamen posterior del inmueble.

El contrato de préstamo hipotecario se perfecciona, como cualquier contrato, desde que las partes consienten en obligarse y, en consecuencia, obliga al cumplimiento de lo expresamente pactado (el llamado *pacta sunt servanda* —artículos 1254, 1255, 1258 y 1278 del Código Civil—), no pudiéndose dejarse al arbitrio de una de las partes contratantes su cumplimiento (art. 1256 del Código Civil), ni que, estas se puedan desligar unilateralmente del mismo, pues, lo acordado voluntaria y libremente por las partes tiene fuerza de ley entre las mismas (*lex contractus* —artículo 1091 del Código Civil—). Esto rige en todos los contratos, incluso en los de adhesión, donde se mantiene la libertad de contratar (celebrar o no el contrato), no así la libertad contractual, esto es, la posibilidad de establecer cualquiera de las partes las cláusulas que estimen pertinentes para su acuerdo o pacto posterior.

En este contexto, es habitual que, la adquisición de la vivienda familiar tenga lugar mediante un préstamo hipotecario que, se amortiza en varios años —máximo 30 años—, en un número determinado de cuotas creciente, y, asumido por ambos cónyuges con carácter solidario, si ambos optan por tal compra, aunque también es posible que la propiedad del inmueble sea privativa de uno de los cónyuges, al adquirirla antes del matrimonio y, se aporta al matrimonio como vivienda familiar, cuando contrae aquel. Por tanto, constante matrimonio las diferentes cuotas de amortización del préstamo se satisfacen en la forma como ambos cónyuges hayan convenido, normalmente de forma conjunta, por partes iguales, o proporcional a sus recursos económicos, sin ser posible plantear ninguna exigencia de reembolso por la asunción de mayor cantidad por parte de uno de los cónyuges[95]. Ahora bien, los conflictos surgen cuando se produce la ruptura matrimonial consecuencia de un proceso de divorcio, separación o nulidad, pues, el cese de la convivencia, además de determinar una disminución de ingresos, —que puede agravarse por la situación de crisis económica actual—, exige la adopción de una serie de medidas en convenio regulador o adoptadas por el Juez, entre las que necesariamente se encuentra la relativa al pago del préstamo hipotecario, pues, se ha de seguir cumpliendo periódicamente con las cuotas de amortización del mismo en la forma y cuantía pactadas, si se quiere evitar una posible ejecución hipotecaria por impago y la consiguiente pérdida de la vivienda, lo que por desgracia es una realidad creciente en los tiempos actuales. Ante tal situación se han adoptado dos líneas de actuación: la minoritaria que, considera que, los pagos de dicho crédito constituyen cargas del matrimonio, lo que conlleva la posibilidad de establecer un pago en proporción a lo que cada cónyuge le corresponda en la satisfacción de las mismas, o hayan convenido[96]; y, otra, la mayoritaria que, por el contrario, considera que el pago del crédito no

es una carga del matrimonio, sino deuda de ambos cónyuges y, en consecuencia, ha de atenderse al título contractual asumido para la adquisición del bien inmueble[97]. En esta última línea, opera en sede gananciales, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil sección 1.ª, de 28 de marzo de 2011[98] cuando señala en su *Fundamento de Derecho segundo* que*: «La hipoteca que grava el piso que constituye la vivienda familiar no debe ser considerada como carga del matrimonio, en el sentido que a esta expresión se reconoce en el artículo 90 D del Código Civil, porque se trata de una deuda de la sociedad de gananciales y, por tanto, incluida en el artículo 1362.2 del Código Civil. Por tanto, mientras subsista la sociedad, la hipoteca debe ser pagada por mitad por los propietarios del piso que, grava, los cónyuges, y debe, en consecuencia, excluirse de las reclamaciones formuladas por el reclamante. Por tanto, el pago de las cuotas hipotecarias afecta al aspecto patrimonial de las relaciones entre cónyuges, porque si el bien destinado a vivienda se ha adquirido vigente la sociedad de gananciales, debe aplicarse lo establecido en el artículo 1347.3 del Código Civil, que declara la ganancialidad de los «bienes adquiridos a título oneroso a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno solo de los esposos», por lo que será de cargo de la sociedad según dispone el artículo 1362.2 del Código Civil «la adquisición, tenencia y disfrute de los bienes comunes». Se trata de una deuda de la sociedad de gananciales, porque se ha contraído por ambos cónyuges en su beneficio, ya que el bien adquirido y financiado con la hipoteca tendrá la naturaleza de bien ganancial y corresponderá a ambos por mitad*». De forma que, para el Tribunal Supremo: 1. El pago de las cuotas correspondientes a la hipoteca contratada por ambos cónyuges para la adquisición de la propiedad del inmueble destinado a vivienda familiar no constituye carga del matrimonio. 2) Dicho pago constituye deuda de la sociedad de gananciales. 3) Corresponde pagarla a ambos cónyuges por mitad, al ser ambos copropietarios por mitad, aunque se haya producido la crisis matrimonial.

Esta misma respuesta negativa a la consideración como carga del matrimonio de la obligación del pago del préstamo hipotecario destinado a la adquisición de la vivienda familiar, y, por ende, su consideración como deuda de la sociedad de gananciales, ligada a la adquisición de la propiedad del bien, ya fue adoptada con anterioridad por esta misma Sala y magistrada ponente Excma. Sra. Encarnación ROCA, en la Sentencia de 5 de noviembre de 2008[99] y se ha mantenido como doctrina jurisprudencial constante en la actualidad[100]. Con posterioridad, optando por esta misma solución, si bien en sede régimen de separación de bienes, se han pronunciado dos Sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil de 26 de noviembre de 2012[101], del mismo magistrado ponente Excmo. Sr. D José Antonio SEIJAS QUINTANA y, otra de 21 de julio de 2016[102]. Esta posición de considerar el pago de las cuotas hipotecarias como deuda y no como carga del matrimonio es también la adoptada por el artículo 231-5 del Código Civil catalán al eliminar de la consideración de cargas familiares, el pago de las cuotas dirigidas a la adquisición de bienes destinados a vivienda. Además, el artículo 233-23 del citado cuerpo legal, dispone en su párrafo primero que «*en caso de atribución o distribución del uso de la vivienda, las obligaciones contraídas por razón de su adquisición o mejora, incluidos los seguros vinculados a esta finalidad, deben satisfacerse de acuerdo con lo dispuesto por el título de constitución*», mientras que el párrafo segundo considera que, «*los gastos ordinarios de conservación, mantenimiento y reparación de la vivienda, incluidos los de comunidad y suministros, y los tributos y las tasas de devengo anual corren a cargo del cónyuge beneficiario del derecho de uso*»[103].

En consecuencia, la situación no varía cuando se produce la crisis matrimonial. Estamos ante una deuda de la sociedad de gananciales (art. 1362.2 del Código Civil), y aunque puede objetarse que la sociedad de gananciales se disuelve con la separación o el divorcio. De manera que, el pago de la hipoteca constante matrimonio y tras la situación de crisis conyugal va ligado al título de constitución del préstamo hipotecario —y no como señala la Sentencia de 28 de marzo de 2011 necesariamente al título de adquisición de la propiedad de bien—, pues, el acreedor hipotecario es ajeno a lo que suceda en las relaciones *inter conyugales*. Aun en situación de crisis conyugal, aquel puede dirigirse contra cualquiera de los cónyuges para reclamar el pago, pues, no olvidemos que, habitualmente se obligan solidariamente; y sin que el convenio regulador o la correspondiente Sentencia judicial de nulidad, separación o divorcio puedan novar el contenido obligacional del título por el que se constituyó la obligación de pago[104]. En todo caso, el establecimiento de una contribución desigual y distinta en el pago del préstamo hipotecario de la que resulte del título constituido, una vez que tiene lugar la situación de crisis conyugal, no debe ser excluida por principio, si existe acuerdo entre los cónyuges al respecto; ahora bien, la no intervención del acreedor en ese acuerdo prestando su consentimiento determina que la obligación se mantenga subjetivamente inalterada; lo que no impide la validez y eficacia *inter partes* del acuerdo de asunción del pago celebrado entre ambos deudores, si bien, no respecto del acreedor que mantiene inalterable su posición crediticia, salvo que consienta la novación subjetiva de la obligación[105]. En todo caso, también constante matrimonio, el pago de las cuotas hipotecarias afecta al aspecto patrimonial de la relación entre cónyuges, pues, si el bien destinado a vivienda se ha adquirido vigente la sociedad de gananciales, a título oneroso y a costa del caudal común tendrán la consideración de bien ganancial (art. 1347.3), bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno solo de los esposos; además la adquisición, tenencia y disfrute de los bienes comunes es a cargo de la sociedad de gananciales (art. 1362.2). Por lo que, el pago del crédito hipotecario, al ser una deuda de la sociedad de gananciales, ha de corresponder a ambos cónyuges, habitualmente por mitad[106].

Lo cierto que, al no existir convivencia entre los cónyuges tras la crisis matrimonial decae el fundamento del deber de contribución a las cargas del matrimonio, basado como bien sabemos, en la colaboración, solidaridad conyugal, ayuda mutua entre ambos cónyuges, y, en el consumo y disfrute de bienes en común; lo único que puede solicitar un cónyuge al otro como medidas en convenio regulador o en la correspondiente Resolución judicial, será su derecho de alimentos, pensión compensatoria, contribución a los gastos ordinarios y, en su caso, extraordinarios de los hijos comunes, atribución del uso de la vivienda[107].

Desde tal perspectiva, entre las cargas del matrimonio no puede situarse el pago de las deudas como la hipotecaria, ni siquiera las originadas por la adquisición de la vivienda familiar, porque esta es una cuestión ya determinada por contrato de préstamo, aunque si puede tener alguna repercusión excepcionalmente en algunas de las medidas. Ahora bien, en caso de ejecución hipotecaria, se considera que la concesión del derecho de uso a favor del cónyuge custodio e hijos menores sobre la vivienda familiar, queda al devenir del procedente derecho hipotecario. Así si el derecho de uso ha nacido con posterioridad a la constitución de la hipoteca, se extingue con la ejecución hipotecaria, pese a que el adquirente conociera la atribución del derecho de uso sobre la vivienda en la fecha de adquisición[108].

Con relación al pago de determinados gastos que, no son la hipoteca, el Tribunal Supremo —frente al criterio de algunas Audiencias Provinciales que optan por la asunción por mitad por ambos[109] o por el pago a quien se atribuye el uso[110]—, considera que las cuotas ordinarias de la comunidad de propietarios ha de ser abonada por el propietario o propietarios en proporción a su cuota (art. 9 de la LPH), considerando que no cabe la asimilación del usuario al usufructuario[111]. En todo caso, corresponden al cónyuge usuario el pago de los gastos de conservación y mantenimiento de la vivienda común y las reparaciones ordinarias que exige la vivienda, considerando por tales las que exijan los deterioros o desperfectos que procedan del uso natural de las cosas y sean indispensables para su conservación (arts. 500 y 528 del Código Civil)[112]; mientras que, las extraordinarias corresponderán al propietario, como las derramas o gastos de comunidad extraordinarios. En lo referente al Impuesto de Bienes Inmuebles (IBI), como la tasa de basura, frente a la posición de considerar que se atribuye su pago al titular de la vivienda —como sujeto pasivo obligado al pago—[113], o al que se ha otorgado el uso[114], existen otras resoluciones que se posicionan por considerar que, el pago debe realizarse por ambos cónyuges por mitad —si bien, en algunos supuestos en la consideración de copropietarios—[115]. Respecto a los suministros de la vivienda (luz, agua, gas, teléfono) deben ser satisfechos por la persona que ocupa la vivienda[116].

IV. LA DISPOSICIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR

La disposición sobre la vivienda familiar está limitada en situaciones de normalidad matrimonial. Así, el artículo 1320 del Código Civil señala que, para disponer de los derechos sobre la vivienda familiar habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, se requiere el consentimiento de ambos o, en su caso, autorización judicial aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges. Hay que señalar que, dicho precepto tiene su ubicación en el Título III Capítulo I del Código Civil en el marco de las disposiciones generales relativas al régimen económico matrimonial primario, por lo que se aplica a cualquiera que sea el régimen económico del matrimonio (sociedad de gananciales, separación de bienes o participación). De ahí su carácter imperativo y su aplicación cualquier que sean el régimen económico matrimonial[117], sin que responda a principios de orden público[118]. Por otra parte, para la efectiva protección que dispensa el citado precepto, resulta indiferente el título en virtud del cual se ocupa la vivienda (derecho de propiedad u otro derecho real o personal), pues, afecta a todos los derechos por igual, y, como precisa el citado texto legal «aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges»[119]. Se trata de una limitación a la libre disposición del cónyuge titular que, como tal exige una interpretación restrictiva de la misma[120]. Ahora bien, tal restricción a la libre disposición tiene sentido cuando la titularidad de la vivienda corresponde exclusivamente a uno de los cónyuges. Si ambos son cotitulares por tratarse de un bien ganancial, o en régimen de comunidad ordinaria o por cuotas, el consentimiento de los dos será necesario como consecuencia de la cotitularidad. Asimismo, el consentimiento será necesario cuando uno de los cónyuges pretenda enajenar la cuota indivisa que le corresponde sobre la vivienda.

En este contexto, el fundamento del artículo 1320 radica en la necesidad de salvaguardar la vivienda que constituye el alojamiento de la familia ante la actuación arbitraria del cónyuge que ostenta la titularidad de aquella, al disponer

de la misma a favor de terceros[121]. Así, la exigencia contenida en tal precepto no tiene otro alcance que lograr que el asentamiento del hogar conyugal se conserve jurídicamente bajo el control de ambos cónyuges[122]. Ahora bien, se parte en el mencionado precepto de la irregularidad del título en lugar de operar sobre la invalidez de la transmisión, cuando falta el consentimiento del cónyuge no titular; lo que supone una excepción a la teoría general de la transmisión de los derechos reales, fruto esencialmente de la influencia del ordenamiento francés donde la transmisión opera *solo consensu* (art. 1318 del Code Civil); de forma que, basta el contrato traslativo para que opere el proceso transmisivo y, en consecuencia, el cambio en la titularidad jurídico real[123].

Ahora bien, no se trata de un consentimiento en sentido técnico (art. 1261 del citado cuerpo legal), sino de un asentimiento o declaración de conformidad con el negocio ajeno necesario para todo tipo de actos y negocios dispositivos que impliquen privación del goce de la vivienda habitual por la familia[124]. En cuanto a la forma, no se ha previsto ninguna particular, por lo que tal asentimiento puede ser expreso, tácito o presunto. Además este asentimiento debe ser específico, no general para el concreto acto dispositivo sobre la vivienda familiar[125]. Asimismo, puede ser previo, coetáneo o posterior al negocio; en este último supuesto sería posible su convalidación tanto expresa como tácita[126].

En todo caso, resulta inviable cualquier pacto de renuncia, pues, no olvidemos que la norma contenida en el artículo 1320 del Código Civil es imperativa, de *ius cogens*, y, por tanto, inderogable e inmodificable por la sola voluntad de las partes[127].

Ahora bien, el carácter de vivienda familiar no tiene acceso al Registro de la Propiedad, de tal forma que, no existe constancia de su carácter frente a terceros de buena fe. La protección se garantiza por la obligación del transmitente de declarar que el bien transmitido no tiene el carácter de vivienda familiar, bajo pena de falsedad en documento público (art. 91.1 RH). Lo cierto es que, la manifestación errónea o falsa acerca del carácter familiar de la vivienda posibilita, no obstante, la inscripción de la misma a nombre del adquirente, pero si este no actúa de buena fe, permanecerá viva la acción de anulabilidad. Si el adquirente no inscribe su derecho sobre la vivienda habitual no goza de protección registral, lo que no impide que, en cualquier caso, esté protegido por el artículo 1320.2 del Código Civil.

Finalmente, en consonancia con lo dispuesto en el último párrafo del artículo 1301 y el artículo 1322 del Código Civil, para la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia la sanción por falta de consentimiento del cónyuge no titular al acto dispositivo es la anulabilidad, salvo que el adquirente haya actuado de buena fe[128]. Aunque el contrato pudiera reunir todos los requisitos para su validez, sin embargo, se ha considerado por el legislador que la falta de consentimiento del cónyuge no titular, a pesar de no ser un requisito del contrato, sino de la tradición, posibilita que aquel pueda atacar el título traslativo, provocando con ello la ineficacia de la transmisión. Con ello, se ha optado por situar los efectos de la ausencia de consentimiento del cónyuge no titular en el contrato; de forma que, el tercero que adquiere no pueda ampararse en la fe pública registral (art. 34 de la Ley Hipotecaria), pues, no estamos ante una falta de poder de disposición del cónyuge titular que trasmite, sino ante una irregularidad del título que determina la plena operatividad del artículo 33 de la Ley Hipotecaria. Si bien, esta facultad de control sobre el acto transmisivo que se concede al cónyuge no titular, tiene como límite la buena fe del adquirente. De forma que, la legitimación posesoria del cónyuge no titular solo se mantiene si se ha omitido su consentimiento en el negocio dispositivo, y el adquirente ha actuado de mala fe.

Ahora bien, cuando la situación de normalidad se torna en situación de crisis matrimonial, el artículo 96.4 del Código Civil limita la libre disposición del cónyuge titular con respecto a la vivienda familiar, pues, establece que, para disponer de la vivienda cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requiere el consentimiento de ambos cónyuges o en su caso, autorización judicial. Por lo que, en esta situación de crisis conyugal la falta de consentimiento no afecta al título de transmisión del bien que constituye la vivienda familiar, sino que se adquiere el dominio con la obligación de mantener el derecho de uso del cónyuge, que no ostenta ninguna titularidad sobre el bien. Si bien, tal protección no impide la enajenación compatible con el uso. En caso de disposición de la vivienda contraviniendo la norma —esto es sin previo consentimiento ni tampoco autorización judicial— la consecuencia será que el adquirente viene obligado a respetar el uso, pues, la protección de la vivienda familiar es de carácter absoluto, ejercitable frente a terceros[129]. No obstante, hay que matizar que, si el gravamen o carga no está inscrito en el Registro, enajenándose como libre la vivienda familiar, y estamos ante un tercero adquirente de buena fe, que no puede conocer de otro modo la existencia de tal derecho de uso —pues, no olvidemos que la posesión también actúa como forma de publicidad—, aplicando las normas registrales, resulta protegido por el principio de buena fe registral (art. 34 de la Ley Hipotecaria), aunque la realidad extraregistral determine que, se encuentra limitada o gravada la propiedad por un derecho de uso o algún otro derecho real en cosa ajena no inscrito o debidamente cancelado[130]. Si, por el contrario, el gravamen está inscrito, deberá el adquirente respetar el derecho de uso.

V. LA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES Y LA CUANTIFICACIÓN ECONÓMICA DEL DERECHO DE USO

Hay que señalar que, en la liquidación del pasivo, deben tenerse en cuenta, por un lado, los créditos que contra la sociedad pudiera tener uno de los cónyuges; y, por otro, los créditos de los cónyuges entre sí. Respecto de los primeros, tales créditos son pospuestos a los créditos de terceros, según dispone el artículo 1403 del Código Civil. Así pues, el pago de los créditos que tengan los cónyuges frente al patrimonio común en concepto de indemnizaciones y reintegros derivados del funcionamiento de la sociedad conyugal, se efectuarán después de que se hayan pagado las deudas y cargas de la sociedad a los que se refiere el artículo 1399 del Código Civil. Para ello, en primer lugar, se compensarán estas deudas del patrimonio común frente a los cónyuges con los eventuales créditos que tengan el patrimonio común frente a los cónyuges —siempre que tales créditos no hayan sido realizados previamente para pagar las deudas y cargas de la sociedad—; y, si el patrimonio común sigue resultando deudor, se efectuará el pago de dichas deudas a cargo de los bienes que conforman aquel. Todo ello, con el límite que supone el activo de la comunidad postganancial[131].

Con relación a los segundos, si uno de los cónyuges resultara en el momento de la liquidación acreedor personal del otro, podrá exigir que se le satisfaga su crédito adjudicándole bienes comunes, salvo que el deudor pague voluntariamente (art. 1405 del Código Civil). De todas formas, tanto los reintegros debidos al consorcio por los cónyuges, como los reintegros del consorcio a los cónyuges ha de pagarse en dinero, salvo pacto en contrario[132].

En este contexto, cabe plantearse si puede compensarse económicamente el uso de la vivienda al titular no usuario con otras medidas o computarse como activo en sede de liquidación de sociedad de gananciales.

Respecto a la primera cuestión, hay que señalar que hay una tendencia mayoritaria en la doctrina de dotar de valor económico al uso de la vivienda en un momento anterior, y, en consecuencia, de computarse como tal a la hora de fijar la pensión alimenticia o pensión compensatoria. Así respecto de los alimentos se considera que la adjudicación del uso y disfrute de la vivienda familiar cubre la necesidad de habitación a la que se refiere el artículo 142 del Código Civil, y, por tanto, constituye pago en especie de dicha pensión. Y, en relación a la pensión compensatoria se tiende a considerar como una circunstancia más a tener en cuenta a la hora de determinar su importe conforme lo previsto en el artículo 97 del Código Civil, el hecho que el cónyuge no usuario esté obligado a pagar un alquiler y parte del préstamo hipotecario[133]. Así, ROCA TRÍAS mantiene, por un lado que, la atribución de la vivienda familiar prevista en el artículo 96 del Código Civil puede considerarse como una forma de contribución que asume una parte del contenido de los alimentos; y, por otro, señala que la cuantía de la pensión compensatoria debe ser menor, teniendo en cuenta que el artículo 97 alude a otras circunstancias que hay que tener en cuenta, cuando el cónyuge titular ha cedido el uso de la vivienda al no titular, con lo que subviene una parte de sus necesidades[134]. ELLORIAGA DE BONIS, asimismo, considera que la atribución del uso de la vivienda a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden es una de las formas de contribuir a las cargas de conformidad con el artículo 154.1 en relación con el artículo 141.1 del Código Civil. Dicha atribución, precisa, tiene un valor económico, por lo que es lógico que el cónyuge perjudicado con el no uso de la vivienda, sea, al menos, beneficiado con una menor contribución al resto de las cargas; incluso, la pensión compensatoria por desequilibrio regulada en el artículo 97 podría verse reducida[135]. Por su parte, MURCIA QUITANA manifiesta, igualmente, que el disfrute de la vivienda familiar por los hijos menores del matrimonio supone la satisfacción de sus obligaciones de contribución a las cargas del matrimonio y de pago de alimentos por parte del cónyuge que no tiene a su cargo la guarda; se trataría, precisa el autor, de una contribución en especie o como satisfacción *in natura* de parte de los alimentos debidos[136]. Asimismo, excluye la pensión compensatoria a favor del cónyuge adjudicatario del uso, si la atribución del uso de la vivienda resulta suficiente para conservar el mismo nivel económico anterior. Igualmente, CUENA CASAS precisa al respecto que, se ha de compatibilizar la función asistencial con la atención a la pérdida patrimonial que padece el propietario, pues, «el cónyuge custodio se ve indirectamente beneficiado por la atribución del uso de la vivienda por razón de ostentar la guarda y custodia de los menores y prescinde de cualquier criterio de capacidad económica de este, lo cual puede generar situaciones de enriquecimiento y desequilibrio que favorecen la confrontación entre cónyuges». Y añade «la evidente función familiar de la atribución del derecho de uso sobre la vivienda familiar no tiene por qué privarle de su valor económico» y «la atribución del uso de la vivienda familiar debería someterse a la regla de la proporcionalidad propia de la pensión de alimentos, lo cual requeriría de una regulación expresa»[137]. Ciertamente, los gastos derivados de la vivienda que asume el cónyuge propietario al que no se atribuye uso —entre los que se puede incluir en su caso el pago de la hipoteca— deberían computarse como contribución en especie a la hora de fijar los alimentos y la pensión compensatoria atendiendo a la regla de la proporcionalidad. Tal forma de proceder es asumida en el Código Civil catalán.

Así, el artículo 233-20 dispone en su apartado primero que «*los cónyuges pueden acordar la atribución del uso de la vivienda familiar con su ajuar a uno de ellos, a fin de satisfacer, en la parte que proceda, los alimentos de los hijos comunes que convivan con el beneficiario del uso o la prestación compensatoria de este. También pueden acordar la distribución del uso de la vivienda por periodos determinados*». Por su parte, si no existiera acuerdo conyugal, o si este no es aprobado, la autoridad judicial a la hora de decidir la atribución del uso de la vivienda, si esta pertenece en todo o en parte al cónyuge que no es beneficiario, deberá ponderar aquel como contribución en especie para la fijación de los alimentos de los hijos y de la prestación compensatoria, que eventualmente devengue el otro cónyuge (apartado 7). Y añade el artículo 233-21 que, la autoridad judicial, a instancia de uno de los cónyuges, puede excluir la atribución del uso de la vivienda familiar, si el cónyuge que debería ceder el uso puede asumir y garantizar suficientemente el pago de las pensiones de alimentos de los hijos y, si procede, de la prestación compensatoria del otro cónyuge en una cuantía que cubra suficientemente las necesidades de vivienda de estos [apartado 1 b)]. Ahora bien, esta misma conexión uso vivienda y pensiones de alimentos y compensatoria la reproduce este mismo Código Civil cuando regula los efectos de la extinción de la pareja estable, así el artículo 234-8 apartado primero y tercero; y cuando en el artículo 233.15 e) a la hora de concretar los criterios que se han de tener en cuenta para la fijación de la pensión compensatoria dispone que se valorarán especialmente «los nuevos gastos familiares del deudor, si procede» —por ejemplo, el pago de la renta de alquiler de una vivienda por parte del cónyuge no usuario—.

En relación con la contribución a las cargas del matrimonio en el régimen de separación de bienes, RIBERA BLANES afirma que, el uso de la vivienda constituye una forma de contribuir en especie del cónyuge que es titular del bien correspondiente. Normalmente, precisa, la contribución no se limita a la aportación del bien en cuestión, sino también a los objetos que se encuentran en él. Ahora bien, esta forma de aportación de bienes propios considera la autora, constituye también una forma de contribuir a las cargas del matrimonio en los casos de separación judicial, en estos casos, la autoridad judicial concede a uno de los cónyuges la facultad de ocupar la residencia familiar que pertenece en propiedad a su consorte sin obligarle al pago de una contraprestación. Y, finalmente, señala que la aportación de un bien inmueble para contribuir a las cargas del matrimonio ha de valorarse atendiendo a la renta que tendría que, satisfacer por el arrendatario de un bien inmueble de similares características a un tercero. No sería difícil fijar el precio, simplemente habría que atender a los criterios de mercado[138].

Con respecto a la liquidación de la sociedad de gananciales, no se plantea ningún problema si la vivienda se asigna al cónyuge que tiene el uso de la vivienda, pues, se extingue por consolidación. Si bien, puede no interesarle tal asignación al tener quizá que reembolsar al otro cónyuge un exceso en la adjudicación. En todo caso, como señala DÍAZ MARTÍNEZ la atribución del uso no determina un derecho de atribución de la preferente de la propia vivienda distinto del contenido en el artículo 1406 del Código Civil, ni el derecho de uso de la vivienda familiar se considera como carga que haga reducir el valor atribuido al inmueble en el inventario[139]. La cuestión controvertida tiene lugar cuando se atribuye al cónyuge no usuario o se ha adjudicado la vivienda en régimen de comunidad romana o por cuotas. Se produce un empobrecimiento en el cónyuge no usuario, pues, además de carecer del derecho a usar de la vivienda familiar, tiene que abonar los gastos que de la misma se deriven como propietario, y un eventual enrique-

cimiento del cónyuge al que se atribuye el uso, lo que ha llevado a la doctrina a proponer la posibilidad de computarse el derecho de uso como un activo en la sociedad de gananciales; y si no existe la posibilidad de computarlo como tal en la liquidación de la sociedad de gananciales porque no rige tal régimen, sino el de separación de bienes, ni de imputarlo a una eventual pensión compensatoria porque no proceda o en caso de custodia compartida se otorgue al más necesitado de protección, y no se establezca una pensión de alimentos ni pensión compensatoria, se pueda acudir a la compensación económica por pérdida del uso, computable de forma autónoma, con el objeto de paliar la situación de desequilibrio económico que tiene lugar y que perjudica sobremanera al cónyuge titular no usuario del inmueble[140].

VI. BIBLIOGRAFÍA

CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B. (1988). Protección legal de la vivienda familiar, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* año LXIV, septiembre-octubre, núm. 588.

CÁRCABA FERNÁNDEZ, M. (1987). La protección de la vivienda y el mobiliario familiar en el artículo 1320 del Código Civil, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* año LXIII, julio-agosto, núm. 581.

CERVILLA GARZÓN, M.ª D. (2005). *La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular*, Madrid: Marcial Pons.

COSTAS RODAL, L. (2009). Comentario al artículo 1320 del Código Civil. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil*, Navarra: Aranzadi-Thomson Reuters.

CUENA CASAS, M. (2011). El régimen jurídico de la vivienda familiar. En: M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuena Casas (dirs.), *Tratado de Derecho de Familia, vol. III*, Navarra: Aranzadi.

— (2014). Uso de la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial y compensación al cónyuge propietario, *Revista de Derecho Civil,* vol. I, número 2, abril-junio.

DE LA PUENTE ALFARO, F. (2006). La protección de la vivienda familiar durante el matrimonio y tras su disolución, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* número 698.

ELORRIAGA DE BONIS, F. (1995). *Régimen jurídico de la vivienda familia*, Pamplona: Aranzadi.

HERRERO GARCÍA M.ª J. (1991). Comentario al artículo 1320 del Código Civil. En: C. Paz-Ares Rodríguez, R. Bercovitz, L. Díez-Picazo Ponce de León, y P. Salvador Coderch (dirs.), *Comentario del Código Civil* T. II, Madrid: Secretaria General Técnica. Centro de Publicaciones. Ministerio de Justicia.

LACRUZ BERDEJO, J. L. (1986). Introducción al estudio del hogar y ajuar familiares. A modo de prólogo, *El hogar y ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales,* edición coordinada por Pedro-Juan Viladrich, Pamplona: Universidad de Navarra.

LUQUE JIMÉNEZ, M.ª del C. (2012). *La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial,* Madrid: Colegio Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

MANZANO FERNÁNDEZ, M.ª del M. (1999). *El uso de los inmuebles en el Derecho Civil moderno*, Madrid: Centro de Estudios Registrales.

MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.ª (1991). Comentario al artículo 400 del Código Civil, *Comentarios del Código Civil,* dirigidos por Cándido Paz-Ares Rodríguez, Ro-

drigo Bercovitz, Luis Díez-Picazo Ponce de León, y Pablo Salvador Coderch, *T. I,* Madrid: Secretaria General Técnica. Centro de Publicaciones. Ministerio de Justicia.

MURCIA QUITANA, E. (2002). *Derechos y deberes de los cónyuges en la vivienda familiar (art. 1320 del Código Civil)*, Madrid: Civitas.

ORTEGA Y DÍAZ-AMBRONA, J. A. (1986). Constitución y vivienda familiar, *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales,* Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra.

SALAZAR BORT, S. (2001). *La atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales. Amplio estudio jurisprudencial*, Pamplona: Aranzadi.

TAMAYO CARMONA, J. A. (2003). *Protección jurídica de la vivienda habitual de la familia y facultades de disposición,* Navarra: Thomson-Aranzadi.

VERDERA IZQUIERDO, B. (2017). La atribución del uso de otras residencias distintas de la familiar. Las segundas residencias, *Revista de Derecho de Familia,* número 74, enero-marzo.

VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS, Sala de lo Civil, 18 de octubre de 1994.
- STS, Sala de lo Civil, 22 de abril de 2004.
- STS, Sala de lo Civil, 8 de mayo de 2006.
- STS, Sala de lo Civil, 8 de octubre de 2010.
- STS, Sala de lo Civil, 5 de septiembre de 2011.
- STS, Sala de lo Civil, 19 de noviembre de 2013.
- STS, Sala de lo Civil, 22 de octubre de 2014.
- STS, Sala de lo Civil, 6 de marzo de 2015.
- STS, Sala de lo Civil, 27 de octubre de 2015.
- STS, Sala de lo Civil, 6 de octubre de 2016.
- STS, Sala de lo Civil, 5 de diciembre de 2016.
- STS, Sala de lo Civil, 19 de enero de 2017.
- STS, Sala de lo Civil, 23 de enero de 2017.
- STS, Sala de lo Civil, 27 de enero de 2017.
- STS, Sala de lo Civil, 17 de febrero de 2017.
- STS, Sala de lo Civil, 8 de marzo de 2017.
- STS, Sala de lo Civil, 14 de marzo de 2017.
- SAP, Málaga, secc. 6.ª, 30 de septiembre de 2010.
- SAP Alicante, secc. 4.ª, 26 de septiembre de 2013.
- SAP, Madrid, secc. 22.ª, 15 de julio de 2014.
- SAP, Huelva, secc. 2.ª, 23 de diciembre de 2015.
- SAP Córdoba, secc. 1.ª, 15 de noviembre de 2016.

NOTAS

[1] LACRUZ BERDEJO J.L. (1986). Introducción al estudio del hogar y ajuar familiares. A modo de prologo, *El hogar y ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales, edición coordinada por Pedro-Juan Viladrich*, Pamplona: Universidad de Navarra, 26-27 señala que «la nueva disciplina del hogar familiar, que llega a España con la última reforma —precedida de abundantes precedentes extranjeros— y corresponde a un sistema de disciplina familiar basado en otros principios —plena igualdad del marido

y la mujer en obligaciones y facultades y derechos; minusvaloración del matrimonio; equiparación de los hijos nacidos de este y los no matrimoniales—, nos han traído, al fin, la sustantivación del concepto de vivienda familiar, y ello en dos frentes, a saber, uno, el de protección del hogar común frente a la decisión del dueño del local o de los objetos domésticos de enajenar aquel o estos (nuevo artículo 1320); otro el de conservación del hogar para la parte con interés familiar prevalente en las situaciones de crisis del matrimonio (arts. 90, 96, 103), y cuando este se disuelve por muerte del cónyuge (art. 1406)». Y añade «El hogar, a través de los objetos materiales, tiene también una consistencia inmaterial que merece protección, y a la que habrá de atender el juzgador».

Igualmente, precisa CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B. (1988). Protección legal de la vivienda familiar, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* año LXIV, septiembre-octubre, núm. 588, 1584 que, la tendencia protectora de la vivienda familiar se plasmó definitivamente en el Código Civil español tras la profunda reforma introducida en el Derecho de Familia por la Ley de 13 de mayo de 1981, antes de ello no existe ningún antecedente directo en este sentido.

Por su parte, HERRERO GARCÍA, M.ª J. (1991). Comentario al artículo 1320 del Código Civil. En: C. Paz-Ares Rodríguez, R. Bercovitz, L. Diez-Picazo Ponce de León, y P. Salvador Cordech (dirs.), *Comentario del Código Civil* T. II, Madrid: Secretaria General Técnica. Centro de Publicaciones. Ministerio de Justicia, 587, «la regulación del Código Civil sobre la vivienda familiar se sitúa en el ámbito interno de la relación familiar, desde el que han de considerarse no solo el juego de necesidades e intereses entre la familia y los terceros, sino también —y sobre todo— desde donde habrá de determinarse cómo puede armonizarse la satisfacción del derecho personal a la vivienda que corresponde a todos y cada uno de los miembros del grupo familiar, con los intereses que alguno de ellos pueda tener como titular de un derecho sobre la vivienda».

[2] SERRANO ALONSO, E. (1986). La vivienda familiar en la liquidación del régimen económico del matrimonio y en el Derecho sucesorio, *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales,* Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 87 y 90; DE COSSÍO Y MARTÍNEZ, M. (1997). *Las medidas en los casos de crisis matrimonial*, Madrid: McGraw Hill, 39-40; GARCÍA CANTERO, G. (1986). Configuración del concepto de vivienda familiar en el Derecho español, *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales,* Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 70-71; CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B. (1988). Protección legal de la vivienda familiar, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* septiembre-octubre, núm. 588, 1586-1587; SERRANO GÓMEZ, E. (1999). *La vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, Madrid: Tecnos, Colección de Jurisprudencia Práctica, 11-12.

Vid., asimismo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1994 *(RJ* 1994, 1030), que estima que es «un bien familiar, no patrimonial, al servicio del grupo o ente pluripersonal que en ella se asiente, quien quiera que sea el propietario»; las Sentencias de la Audiencia Provincial de Córdoba de 10 de mayo de 1993 *(AC* 1993, 1050); de la Audiencia Provincial de Valencia de 30 de septiembre de 1996 *(AC* 1996, 1537); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, de 8 de septiembre de 1997 *(AC* 1997, 1914); de la misma Audiencia y sección, de 23 de abril de 1998 *(AC* 1998, 4537); de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 1.ª, de 2 de marzo de 1999 *(AC* 1999, 4917); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, de 21 de noviembre de 2000 *(JUR* 2001, 62709); de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 25 de septiembre de 2003 *(JUR* 2004, 25749); y, de la Audiencia Provincial de Asturias de 24 de noviembre de 2003 *(JUR* 2003, 277780) también califican la vivienda familiar como un bien familiar no patrimonial, adscrito al servicio del grupo familiar o ente pluripersonal que en ella se asienta, quien quiera que sea el propietario.

[3] ORTEGA Y DÍAZ-AMBRONA, J.A. (1986). Constitución y vivienda familiar, *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales,* Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 49.

[4] ELORRIAGA DE BONIS, F. (1995). *Régimen jurídico de la vivienda familia*, Pamplona: Aranzadi, 46 y 194.

[5] HERRERO GARCÍA, M.ª J. (1991). Comentario al artículo 1320 del Código Civil, *op. cit.,* 588.

Para MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2011). La economía del matrimonio. Capitulaciones matrimoniales. En: C, Martínez De Aguirre Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil,* vol. IV Derecho de Familia, 3.ª ed, Madrid: Colex, 204, entiende por vivienda habitual «el lugar habitable en que se desarrolla actualmente y con habitualidad, la convivencia familiar».

[6] *RJ* 1996, 9020. Para las Sentencias de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, secc. 2.ª, de 30 de diciembre de 1995 *(AC* 1995, 2306) el concepto jurídico de vivienda familiar viene definido «por la utilización conjunta, permanente y habitual que los miembros de una familia hacen de aquella y donde priman los intereses de la familia, como entidad propia, frente a los particulares de uno de los cónyuges; y, de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 3.ª, de 28 de septiembre de 2007 *(JUR* 2007, 353384) señala que «la vivienda familiar se corresponde con el espacio físico, generalmente cerrado, que es ocupado por los componentes de una pareja, y, en su caso, por sus descendientes más próximos (hijos), y que a su vez constituye el núcleo básico de la convivencia, es decir, el lugar donde se desarrollan habitualmente los quehaceres cotidianos más íntimos. Tal espacio puede tener diferente forma (vivienda unifamiliar, piso que forma parte de un edificio, dependencias dentro de una casa, etc.), puede situarse en el ámbito rural o urbano, y puede incluso ser compartido con otras personas (parientes o no), o familias, pero lo que le caracteriza y diferencia de otros es que simboliza y encarna uno de los aspectos de la vida más preciados por el ser humano, cuál es su intimidad personal y familiar».

[7] LACRUZ BERDEJO, J. L. (1986). Introducción al estudio del hogar y ajuar familiares. A modo de prólogo, *op. cit.,* 28.

[8] ELORRIAGA DE BONIS, F. (1995). Régimen jurídico de la vivienda familia, *op. cit.,* 187.

[9] RAMS ALBESA, J. (1987). *Uso, habitación y vivienda familiar,* Madrid: Tecnos, 99.

[10] GETE-ALONSO Y CALERA, M.ª C. (1984). Comentario al artículo 70 del Código Civil, *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia, vol. 1.º,* Madrid: Tecnos, p. 349.

[11] ELORRIAGA DE BONIS, F. (1995). Régimen jurídico de la vivienda familia, *op. cit.,* 214. *Vid.*, asimismo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 27 de noviembre de 1993 *(AC* 1993, 2235).

[12] HERRERO GARCÍA, M.ª J. (1991). Comentario al artículo 1320 del Código Civil, *op. cit.,* 588.

[13] CÁRCABA FERNÁNDEZ, M. (1987). La protección de la vivienda y el mobiliario familiar en el artículo 1320 del Código Civil, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* año LXIII, julio-agosto, núm. 581, 1436.

[14] TAMAYO CARMONA, J. A. (2003). *Protección jurídica de la vivienda habitual de la familia y facultades de disposición,* Navarra: Thomson-Aranzadi, 34; ORTEGA Y DÍAZ-AMBRONA, J.A. (1986). Constitución y vivienda familiar, *op. cit.,* 46-47.

[15] GARCÍA CANTERO, G., Configuración del concepto de vivienda familiar en el derecho español, *op. cit.*, 72; CÁRCABA FERNÁNDEZ, M. (1987). La protección de la vivienda y el mobiliario familiar en el artículo 1320 del Código Civil, *Revista Critica de Derecho Inmobiliario,* número 582, septiembre-octubre, 1437; BELDA SÁENZ, M.ª C., Notas para un estudio del artículo 1320 del Código Civil español, *Revista de Derecho Privado,* de abril de 1985, 337; TAMAYO CARMONA, J. A., Protección jurídica de la vivienda habitual de la familia y facultades de disposición, *op. cit.,* 34. Siguiendo el criterio de la accesoriedad, pero prescindiendo de la posibilidad de delimitar ambos espacios como funcionalmente independientes, ALEJÁNDREZ PEÑA, P. (2010). Comentario al artículo 1320 del Código Civil. En: A. Domínguez Luelmo (dir.), *Comentarios al Código Civil*, Valladolid: Lex Nova, 1453.

Por su parte, para CUENA CASAS, M. (2011). El régimen jurídico de la vivienda familiar. En: M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuena Casas (dirs.), *Tratado de Derecho de Familia, vol. III*, Navarra: Aranzadi, 285, el criterio de la accesoriedad es subsidiario del de segregación; y en el medida en que esta sea posible, deberá llevarse a cabo, disociándose el espacio dedicado a la vivienda del de la actividad profesional. La clave reside en determinar si tales dependencias pueden ser objeto de uso independiente.

[16] ELORRIAGA DE BONIS, F. (1995). Régimen jurídico de la vivienda familia, *op. cit.,* 208-209, HERRERO GARCÍA, M.ª J. (1991). Comentario al artículo 1320 del Código Civil, *op. cit.,* 589; LACRUZ BERDEJO, J.L., *et al.* (2010). *Elementos de Derecho Civil*, T. IV Familia,

4.ª edición revisada y pyesta al día por J. Rams Albesa, Madrid. Dykinson, p. 129, quien precisa que desde luego el local exclusivamente temporal no es vivienda; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2011). La economía del matrimonio. Capitulaciones matrimoniales, *op. cit.,* 204, para quien queda excluido el local exclusivamente profesional, pero no aquel que es a la vez vivienda habitual de la familia. Por su parte, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 2.ª, 8 de julio de 1999 *(AC* 1999, 1782) atribuye el uso de la vivienda al esposo por ser su lugar de trabajo en ausencia de hijos y considerarle el interés más necesitado de protección.

[17] ALBALADEJO GARCÍA, M. (2007). *Curso de Derecho Civil*, IV Derecho de Familia, undécima edición, Madrid: Edisofer, 149.

[18] ELORRIAGA DE BONIS, F. (1995). Régimen jurídico de la vivienda familiar, *op. cit.,* 216-217; TAMAYO CARMONA, J. A. (2003). Protección jurídica de la vivienda habitual de la familia y facultades de disposición, *op. cit.,* 32; ERDOZÁIN LÓPEZ, J.C. (1997). La disposición de derechos sobre la vivienda habitual según la reciente jurisprudencia, *Aranzadi Civil,* 81.

[19] ELORRIAGA DE BONIS, F. (1995). Régimen jurídico de la vivienda familiar, *op. cit.,* 213; HERRERO GARCÍA, M.ª J. (1991). Comentario al artículo 1320 del Código Civil, *op. cit.,* 588; CÁRCABA FERNÁNDEZ, M. (1987). La protección de la vivienda y el mobiliario familiar en el artículo 1320 del Código Civil, *op. cit.,* 1436; ÁLVAREZ OLALLA, M.ª del P. (1996). *Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación de bienes,* Pamplona: Aranzadi, 423; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2011). La economía del matrimonio. Capitulaciones matrimoniales, *op. cit.,* 204.

[20] LACRUZ BERDEJO, J.L., *et al.* (2010). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.,* p. 128 precisa que, por familia ha de entenderse aquí, incluso el matrimonio sin hijos. No, en cambio, el viudo con hijos.

[21] *Vid.*, ELORRIAGA DE BONIS, F. (1995). *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, *op. cit.,* 45 y 226; CUENA CASAS, M. (2011). El régimen jurídico de la vivienda familiar, *op. cit.,* 291; ERDOZÁIN LÓPEZ, J.C., La disposición de derechos sobre la vivienda habitual según la reciente jurisprudencia, *op. cit.,* 81; por su parte, CÁRCABA FERNÁNDEZ, M. (1987). La protección de la vivienda y el mobiliario familiar en el artículo 1320 del Código Civil, *op. cit.,* 1439-1440 *nota* 20 «considera conveniente otorgar protección semejante a la del artículo 1320 del Código Civil a las uniones de hecho estables, pero desde luego considera fuera de dudas que deberá hacerse a través de preceptos específicos reguladores de las mismas, sin que quepa la aplicación análoga de una norma matrimonial». Asimismo, *vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 4 de abril de 1997 *(RJ* 1997, 2731); de 12 de septiembre de 2005 *(RJ* 2005, 7148) (Pleno); de 27 de marzo de 2008 *(RJ* 2008, 4062); de 30 de octubre de 2008 *(RJ* 2009, 404); y, de 6 de octubre de 2011 *(RJ* 2011, 6708) en la que se niega que la unión de hecho sea semejante a la matrimonial, y que por ello le sean aplicable por analogía los artículos 96 y siguientes del Código Civil para el caso de ruptura de pareja. Niega, en particular que, el artículo 96 resulte aplicable como pretensión del ex miembro de la pareja no titular del inmueble para permanecer en él tras la crisis de la convivencia, entendiendo que la permanencia en aquel inmueble debe considerarse en precario, y por tanto, desahuciable.

[22] CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (2012). Atribución de la vivienda familiar en las parejas de hecho tras su ruptura: ¿Siempre en precario? ¿Siempre sin aplicar el artículo 96 del Código Civil? Comentario a la Sentencia del TS de 6 de octubre de 2011, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial,* núm. 28, enero-junio, 607; y, *vid.*, asimismo, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de diciembre de 1996 *(RJ* 1996, 9020); de 1 de abril de 2011 *(RJ* 2011, 3139); de 31 de mayo de 2012 (LA LEY 72585/2012); y, de 16 de enero de 2015 *(RJ* 2015, 355); la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.ª, 8 de noviembre de 2006 *(RJ* 2007, 1666); el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.ª, de 1 de marzo de 1999 *(AC* 1999, 4354); y, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Álava, sección 1.ª, de 8 de marzo de 2001 *(AC* 2001, 785); y, de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 1.ª, 3 de mayo de 2016 *(JUR* 2016, 105791).

[23] *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, secc. 1.ª, de 12 de septiembre de 2005 *(RJ* 2005, 7148); y, de 30 de octubre de 2008 *(RJ* 2009, 404).

Por su parte, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de julio de 2001 *(RJ* 2001, 4993); y, de 16 de julio de 2002 *(RJ* 2002, 6246) aplican también por *analogía legis* el artículo 97 del Código Civil sobre pensión compensatoria.

[24] *Vid.*, las Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 27 de marzo de 2001 *(RJ* 2001, 4770); de 12 de septiembre de 2005 *(RJ* 2005, 7148); de 8 de mayo de 2008 *(RJ* 2008, 3345); y, de 30 de octubre de 2008 *(RJ* 2009, 404). Asimismo, *vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 19.ª, de 24 de abril de 1998 *(AC* 1998, 5078).

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1998 *(RJ* 1998, 1272) descarta el recurso a la *analogía legis* del artículo 96 del Código Civil para un caso de ruptura de parejas de hecho sin hijos comunes. Si bien, señala que, hay una laguna legal que colmar, y, en lugar de a la analogía, recurre al sistema de fuentes, en concreto a la función integradora de los principios generales del derecho para así atribuir el uso de la vivienda con fundamento en el principio de protección del conviviente injustamente perjudicado por la situación de hecho.

[25] *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil de 18 de octubre de 1994 *(RJ* 1994, 7722).

[26] *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5.ª, 16 de noviembre de 2007 *(JUR* 2008, 56585).

[27] *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia de 25 de enero de 1994 *(AC* 1994, 156) concede el uso del trastero al marido porque tiene en él ubicado su taller de carpintería; de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, 31 de julio de 1998 *(AC* 1998, 6186) inclusión de uso de garaje anexo a la vivienda; de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 17 de enero de 2005 *(JUR* 2005, 64353), atribuye el uso de la vivienda a la esposa y el garaje al marido; de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.ª 25 de noviembre de 2010 *(JUR* 2011, 271732) atribución del uso y disfrute de plaza de aparcamiento y trastero a la exesposa; de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 5.ª, 4 de mayo de 2011 *(JUR* 2011, 214755) inclusión en el uso del garaje y trastero; y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, 9 de diciembre de 2015 *(JUR* 2016, 20572) atribución del uso de la segunda plaza de garaje.

[28] *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 31 de mayo de 2012 *(RJ* 2012, 6550); y, de 3 de marzo de 2016 *(RJ* 2016, 758); y, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.ª, 8 de abril de 2016 *(JUR* 2016, 265969).

[29] *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 15 de marzo de 2013 *(RJ* 2013, 2174) máxime cuando la vivienda pertenece a un tercero y pueden ser desalojados en cualquier momento mediante el ejercicio de una acción de desahucio por precario; lo que lleva al tribunal a asignar otras vivienda para salvaguardar el interés superior del menor; y, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 1.ª, 26 de octubre de 2004 *(JUR* 2005, 74448).

[30] *Vid.*, artículo 233.20.6 del Código Civil catalán; y, artículo 12.6 de la Ley 7/2015, de 30 de junio de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores del País Vasco.

En esta línea favorable a la posible ponderación de otras residencias de los cónyuges, VERDERA IZQUIERDO, B. (2017). La atribución del uso de otras residencias distintas de la familiar. Las segundas residencias, *Revista de Derecho de Familia,* número 74, enero-marzo, 83-84.

[31] *Vid.*, el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero señala al respecto que todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernen, tanto en el ámbito público como en el privado; y, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 4.ª, de 20 de enero de 1998 *(AC* 1998, 3185); y, de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 1.ª, de 8 de febrero de 2002 (LA LEY 2002, 31329).

[32] *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 29 de abril de 1994 (LA LEY 1994, 13928); de 1 de abril de 2011 (LA LEY 2011, 14453) que, aplica analógicamente el artículo 96.1 del Código Civil al supuesto de unión no matrimonial, pues,

considera que la protección del interés del menor es la misma con independencia de que sus padres estén o no casados; de 21 de junio de 2011 (LA LEY 2011, 90854); de 26 de abril de 2012 (LA LEY 2012, 56726); de 30 de mayo de 2012 (LA LEY 2012, 69264) donde se precisa que, el interés de los hijos incapacitados deben ser equiparados a los menores, porque su interés resulta más necesitado de protección por lo que están incluidos en el artículo 96.1 del Código Civil; de 17 de octubre de 2013 (LA LEY 2013, 156714); de 17 de febrero de 2014 (LA LEY 2014, 10444); de 3 de abril de 2014 (LA LEY 2014, 40090); de 16 de junio de 2014 (LA LEY 2014, 68745); y, de 5 de diciembre de 2016 *(RJ* 2016, 5967) la vivienda familiar ha de adscribirse a los menores y con ellos al progenitor que ostenta la custodia; y, las Sentencias de la Audiencia Provincial Las Palmas, de 13 de marzo de 1995 *(AC* 1995, 758); de la Audiencia Provincial de Salamanca, de 10 de diciembre de 1997 *(AC* 1997, 2439); de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 4.ª, de 27 de febrero de 1998 *(AC* 1998, 326); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 1.ª, de 29 de junio de 1998 *(JUR* 1998, 89243); de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 7.ª, de 23 de julio de 1999 (LA LEY 115070/1999); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, de 15 de junio de 2006 *(JUR* 2007, 10406); de la Audiencia Provincial de Lugo, secc. 1.ª, de 18 enero 2007 (LA LEY 2007, 27477); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4.ª, de 5 de noviembre de 2008 (LA LEY 2008 279953); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4.ª, de 18 de febrero de 2010 (LA LEY 2010, 38828); de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, secc. 1.ª, de 20 de mayo de 2011 (LA LEY 2011, 125895); de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 2.ª, de 2 de marzo de 2012 (LA LEY 2012, 224628); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4.ª, de 19 de julio de 2012 (LA LEY 2012, 120942); de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 2.ª, de 13 de noviembre de 2012 (LA LEY 2012, 224164); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, de 12 de diciembre de 2013 (LA LEY 2013, 214050); y, de la Audiencia Provincial A Coruña, secc. 3.ª, de 23 de julio de 2014 (LA LEY 2014, 104742).

[33] *Vid.*, la Resolución de la DGRN de 10 de octubre de 2008 *(RJ* 2009, 634).

[34] MARTÍN MELÉNDEZ, M.ª T. (2005). *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (arts. 96.1, 2 y 3 del Código Civil)*, Navarra: Thomson Civitas, 143-146. Por su parte, entiende PEÑA BERNALDO DE QUIROS, M. (1989). *Derecho de Familia*, Madrid: Sección de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 518 que, la finalidad tuitiva de la patria potestad implica el deber de velar, en el sentido de que «el padre tiene que, prever y proveer» con especial cuidado de todo lo concerniente a «la persona y los intereses más personalísimos del hijo» y a su «vida social».

De todas formas, como precisa la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, secc. 1.ª, de 3 de diciembre de 2008 *(RJ* 2009, 524) la división de la cosa común no impide la venta en pública subasta de la vivienda con subsistencia del derecho de uso constituido, en tanto este no se extinga por voluntad de aquellos o decisión del órgano que lo acordó. En el mismo sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca, secc. 1.ª, de 30 de junio de 2014 *(JUR* 2014, 295394).

[35] *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 5 de noviembre de 2012 (LA LEY 2012, 162416).

[36] *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 29 de marzo de 2011 (LA LEY 2011. 9107); y de 5 de noviembre de 2012 (LA LEY 2012, 162426).

[37] *RJ* 2011, 3590.

[38] LA LEY 2014, 68745. Asimismo, señala que «el interés que se protege no es la propiedad de los bienes, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja. Una interpretación correctora de esta norma implicaría la vulneración de estos derechos, que la Constitución incorporó al ordenamiento jurídico español (art. 14 y 39 de la Constitución Española) y que después han sido desarrollados en la Ley Orgánica de Protección del Menor, habiendo señalado esta Sala como doctrina jurisprudencial la siguiente «la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor que, no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el artículo 96 del Código Civil». En esta línea, las Sentencias de este mismo Tribunal, de 9 de mayo de 2007 *(RJ* 2007, 3561); de 3 de diciembre de 2008 *(RJ* 2009, 524) donde se mantiene el uso de la vivienda, a pesar de la división y se impone incluso a terceros adjudicatarios; de 14 de abril de y 21 de junio de 2011 (LA LEY 2011, 14453; *RJ*

2011, 3590); LA LEY 2011, 90854); de 30 de septiembre de 2011 (LA LEY 2011, 186204); de 26 de abril de 2012 (LA LEY 2012, 56726); de 21 de mayo de 2012 (LA LEY 2012, 58422); de 13 de julio de 2012 (LA LEY 2012, 134899); de 17 de octubre de 2013 (LA LEY 2013, 156714); de 3 de abril de 2014 (LA LEY 2014, 40090); de 29 de mayo de 2014 (LA LEY 2014, 95232); de 2 de junio de 2014 (LA LEY 2014, 64164); de 16 de junio de 2014 *(RJ* 2014, 3073); de 28 de noviembre de 2014 *(RJ* 2014, 6048); de 5 de diciembre de 2016 *(RJ* 2016, 5967); y, de 22 de febrero de 2017 *(RJ* 2017, 1079); y, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.ª, de 12 de noviembre de 2012 (LA LEY 2012, 224413); y, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, de 25 de julio de 2012 *(JUR* 2012, 357810).

Por otra parte, esta misma doctrina se aplica cuando se atribuye la vivienda en situaciones de convivencia prolongada de un hombre y mujer como pareja, *vid.*, el Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, secc. 1.ª, 13 de mayo de 2014 *(JUR* 2014, 151805); y, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 16 enero de 2015 *(RJ* 2015, 355).

[39] *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, secc. 1.ª, de 10 de octubre de 2011 (LA LEY 2011, 194732); de 17 de junio de 2013 (LA LEY 2013, 87809) uso por el hijo y la esposa durante tres años; y, de 16 de septiembre de 2016 *(RJ* 2016, 4449) durante un año computable desde la fecha de la presente Sentencia; las Sentencias de la Audiencia Provincial Barcelona, secc. 18.ª, de 5 de julio de 2008, dos años desde que el hijo menor viva de forma independiente; de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, secc. 1.ª, de 28 de junio de 2010 (LA LEY 2010, 223438) límite temporal máximo de cuatro años; y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, de 24 de mayo de 2011 (LA LEY 2011, 130663) a dos años.

[40] *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 12.ª, de 29 de marzo de 2010 *(AC* 2010, 1211) cuando el hijo del matrimonio cumpla 25 años; y de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, de 8 de marzo de 2013 *(JUR* 2013, 159485) hasta que el hijo alcance los 21 años.

[41] *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 2.ª, de 18 de febrero de 2011 (LA LEY 2011, 55229).

[42] *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, secc. 1.ª, de 19 de noviembre de 2013 (LA LEY 2013, 180585); y, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Valladolid, secc. 1.ª, de 21 de mayo de 2007 (LA LEY 2007, 117631); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 24.ª, de 10 de octubre de 2012 (LA LEY 2012, 175093); y, de la Audiencia Provincial de Valladolid, secc. 1.ª, de 22 de marzo de 2013 (LA LEY 2013, 52437).

[43] *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Segovia, secc. 1.ª, de 20 de octubre de 2009 *(JUR* 2010, 28500); y, de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 7.ª, de 15 de marzo de 2013 (LA LEY 2013, 42578).

[44] *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, secc. 1.ª, de 19 de noviembre de 2013 *(RJ* 2013, 7447); y, de 18 de mayo de 2015 *(RJ* 2015, 1919).

[45] *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, secc. 1.ª, de 17 de junio de 2013 *(RJ* 2013, 4375); de 16 enero 2015 *(JUR* 2015, 47658) que señala, al respecto, que «La finalidad de lo dispuesto en el artículo 96 del Código Civil es la de proteger el interés del menor asegurándose en todo caso el uso de una vivienda, que será la que fue vivienda. Pero ello no impide que caso de existir más viviendas en las que el interés del menor, quede igualmente protegido, no pueda atribuirse a dicho menor el uso de otra vivienda que no sea la que ha constituido el último domicilio familiar. Entendemos que, si el menor tiene suficientemente cubierta su necesidad de vivienda, no está justificado limitar las facultades de disposición del derecho de propiedad que ostente el recurrente sobre la vivienda que, actualmente ocupan el menor y su madre»; y, de 18 de mayo de 2015 *(RJ* 2015, 1919).

[46] PÉREZ MARTÍN, A.J. (2011). «La vivienda familiar», *Tratado de Derecho de Familia. Procedimiento Contencioso: separación, divorcio y nulidad. Uniones de hecho. Otros procedimientos contenciosos,* 2.ª ed., Valladolid: Lex Nova, p. 524. *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.ª, de 12 de febrero de 2002 (LA LEY 2002, 33343) teniendo en cuenta que la vivienda es privativa del esposo, y que la esposa posee otra vivienda, se atribuye el uso de la vivienda al padre y al hijo que convive con aquel; de la Audiencia Provincial de Cantabria, secc. 2.ª, de 25 de octubre de 2005 (LA LEY 2005, 208063); y, de la Audiencia

Provincial de Valencia, sección 10.ª, de 14 de enero de 2010 (LA LEY 2010, 3028) la esposa se fue a vivir con su madre, con la que reside junto con sus hijos desde un principio, y con la que sigue viviendo, al tener cubiertas sus necesidades de vivienda, se estima aconsejable otorgarle al padre y al hijo con el que convive el uso de la vivienda familiar.

[47] RAMS ALBESA, J. (1987). *Uso, habitación y vivienda familiar*, Madrid: Tecnos, 115; CUENA CASAS, M. (2011). El régimen jurídico de la vivienda familiar, *op. cit.,* 386.

[48] *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.ª, de 30 de septiembre de 2010 (LA LEY 2010, 277807).

[49] *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 2.ª, de 21 de mayo de 2003 (LA LEY 2003, 91309).

[50] MARTÍN MELÉNDEZ, M.ª T. (2005). Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (arts. 96.1, 2 y 3 del Código Civil), *op. cit.,* 293.

[51] MARTÍN MELÉNDEZ, M.ª T. (2005). Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (arts. 96.1, 2 y 3 del Código Civil), *op. cit.,* 287; CUENA CASAS, M. (2011). El régimen jurídico de la vivienda familiar, *op. cit.,* p. 398. *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de octubre de 1994 *(RJ* 1994, 7722); y, de 14 de noviembre de 2012 *(RJ* 2012, 10432); el Auto del Tribunal Supremo, de 25 de febrero de 2015 (*JUR* 2015, 74784); las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 25 de marzo de 2015 *(RJ* 2015, 1165); de 29 de mayo de 2015 *(RJ* 2015, 2273); de 23 de junio de 2015 *(JUR* 2015, 2546); y, de 1 de marzo de 2017 *(RJ* 2017, 608) por representar el interés más necesitado de protección y por ser el titular del contrato de alquiler de la vivienda de protección oficial y, las Sentencias de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 6.ª, 25 de abril de 2013 *(JUR* 2013, 200427), y, de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.ª, 15 de diciembre de 2015 *(JUR* 2016, 180782).

Por su parte, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, de 28 de noviembre de 2014 *(JUR* 2015, 19455) se procede a un atribución conjunta de la vivienda familiar mediante un uso alternativo por periodos sucesivos de un año en evitación de comportamientos obstruccionistas a la liquidación, división o a la venta.

[52] *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 2.ª, 8 de julio de 1999 *(AC* 1999, 1782) la vivienda familiar es el lugar de trabajo de la esposa.

[53] LUQUE JIMÉNEZ, M.ª del C. (2012). *La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial,* Madrid: Colegio Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, pp. 87-93; MARTÍN MELÉNDEZ, M.ª T. (2005). Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (arts. 96.1, 2 y 3 del Código Civil), *op. cit.,* 295-296; CUENA CASAS, M. (2011). El régimen jurídico de la vivienda familiar, *op. cit.,* 399-400; PÉREZ MARTÍN, A. J. (2011). La vivienda familiar, *op. cit.,* 535-536. *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 4.ª, de 4 de mayo de 2004 *(JUR* 2004, 294911); de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, secc. 1.ª, de 11 de septiembre de 2013 (LA LEY 2013, 171870); y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, de 15 de julio de 2014 (LA LEY 2014, 129334) se atribuye a la esposa durante dos años, si trascurridos los mismos no se ha procedido a la liquidación de la sociedad legal de gananciales, tal derecho de uso se declara con carácter alterno a favor de ambos cónyuges.

[54] MARTÍN MELÉNDEZ, M.ª T. (2005). Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (arts. 96.1, 2 y 3 del Código Civil), *op. cit.,* p. 288. Por otra parte, añade la autora, que «el hecho de que el titular sea mantenido en el uso de la vivienda, se desprende que tendrá cubiertas sus necesidades de alojamiento, lo que deberá influir, en su caso, en la determinación de la cuantía de la pensión de alimentos o pensión compensatoria que pueda estar obligada a pagarle el otro esposo» (p. 368).

[55] La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 13 de julio de 2012 (LA LEY 2012, 134899) señala que, la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio de interés del menor que, no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el artículo 96 del Código Civil.

[56] *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de febrero de 2017 *(RJ* 2017, 483); y, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 4.ª, de 31 enero 2014 *(JUR* 2014, 119200) atribución a los menores; de la Audiencia Provincial de

Zaragoza, secc. 2.ª, de 8 de julio de 2014 (LA LEY 2014, 108568); alternancia de los padres cada quince días hasta que el hijo cumpla 18 años; de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 1.ª, de 30 de julio de 2014 (LA LEY 2014, 141867) los progenitores se alternan anualmente en el uso de la vivienda; de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, secc. 3.ª, de 16 de septiembre de 2014 *(JUR* 2014, 276233) atribución del uso a la menor y desplazamiento de los padres, ocupándola durante el tiempo que les corresponda la guarda; de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, secc. 2.ª, de 26 de septiembre de 2014 *(JUR* 2014, 298695) al hijo menor y ambos progenitores alternativamente en función de semanas y periodos vacacionales; y, de la Audiencia Provincial de Navarra, secc. 3.ª, 15 de marzo de 2016 *(JUR* 2016, 248972).

[57] *Vid.*, el Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de febrero de 2016 *(JUR* 2016, 42455) se adjudica a la esposa la vivienda familiar del esposo, hasta que la hija menor de edad alcance la mayoría de edad; las Sentencias de la Audiencia Provincial de Girona, secc. 1.ª, de 26 de febrero de 2014 con carácter temporal a la madre por ser el interés más necesitado de protección; de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, de 26 de marzo de 2014 *(JUR* 2014, 135522) atribución a la esposa hasta que finalice el sistema de guarda y custodia compartida que, se acuerde; y, de 27 de mayo de 2014 *(JUR* 2014, 178933); de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 4.ª, de 10 de julio de 2014 *(JUR* 2015, 52617) atribución a la esposa; de la Audiencia Provincial de Álava, secc. 1.ª, de 17 de junio de 2014 *(JUR* 2014, 246623) atribución al padre, vivienda privativa del mismo, y donde van los hijos todos los días a comer; y, de la Audiencia Provincial de Burgos, secc. 2.ª, de 27 de octubre de 2014 *(JUR* 2015, 49497).

[58] *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, de 14 de julio de 2014 *(JUR* 2014, 234601) se atribuye a ambos durante el tiempo que tengan la guarda; y, de 23 de julio de 2014 *(JUR* 2014, 233941) uso alternativo por periodos temporales.

[59] LUQUE JIMÉNEZ, M.ª del C. (2012). La atribución del uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial, *op. cit.,* 2012, p. 84; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T. (2009). «Problemas que genera la actual regulación de la guarda y custodia compartida en el proceso contencioso», *La Ley,* núm. 7105, año XXX, 2 de febrero, 7. *Vid.*, asimismo, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 3 de diciembre de 2013 *(RJ* 2013, 7834); de 22 de octubre de 2014 (LA LEY 2014, 145489); de 24 de octubre de 2014 *(RJ* 2014, 5180) impone una atribución temporal de dos años contados desde la Sentencia en cuanto se trata de una situación que la esposa ha consentido; de 6 de abril de 2016 *(RJ* 2016, 1321); de 27 de junio de 2016 *(RJ* 2016, 2876) mantenimiento de la esposa en la vivienda que, se mantendrá durante un año contado desde la Sentencia; de 21 de julio de 2016 *(RJ* 2016, 3445) se asigna la vivienda familiar, privativa del esposo, a la menor y su madre, durante el periodo de dos años computables desde la fecha de la presente Sentencia de casación. Con ello se armonizan dos intereses contrapuestos: el del titular de la vivienda que quedaría indefinidamente frustrado al no permitírsele dispone de ella, incluso en los periodos que el hijo permanece con él y el del hijo de comunicarse con su madre en otra vivienda; de 16 de septiembre de 2016 *(RJ* 2016, 4449); 23 enero 2017 *(RJ* 2017, 363) se determina que la madre podrá mantenerse en la vivienda que fue familiar durante tres años desde la fecha de la Sentencia, con el fin de facilitar a ella y la menor (interés más necesitado de protección) la transición a una nueva residencia; y, 14 de marzo de 2017 *(RJ* 2017, 878); y, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 2.ª, de 20 de febrero de 2012 (LA LEY 2012, 136661); y, de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 1.ª, 18 de julio de 2016 *(JUR* 2016, 221681).

[60] *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, secc. 1.ª, de 22 de octubre de 2014 (LA LEY 2014, 145489) adoptándose el sistema de custodia compartida, el hijo queda en compañía de ambos cónyuges, no constando que la madre precise de una protección especial. La vivienda familiar queda sin adscripción expresa dado que ambos padres tienen la custodia y no consta que la madre necesite una especial protección, así que quedará sometido el inmueble al correspondiente proceso de liquidación en su caso, por lo que la Sala fija un plazo prudencial a la demandada para desalojarlo en seis meses; y, de 17 de febrero de 2017 *(RJ* 2017, 483) constando que la vivienda familiar fue entregada al banco en dación en pago, el cual facilitó al padre su permanencia como vivienda social,

no procede a entrar en la cuestión relativa a la vivienda que fue familiar dado que ya no pertenece a la sociedad de gananciales, debiendo resolverse en ejecución de Sentencias las incidencias que procedan.

[61] *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, secc. 1.ª, 10 de junio de 2013 *(JUR* 2013, 317947) a la esposa.

[62] Así los artículos 230-20.4, 233-20.2 y 233-20.3 a) del Código Civil catalán; el artículo 81.1 del CDFA; y, el artículo 9 de la Ley 7/2015 del País Vasco.

[63] *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de julio de 2010 *(RJ* 2010, 6031); y, de 24 de marzo de 2011 *(RJ* 2011, 3007).

[64] *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 2.ª, 19 de diciembre de 2000 *(AC* 2001, 6); y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 13.ª, 18 de febrero de 2002 *(JUR* 2002, 115579).

[65] *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial A Coruña, secc. 4.ª, 21 de octubre de 2005 *(JUR* 2005, 252353).

[66] *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 29 de octubre de 2008 *(RJ* 2008, 6923); y, de 28 de abril de 2016 *(RJ* 2016, 2216), y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 9.ª, 18 de septiembre de 2012 *(JUR* 2012, 368684).

[67] *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de enero de 2010 *(RJ* 2010, 1274); y, de 11 de noviembre de 2010 *(RJ* 2010, 8048).

[68] En este sentido, SÁINZ-DIEZ DE ULZURRUN, J. (2016). Medidas definitivas de nulidad, separación y divorcio, *Memento Práctico Francis Lefebvre, Familia 2016-2017*, Madrid, p. 604. Asimismo, *vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 1.ª, 15 de febrero de 2000 *(AC* 2002, 494) respecto vivienda militar.

[69] *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de abril de 2012 *(RJ* 2012, 5235); de 9 de diciembre de 2014 *(RJ* 2015, 5575), y, de 27 de octubre de 2015 *(RJ* 2015, 4787); y, Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 5.ª, 3 de octubre de 2005 *(JUR* 2005, 262253). No procede cuando la división no reúna las características de habitabilidad, *vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres, secc. 1.ª, de 7 de noviembre de 2002 *(JUR* 2002, 42422).

[70] *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 24.ª, 20 de octubre de 2005 *(JUR* 2005, 251964); y, de la Audiencia Provincial de Las Palmas, de 4 de marzo de 2008.

[71] *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 4.ª, de 16 enero 2003 *(JUR* 2003, 139372).

[72] *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 1.ª, de 26 de septiembre de 2011 *(JUR* 2011, 349173).

[73] *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1.ª, 16 de junio de 2016 *(JUR* 2016, 223804) durante seis meses cada uno.

[74] *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, 21 de noviembre de 2002 *(JUR* 2003, 53628).

[75] *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1.ª, de 10 de septiembre de 2007 *(JUR* 2008, 51364).

[76] MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.ª (1991). Comentario al artículo 400 del Código Civil, *Comentarios del Código Civil,* dirigidos por Cándido Paz-Ares Rodríguez, Rodrigo Bercovitz, Luis Díez-Picazo Ponce de León, y Pablo Salvador Coderch, *T. I,* Madrid: Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones. Ministerio de Justicia, 1103.

[77] La Resolución de la DGRN de 1 de febrero de 2017 (*BOE,* núm. 45, 22 de febrero de 2017, pp. 12442-12447) dispone que, cuando la cuota tiene carácter ganancial ha de aplicarse el régimen de cogestión propio de los bienes gananciales. Esto significa que con arreglo a los artículos 1377 y 1378 del Código Civil para que pueda ser inscrito el decreto de adjudicación derivado de la ejecución de una Sentencia dictada en un procedimiento de división de la comunidad será imprescindible que se dé alguna de las siguientes circunstancias: «1. Que la demanda por la que se ejercita la acción de división haya sido interpuesta por los dos cónyuges; 2. Que, habiendo sido presentada dicha demanda solo por uno de los esposos, el otro figure entre los demandados; o, 3. Que el cónyuge que no ha intervenido en el procedimiento preste su consentimiento en documento público al acto por el que se materialice la división de la cosa común».

[78] La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3.ª, de 28 de junio de 1999 *(RJ* 1999, 6133) señala que, los actos de división y adjudicación de la cosa común no son propiamente transmisiones patrimoniales, a efectos civiles o fiscales, sino una mera concreción o especificación de un derecho abstracto o preexistente.

[79] *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de diciembre de 1992 *(RJ* 1992, 10684); de 14 de julio de 1994 *(RJ* 1994, 6439); de 16 de diciembre de 1995 *(RJ* 1995, 9144); de 3 de mayo de 1999 *(RJ* 1999, 3428); de 26 de junio de 2007 *(RJ* 2007, 3448); de 3 de diciembre de 2008 *(RJ* 2009, 524); de 1 de abril de 2011 (LA LEY 14453/2011), y, 1 de abril de 2015 *(RJ* 2015, 4787); y, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona de 12 de mayo de 1993 *(AC* 1993, 1181); de la Audiencia Provincial de Almería de 29 de junio de 1994 *(AC* 1994, 1090); de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 4.ª, de 29 de abril de 1998 *(AC* 1998, 4472); de la Audiencia Provincial de Girona, secc. 2.ª, de 4 de febrero de 2000 *(AC* 2000, 163); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 14.ª, de 10 de abril de 2000 *(AC* 2000, 1770); de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 5.ª, de 8 de mayo de 2000 *(AC* 2000, 1164); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, de 13 de octubre de 2000 *(JUR* 2001, 89); de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 4.ª, de 23 de septiembre de 2002 *(AC* 2003, 114); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 16.ª, 21 de diciembre de 2006 *(JUR* 2007, 139318); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 14.ª, 26 de marzo de 2012 *(JUR* 2012, 148901); y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 13.ª, 29 de enero de 2016 *(JUR* 2016, 52809); y, el Auto de la Audiencia Provincial de Guadalajara, secc. 1.ª, 2 de febrero de 2011 *(AC* 2011, 819).

[80] *RJ* 2010, 2323.

[81] *RJ* 2010, 1274.

[82] *RJ* 2012, 3383.

[83] DÍAZ MARTÍNEZ, A. (1998). Las consecuencias de la adjudicación del uso de la vivienda familiar tras las rupturas matrimoniales: especial referencia a la liquidación de la sociedad de gananciales, *Actualidad Civil*, 384, señala que, salvo que existan pactos de indivisión entre los cónyuges titulares del inmueble habrá que estimar la acción de división, sin perjuicio de que subsista el derecho de uso; de tal manera que, los terceros adquirentes, independientemente de cómo califiquen la ocupación tienen que soportarlo, mientras se mantengan las circunstancias que lo originaron; en este sentido, ROBLEDO VILLAR, A. (1995) «La *actio communi dividundo* ejercitada por el copropietario de una vivienda familiar que está privado de su uso por Sentencia matrimonial», *La Ley 1995-4*, 985.

[84] ELORRIAGA DE BONIS, F. (1995). Régimen jurídico de la vivienda familia, *op. cit.*, 509; GARCÍA-MAURIÑO, S., y DEL CARPIO FIESTAS, V. (1994). «Atribución del uso de la vivienda familiar y «actio communi dividundo», *Actualidad Civil*, núm. 5, 31 de enero - 6 de febrero, 84; CUENA CASAS, M. (2011). El régimen jurídico de la vivienda familiar, *op. cit.*, 361.

[85] *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14 de abril de 2011 *(RJ* 2011, 3590); 13 de julio de 2012 *(RJ* 2012, 8358); 17 de octubre de 2013 *(RJ* 2013, 7255); 3 de abril de 2014 *(RJ* 2014, 1950); 29 de mayo de 2014 *(RJ* 2014, 3889); y, 2 de junio de 2014 *(RJ* 2014, 2842).

[86] *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 18 de mayo de 2015 *(RJ* 2015, 1919), y 22 de julio de 2015 *(RJ* 2015, 3952); y, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Huesca, secc. 1.ª, 10 de julio de 2014 *(JUR* 2014, 294955) hasta que cumpla 26 años; de la Audiencia Provincial de Ourense, secc. 1.ª, 5 de abril de 2016 *(JUR* 2016, 89158) hasta la mayoría de edad de la menor; y, de la Audiencia Provincial Barcelona, secc. 12.ª, 21 de julio de 2016 *(JUR* 2017, 731340) hasta la mayoría de edad de la hija.

[87] *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 23 de enero y 14 de marzo de 2017 *(RJ* 2017, 363; *RJ* 2017, 878) en caso de paridad económica de los progenitores y no existiendo una residencia familiar sino dos, por lo que no se podrá hacer adscripción de la vivienda familiar indefinida a la menor y al padre o la madre que con él conviva, se aplica analógicamente el artículo 96.2 del Código Civil, y se opta por la temporalidad en el uso.

[88] Así *en caso de ausencia de hijos*, *vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 9 de septiembre de 2015 *(RJ* 2015, 4179) por un plazo de tres años; y, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.ª, 16 de diciembre de

2010 *(RJ* 2011, 1318); y, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, 1 de junio de 1999 *(AC* 1999, 1068) hasta que el menor de los hijos cumpla 25 años; de la Audiencia Provincial de Zaragoza, secc. 5.ª, 19 de septiembre de 2001 *(AC* 2001, 1734) por diez años; de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 3.ª, 29 de noviembre de 2005 *(JUR* 2006, 13094) por tres años; de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 4.ª, 21 de abril de 2008 *(AC* 2008, 1393) por el plazo de dos años desde la presente resolución; de la Audiencia Provincial de Navarra, secc. 3.ª, 12 de mayo de 2016 *(JUR* 2016, 249248) hasta la independencia de la hija menor o hasta que cumpla 25 años; y, de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, 13 de junio de 2016 *(JUR* 2016, 21934) durante cuatro años desde la Sentencia; en *supuesto de atribución a hijos mayores de edad*, *vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 19 de enero de 2017 *(RJ* 2017, 274) fijación de un límite de tres años y, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Segovia, secc. 1.ª, 20 de octubre de 2009 *(JUR* 2010, 76302) cinco años; de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 7.ª, 15 de marzo de 2013 *(JUR* 2013, 168992) dos años; y, de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 5.ª, 15 de enero de 2014 *(JUR* 2014, 46953) hasta la liquidación del régimen económico matrimonial; *en caso de custodia compartida*, *vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 27 de junio de 2016 *(RJ* 2016, 2876); 21 de julio de 2016 *(RJ* 2016, 3448) dos años computados desde la fecha de la presente Sentencia de casación; 16 de septiembre de 2016 *(RJ* 2016, 4449); 23 enero 2017 *(RJ* 2017, 363) limitación a tres años, pues, no cabe que el cotitular de la vivienda vea frustrado su derecho sobre la misma, si se supedita el uso de la vivienda a la independencia del hijo común; y, 14 de marzo de 2017 *(RJ* 2017, 878); y, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 2.ª, 13 de septiembre de 2016 *(JUR* 2016, 262675) a la esposa por cinco años; y, de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 1.ª, 15 de noviembre de 2016 *(JUR* 2017, 21837) dos años; y, *mayores de edad discapacitados*, *vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de enero de 2017 *(RJ* 2017, 924) hijo mayor de edad discapacitado por periodo de tres años; y, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 24.ª, 2 de noviembre de 2007 *(JUR* 2008, 102636) hijo autista durante el periodo de dos años.

[89] *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 3.ª, 29 de junio de 2002 *(JUR* 2002, 203984); y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 24.ª, 30 de marzo de 2007 *(JUR* 2007, 313811).

[90] *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 4.ª, 28 de septiembre de 2011.

[91] ROCA SASTRE, R. M.ª (2008). *Derecho hipotecario*, T. IV, 1.º, 6.ª ed., Barcelona: Bosch, p. 121. La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 3 de julio de 1997 *(RJ* 1997, 5477) en su *Fundamento de Derecho Primero* define la hipoteca como «un derecho real de garantía que se constituye sobre un inmueble propiedad del hipotecante para asegurar el cumplimiento de una obligación». Asimismo, señala que «la hipoteca, pues, no es un contrato, sino un derecho real, pese al error del Código Civil de incluirla en su Libro IV, dedicado a las obligaciones y contratos. La hipoteca voluntaria, haciendo abstracción de las hipotecas legales, se constituye por negocio jurídico (art. 138 de la Ley Hipotecaria) que puede ser bilateral (contrato) o unilateral, prevista, esta última, que es el caso, del presente recurso de casación, en los artículos 141 de la Ley Hipotecaria y 237 del Reglamento Hipotecario: se constituye válidamente por la voluntad unilateral (negocio jurídico unilateral) del dueño de la finca hipotecada y para su eficacia como derecho real requiere la «*conditio iuris*» de la aceptación del acreedor en cuyo beneficio que, es la garantía de su derecho de crédito, se ha constituido; en cuya aceptación no ha establecido la ley plazo general alguno, sino que el dueño de la finca (sea el hipotecante o un tercero adquirente) puede dirigirle un requerimiento, tras el cual, si no se verifica y hace constar (por nota marginal) en el Registro de la Propiedad, la aceptación, en el plazo de dos meses, queda definitivamente ineficaz la hipoteca y puede cancelarse, a instancia del dueño de la finca».

[92] *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de junio de 1989 *(RJ* 1989, 4795); y, de la sección 1.ª, de 2 de diciembre de 2009 *(RJ* 2010, 150). Asimismo, las Resoluciones de la DGRN de 22 de junio de 1995 *(RJ* 1995, 5329); de 6 de junio de 1998 *(RJ* 1998, 5226); y, de 5 de noviembre de 1999 *(RJ* 1999, 7780); y, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 3.ª, de 28 enero 2000 *(AC* 2000, 46); y, de

la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 4.ª, de 25 de marzo de 2003 *(JUR* 2003, 199856).

[93] *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 6 de octubre de 1995 *(RJ* 1995, 7022); de 28 de noviembre de 1997 *(RJ* 1997, 8430), y, asimismo, las Resoluciones de la DGRN de 24 de julio de 1998 *(RJ* 1998, 5979); y, de 27 de julio de 1999 *(RJ* 1999, 6083).

[94] *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 6 de abril de 1996 *(RJ* 1996, 2881); de la sección 1.ª, de 17 de noviembre de 2006 *(RJ* 2006, 8083); y, de la sección 1.ª, de 6 de julio de 2009 *(RJ* 2009, 4453) que, añade como requisito de la hipoteca, la propiedad del hipotecante sobre el bien hipotecado. Asimismo, *vid.*, las Resoluciones de la DGRN de 28 de julio de 1998 *(RJ* 1998, 5984); de 28 de abril de 1999 *(RJ* 1999, 2223) que, impone la determinación de la obligación garantizada; y, de 14 de septiembre de 2002 *(RJ* 2002, 10031); y, el Auto de la Audiencia Provincial de Navarra de 31 de julio de 1993 *(AC* 1003, 1394)

[95] *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 7 de julio de 2016 *(RJ* 2016, 3722) señala que, son plenamente equiparables las amortizaciones de la hipoteca solicitada para el pago del precio y los pagos de una compraventa a plazos.

[96] FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO ÁLVAREZ-OSSORIO, M.ª. del C. (2011). Pago de las cuotas del préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar: su consideración o no como carga del matrimonio. Comentario a la STS de 28 de marzo de 2011 *(RJ* 2011, 939), *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial* número 27, 317; PÉREZ MARTÍN A. J. (2009). Pactos prematrimoniales. Capitulaciones matrimoniales. Convenio regulador. Procedimiento consensual, *Tratado de Derecho de Familia, T. II*, Valladolid: Lex Nova, 233. Asimismo, en esta línea, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias de 10 de julio de 1995 *(AC* 1995, 1488); de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, secc. 1.ª, de 5 de febrero de 2003 *(JUR* 2003, 84423); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, de 21 de febrero de 2005 *(JUR* 2005, 84947); de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 2.ª, de 10 de mayo de 2006 *(JUR* 2006, 260633); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 1.ª, de 22 de mayo de 2006 *(JUR* 2006, 280030); de la Audiencia Provincial de Cantabria, secc. 2.ª, de 16 de abril de 2007 (*JUR* 2007, 262544); de la Audiencia Provincial de Girona, secc. 2.ª, de 19 de noviembre de 2007 (*JUR* 2008, 76371); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 12.ª, de 17 de abril de 2008 *(JUR* 2008, 179146); y, de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 1.ª, de 5 de febrero de 2009 *(JUR* 2008, 208317).

[97] RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M.ª E. (2012). *Obligaciones de los cónyuges tras el divorcio y la separación: hipoteca sobre la vivienda familiar, pensión alimenticia y pensión compensatoria*, Madrid: Tecnos, 51 y 57; CASTILLA BAREA, M., y CABEZUELO ARENAS, A. L. (2011). Disposiciones comunes a la nulidad, separación y divorcio. En: M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuena Casas (dir.), *Tratado de Derecho de Familia, vol. II Las crisis matrimoniales*, Navarra: Aranzadi Thomson Reuters, 473. Asimismo *vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de León, secc. 1.ª, de 26 de mayo de 1999 *(AC* 1999, 4959); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, de 20 de septiembre de 1999 *(AC* 1999, 2060); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, de 30 de abril de 2003 *(JUR* 2003, 254341); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, de 16 de diciembre de 2003 *(JUR* 2004, 30138); de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, de 17 de junio de 2004 *(JUR* 2005, 1988); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 5.ª, de 1 de octubre de 2004 (*JUR* 2004, 304663); de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, de 6 de julio de 2005 *(JUR* 2005, 202903); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, de 2 de mayo de 2006 *(JUR* 2006, 272284); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, de 20 de marzo de 2007 *(JUR* 2007, 120508); de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 5.ª, de 13 de septiembre de 2007 *(JUR* 2008, 70376); de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 4.ª, de 17 de julio de 2008 *(JUR* 2008, 271933); de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 4.ª, de 15 de enero de 2010 *(JUR* 2010, 149768); de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5.ª, de 23 de febrero de 2010 *(JUR* 2010, 185041); de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 3.ª, de 25 de febrero de 2011 *(JUR* 2011, 157440); y, de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5.ª, de 11 de julio de 2012 *(JUR* 2012, 353825).

[98] *RJ* 2011, 939.

[99] LA LEY 2008, 169518.

[100] *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de noviembre de 2012 *(RJ* 2013, 186); de 17 de febrero de 2014 *(RJ* 2014, 918); y, de 21 de septiembre de 2016 *(RJ* 2016, 4451). Asimismo, *vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Toledo, secc. 1.ª, 29 de mayo de 2012 *(JUR* 2012, 243399); de la Audiencia Provincial de Cantabria, secc. 2.ª, 18 de junio de 2013 *(JUR* 2013, 353625); de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 4.ª, 15 de mayo de 2014 *(JUR* 2014, 254368); de la Audiencia Provincial de Cáceres, secc. 1.ª, 1 de julio de 2015 *(JUR* 2015, 161015); de la Audiencia Provincial de Huelva, secc. 2.ª, 10 de febrero de 2016 *(JUR* 2016, 107363); y, de la Audiencia Provincial de Valladolid, secc. 1.ª, 8 de abril de 2016 *(JUR* 2016, 106853). En contra, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 2.ª, 28 de noviembre de 2013 *(JUR* 2014, 76710) la considera carga del matrimonio.

[101] LA LEY 2012, 185310 (Fundamento de Derecho Primero y Segundo); y, LA LEY 2012, 181080. (Fundamento de Derecho Tercero).

[102] *RJ* 2016, 3214.

[103] Igualmente, el Auto de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 4.ª, de 24 de abril de 1997 *(AC* 1997, 968) las cuotas de la comunidad están comprendidas en la contribución a las cargas del matrimonio, constituyen un gasto ordinario necesario para el sostenimiento de la familia y no requieren tratamiento separado.

[104] *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.ª, 27 de septiembre de 2012 *(RJ* 2012, 11149); y, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, de 31 de julio de 1998 *(AC* 1998, 6186); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, de 2 de mayo de 2000 *(JUR* 2000, 209857); de la Audiencia Provincial de Segovia, secc. 1.ª, de 30 de junio de 2004 *(JUR* 2004, 197286), la asunción conjunta y por mitad entre ambos obligados no puede modificarse en la ejecución del título judicial; y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, de 27 de abril de 2006 *(JUR* 2006, 272473). Asimismo, el Auto de la Audiencia Provincial de Tarragona, secc. 1.ª, 25 de junio de 2015 *(JUR* 2015, 234521).

[105] RUBIO GIMENO, G. (2012). Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2011, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil,* número 88, enero-abril, 368. *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, de 8 de febrero de 1999 *(AC* 1999, 2852); de la misma Audiencia y sección, 8 de febrero de 1999 *(AC* 1999, 2852) inexistencia de novación subjetiva al faltar la aceptación del prestamista; de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.ª, de 16 de abril de 2007 *(JUR* 2007, 313697) se da por válido el convenio *inter partes* por el que se acuerda que el crédito hipotecario sobre la vivienda ganancial sea abonado exclusivamente por la esposa; de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 3.ª, de 19 de noviembre de 2007 *(JUR* 2008, 65871); y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, 5 de abril de 2016 *(JUR* 2016, 115750) deuda solidaria pero se conviene el pago en exclusiva de la esposa; y, se establece que al tiempo de la liquidación se realizarán las oportunas compensaciones.

[106] *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 21 de julio de 2016 *(RJ* 2016, 3214); y, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, 1 de febrero de 2001 *(JUR* 2001, 133645); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, 8 de noviembre de 2002 *(JUR* 2003, 30740); de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 2.ª, 28 de noviembre de 2013 *(JUR* 2014, 76710); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4.ª, 10 de abril de 2014 *(JUR* 2014, 135948); y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, 5 de abril de 2016 *(JUR* 2016, 115750).

[107] *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, de 8 de febrero de 2012 (LA LEY 54195/2012) señala que, aunque la pensión compensatoria y los alimentos legales entre cónyuges tienen finalidad y características distintas, lo que da soporte a su compatibilidad.

[108] *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 6 de marzo de 2015 *(RJ* 2015, 1104).

[109] *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, 20 de mayo de 2002 *(AC* 2002, 1408); de la Audiencia Provincial de Cáceres, secc. 1.ª, 11 de junio de 2002 *(JUR* 2002, 224639) incluye también por mitad el salario de la empleada del hogar; de la Audiencia Provincia de Cádiz, secc. 5.ª, 7 de junio de 2011 *(JUR* 2011, 340141); y, de la Audiencia Provincial de Girona, secc. 1.ª, de 16 de abril de 2012.

[110] *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Navarra, secc. 2.ª, 25 de mayo de 1999 *(AC* 1999, 1211); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 5.ª, de 11 de septiembre de 2007 *(JUR* 2008, 60766); de la Audiencia Provincial A Coruña, secc. 5.ª, 31 de octubre de 2012 *(AC* 2013, 383); y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, 19 de enero de 2016 *(JUR* 2016, 47719); y, el Auto de la Audiencia Provincial de Álava, secc. 2.ª, 27 de julio de 2004 *(JUR* 2004, 293397).

[111] *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 25 de mayo de 2005; y, de 20 de junio de 2006.

[112] *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de marzo de 2011 *(RJ* 2011, 939).

[113] *Vid.*, el Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza, secc. 4.ª, 20 de julio de 2001 *(JUR* 2001, 239015); y, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 17.ª, 17 de mayo de 2004 *(AC* 2004, 1514) IBI y la Comunidad de Propietarios corresponde al titular.

[114] *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, 8 de abril de 2015 *(JUR* 2015, 156092); y, de 29 de enero de 2016 *(JUR* 2016, 46696) que establece al respecto que, los gastos correspondientes al IBI, seguros de la vivienda familiar, tributos y tasas de devengo anual y gastos de mantenimiento de la vivienda corresponde al cónyuge al que se ha otorgado el uso de la vivienda.

[115] *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, 1 de diciembre de 2003 *(JUR* 2004, 28923); de la misma Audiencia Provincial y sección, de 23 de febrero de 2005 *(JUR* 2005, 117992); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, 6 de marzo de 2015 *(JUR* 2015, 101741) IBI y derramas de la Comunidad de Propietarios se sufragan por mitad; de la misma Audiencia Provincial y sección, 19 enero 2016 *(JUR* 2016, 47719); y, de la Audiencia Provincial de Salamanca, secc. 1.ª, 18 de julio de 2016 *(JUR* 2016, 210373) IBI contribución de ambos propietarios por mitad; y el Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza, secc. 4.ª, 20 de julio de 2001 *(JUR* 2001, 261996) en cuanto copropietario de la vivienda deben abonar ambos por mitad el IBI.

[116] *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, 14 de mayo de 1998 *(AC* 1998, 4841); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, 6 de noviembre de 2007 *(JUR* 2008, 40309) los gastos que sean inherentes a la utilización de la vivienda tales como servicios de luz, agua, calefacción, gas, teléfono e inclusive las cuotas ordinarias de la comunidad serán sufragados por quien ostente el derecho de utilización de la misma; y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 8.ª, 23 de mayo de 2011 *(JUR* 2011, 238208).

[117] COSTAS RODAL L. (2009). Comentario al artículo 1320 del Código Civil. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil*, Navarra: Aranzadi-Thomson Reuters, 1566; DE LOS MOZOS J.L. (1982). Comentario al artículo 1320 del Código Civil. En: M. Albaladejo (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, T. XVIII, vol. 1.º*, Madrid: Edersa, 128, precisa que, es directamente imperativa, es decir, no actúa a través de otras normas, convencionales o legales, impuestas por «el régimen secundario», o a través de la delimitación de la libertad de pacto para establecer el propio régimen matrimonial; QUILEZ ESTREMERA, M. (1982). La libertad capitular y los artículos 1328, 1320 u otros del Código Civil, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LVIII, marzo-abril, núm. 549, 424; MUÑOZ DE DIOS, M. (1987). «La vivienda familiar y el mobiliario en el artículo 1320 del Código Civil», *Anales de la Academia Matritense del Notariado, T. XXVII*, 240, quien entiende que se trata de una norma irrenunciable: «1.º. Porque se trata de una materia de orden público, que como tal está sustraída a la autonomía de la voluntad de las partes. 2.º. Porque dicha renuncia estaría incursa en las limitaciones del artículo 6, apartado 2.º, ya que podría perjudicar los derechos de terceros». *Vid.*, asimismo, la Resolución de la DGRN de 11 de septiembre de 2003 *(RJ* 2003, 6274), el Registrador inscribe el uso de la vivienda, y deniega la inscripción de las cláusulas transcritas referente a la misma vivienda por los siguientes defectos: «1.º. La renuncia previa a la facultad que concede al cónyuge no titular el artículo 1320 del Código Civil parece contraria al artículo 6.2 del mismo Código; 2.º. Los pactos sobre indisponibilidad o disponibilidad de la finca que constituye la vivienda familiar, son de carácter personas y por tanto no inscribibles».

[118] DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M. (1969). Reflexiones en torno a la capacidad de la mujer casada, *Estudios de Derecho Civil en honor del profesor José María Castán Tobeñas, T. VI*,

Pamplona, 128-129, en términos generales «no todas las normas imperativas o prohibitivas contenidas en un Ordenamientos Jurídico determinado, son normas de orden público». Por su parte, GARCÍA CANTERO, G. (1982). Notas el régimen matrimonial primario, *Documentación Jurídica, vol. I*, 301 afirma que «a primera vista, la noción de régimen matrimonial primario se presenta con gran sencillez, pues se predica de aquellas disposiciones legales aplicables a todo régimen matrimonial, de origen convencional o legal, por constituir normas imperativas relacionadas con el orden público en materia económico matrimonial inderogables, por tanto por acuerdo entre particulares».

[119] SERRANO ALONSO, E. (1986). La vivienda familiar en la liquidación del régimen económico del matrimonio y en el derecho sucesorio, *El hogar y ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterio judiciales* Pamplona: Universidad de Navarra, 91; LACRUZ BERDEJO, J.L., *et al.*, (2010). Elementos de Derecho Civil, *op. cit.,* 129; COSTAS RODAL, L., Comentario al artículo 1320 del Código Civil, *op. cit.,* p. 1567. No obstante, para HERRERO GARCÍA, M.ª J. (1991). Comentario al artículo 1320 del Código Civil, *op. cit.*, 588 «esta precisión —si no inútil— no parece esencial, toda vez que la titularidad modalizará el tipo de consentimiento exigido en la norma, pero no altera en absoluto la eficacia del principio contenido en el artículo 1320 para cuya aplicación el dato básico —y suficiente— es la afectación del inmueble, su destino a vivienda familiar, y, respecto a los muebles su carácter de uso ordinario».

[120] DE LOS MOZOS, J.L. (1992). Comentario al artículo 1320 del Código Civil, *op. cit.,* 129, matiza que, de lo que se trata no es de una limitación de la facultad de disponer sin más, sino únicamente en función de la conservación de la vivienda habitual. *Vid.*, asimismo, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de junio de 1993 *(RJ* 1993, 4466); y, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 15 de abril de 1992 *(AC* 1992, 526).

[121] CUENA CASAS, M. (2011). El régimen jurídico de la vivienda familiar, *op. cit.,* 296-297; DE LOS MOZOS, J. L. (1992). Comentario al artículo 1320 del Código Civil, *op. cit.,* 129; LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.* (2010). Elementos de Derecho Civil, *op. cit.,* 128 quien manifiesta que «se trata de salvar el alojamiento del matrimonio y los muebles que lo guarnecen de la arbitrariedad o mala voluntad del cónyuge que puede disponer de ellos».

La Resolución de la DGRN de 27 de junio de 1994 *(RJ* 1994, 4921) establece que «la finalidad que persigue el artículo 1320 del Código Civil no es otra que la de evitar que por un acto dispositivo realizado por un cónyuge sin consentimiento del otro o sin la autorización judicial supletoria tenga el no disponente o los componentes de la familia que abandonar la vivienda para cuya ocupación existía título jurídico suficiente»; y la Resolución de la DGRN de 6 de marzo de 2004 *(JUR* 2004, 158887) señala que, se trata de salvar el alojamiento del matrimonio y los muebles que lo guarnecen de la arbitrariedad o mala voluntad del cónyuge que puede disponer de ellos.

Asimismo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4.ª, de 8 de mayo de 2003 *(JUR* 2003, 166974) lo que se trata de proteger es el interés familiar.

[122] CÁRCABA FERNÁNDEZ, M. (1987). La protección de la vivienda y el mobiliario familiar en el artículo 1320 del Código Civil, *op. cit.,* 1434.

[123] CUENA CASAS, M. (2011). El régimen jurídico de la vivienda familiar, *op. cit.,* 303-304.

[124] HERRERO GARCÍA, M.ª J. (1991). Comentario al artículo 1320 del Código Civil, *op. cit.,* 590; RAMS ALBESA, J. (1987). Uso, habitación y vivienda familiar, *op. cit.,* 107; LACRUZ BERDEJO, J. L. *et al.* (2010). Elementos de Derecho Civil, *op. cit.,* 130; BELDA SÁENZ, C. (1985). Notas para el estudio del artículo 1320 del Código Civil, *op. cit.,* 340; CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE B. (1988). Protección legal de la vivienda familiar, *Revista de Derecho Privado, abril,* 1622; MUÑOZ DE DIOS, M. (1987). La vivienda familiar y el mobiliario en el artículo 1320, *op. cit.*, 239; CÁRCABA FERNÁNDEZ, M. (1987). La protección de la vivienda y el mobiliario familiar en el artículo 1320 del Código Civil, *op. cit*., 1447; RODRÍGUEZ LÓPEZ, F. (1993). Notas sobre la vivienda habitual de la familia (en turno de rectificación), *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 553, 1614; MURCIA QUINTANA, E. (2002). Derechos y deberes de los cónyuges en la vivienda familiar, *op. cit.,* 197; TAMAYO CARMONA, J. A. (2003). Protección jurídica de la vivienda habitual de la familia

y facultades de disposición, *op. cit.,* 65; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2011). La economía del matrimonio. Capitulaciones matrimoniales, *op. cit*., 206.

Vid., asimismo, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de septiembre de 1997 *(RJ* 1997, 6614); y, de 8 de octubre de 2010 (LA LEY 171465/2010) que, señala esta última que el consentimiento constituye una medida de control, que se presenta como «declaración de voluntad de conformidad con el negocio jurídico ajeno —es decir concluido por otro— por la que un cónyuge tolera o concede su aprobación a un acto en el que no es parte, siendo requisito de validez del acto dispositivos»; y las Resoluciones de la DGRN de 25 de abril de 2005 *(RJ* 2005, 5576); y de 7 de diciembre de 2007 *(RJ* 2007, 8526).

[125] TAMAYO CARMONA, J. A. (2003). Protección jurídica de la vivienda habitual de la familia y facultades de disposición, *op. cit.,* 67; ELORRIAGA DE BONIS, F. (1995). Régimen jurídico de la vivienda familiar, *op. cit.,* 336; DE LOS MOZOS, J. L. (1992). Comentario al artículo 1320 del Código Civil, *op. cit.,* 590-591, precisa que «el carácter específico del consentimiento no es tampoco obstáculo a que pueda otorgarse de forma preventiva, siempre que haya certeza de que tal consentimiento se proyecta sobre actos de disposición de la vivienda habitual, que cabe considerar de una manera abstracta y no necesariamente casuística».

En la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de junio de 1993 *(RJ* 1993, 4466) se considera válida la constitución por el marido sobre la vivienda adjudicada a la esposa de una hipoteca, haciendo uso del poder representativo y de las facultades de disposición conferidas por aquella a su esposo.

[126] DE LOS MOZOS, J. L. (1992). Comentario al artículo 1320 del Código Civil, *op. cit.,* 590; ERDOZÁIN LÓPEZ, J. C. (1997). La disposición de derechos sobre la vivienda habitual según la reciente jurisprudencia, *op. cit.,* 88; LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.* (2010). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.,* 130 señala que, el acto celebrado sin consentimiento es ulteriormente confirmable, y la disposición sobre cosa ajena o por título gratuito, solo puede ser objeto de ratificación.

[127] ELORRIAGA DE BONIS, F. (1995). Régimen jurídico de la vivienda familiar, *op. cit.,* p. 351.

[128] ESPIAU ESPIAU, S. (1992). *La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico civil español*, Barcelona: PPU, 162; ELORRIAGA DE BONIS F. (1995). Régimen jurídico de la vivienda familiar, *op. cit*., 363-364 aclara que el artículo 1322 no solo se circunscribe a los negocios referentes a la vivienda familiar, sino que también se aplica a cualquier acto de disposición o administración en el que se haya omitido el necesario consentimiento de uno de los cónyuges como en los casos de los artículos 1377 y 1378 del Código Civil. En contra, CAMY SÁCHEZ-CAÑETE, B. (1988). Protección legal de la vivienda familiar, *op. cit.*, 1137; MURCIA QUINTANA, E. (2002). *Derechos y deberes de los cónyuges en la vivienda familiar (art. 1320 del Código Civil)*, *op. cit.,* 259-261 descarta que el acto pueda ser calificado de anulable, pues, en un análisis *de lege ferenda*, lo que nos encontramos es ante una inoponibilidad al cónyuge no titular con posterioridad a la disposición del derecho del cónyuge titular, para la defensa de su derecho, en función de cuál sea la situación personal de este cónyuge con relación a la vivienda familiar. En consecuencia, el artículo 1322 no es aplicable como sanción de ineficacia del negocio dispositivo, amén de la inadecuación del régimen de anulabilidad a nuestro supuesto. Entiende por ello que, la continuación o no del derecho del cónyuge no titular tras el acto de disposición sin asentimiento, dependerá de la buena o mala fe del adquirente.

[129] *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 de diciembre de 1994 *(RJ* 1994, 10330); y, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, de 7 de marzo de 1994 *(AC* 1994, 521).

[130] GORDILLO CAÑAS, A. (1982). La protección de los terceros de buena fe en la reciente reforma del Derecho de Familia, *Anuario de Derecho Civil*, 1148: MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., (2016). Comentario al artículo 96 del Código Civil. En: A. Cañizares Laso, P. De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández (dirs.), *Código Civil comentado,* vol. I, 2.ª ed., Navarra: Civitas Thomson Reuters, 541.

[131] MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2011). La sociedad de gananciales, *op. cit.,* 263, quien, asimismo, precisa que, esta regla no se aplica a todos los créditos que tenga

cada cónyuge frente al patrimonio común, sino únicamente a los que constituyan indemnizaciones y reintegros derivados del funcionamiento interno de la sociedad conyugal. Lo que PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (1991). Comentario al artículo 1403 del Código Civil. En: C. Paz Ares, R. Bercovitz, Luis Díez Picazo Ponce de León, P. Salvador Coderch (dir.), *Comentarios del Código Civil, T. I*, Madrid: Secretaria General Técnica, Servicio de Publicaciones, Ministerio de Justicia, 792 denomina «créditos incidentales que forman parte del complejo de derechos y deberes que integran la posición de cada cónyuge en la relación societaria y que, por tanto, se liquidan con esta».

[132] *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 27 de enero de 2017 *(RJ* 2017, 342) ambas partes manifiestas con rotundidad en el acta de liquidación de bienes gananciales, en el sentido que no desean la adjudicación de la vivienda con compensación en metálico a la otra parte, por no tener disponibilidad económica para ello. Se procede a la venta en pública subasta con admisión de licitadores extraños y reparto del producto de la venta al 50%.

[133] RUBIO GIMENO, G., Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2011, *op. cit.*, 369, asimismo, opta por qué el pago del préstamo hipotecario en proporción exacta a lo que resulta del título constitutivo, vaya acompañado de una ponderación sobre el resto de las medidas a acordar en el proceso de separación o divorcio. *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, de 25 de noviembre de 1997 *(AC* 1997, 2559); y, de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 1.ª, de 2 de marzo de 1999 *(AC* 1999, 4917) la inclusión en el concepto de alimentos de la atribución del uso de la vivienda.

[134] ROCA TRÍAS, E. (1993). Comentario al artículo 93 del Código Civil. En: C. Paz Ares, R. Bercovitz, Luis Díez Picazo Ponce de León, P. Salvador Coderch (dir.), *Comentarios del Código Civil, T. I*, Madrid: Secretaria General Técnica, Servicio de Publicaciones, Ministerio de Justicia, p. 393.

[135] ELLORIAGA DE BONIS, F. (1995). Régimen jurídico de la vivienda familiar, *op. cit.*, 388.

[136] MURCIA QUINTANA, E. (2002). Derechos y deberes de los cónyuges en la vivienda familiar (art. 1320 del Código Civil), *op. cit.*, 380-382.

[137] CUENA CASAS, M. (2014). Uso de la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial y compensación al cónyuge propietario, *Revista de Derecho Civil,* vol I, número 2, abril-junio, 16, 17 y 22. En esta línea, VERDERA IZQUIERDO, B. (2016). «Estudio de los últimos postulados referentes a la atribución del uso de la vivienda familiar. La «necesidad de vivienda», *Indret enero*, p. 23 al señalar que «el uso de la vivienda debe tener reflejo en una disminución de la prestación económica que deba abonar al otro cónyuge; de este modo, en caso de que el cónyuge adjudicatario de la vivienda tuviese derecho a una pensión compensatoria o a una pensión por alimentos, el uso de la vivienda ya cubriría en parte dicha prestación». Si bien, precisa que «siendo titular del derecho de uso los hijos y reflejamente el cónyuge al que se le otorga la guarda y custodia, tendría más sentido disminuir la pensión por alimentos en caso de haberse atribuido la vivienda a los hijos y reflejamente al cónyuge custodio». Y, «en consecuencia, la disminución de la pensión compensatoria operaría en los caso en que se adjudique la vivienda al cónyuge sin hijos beneficiario de la misma que, a su vez, se encuentra en una situación de mayor debilidad o necesidad de protección y por ello se le adjudica la vivienda» (24).

[138] RIBERA BLANES, B. (2004). *La contribución a las cargas del matrimonio en el régimen de separación de bienes*, Valencia: Tirant lo Blanch, 116-119.

[139] DÍAZ MARTÍNEZ, A. (2013). Comentario al artículo 96 del Código Civil. En: Rodrigo Bercovitz Rodriguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil, T. I*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 1013-1014.

[140] En este sentido, CUENA CASAS, M. (2014). «Uso de la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial y compensación al cónyuge propietario», *op. cit.*, pp. 27 y 29; SANTOS MORÓN, M.ª J. (2014). La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de custodia exclusiva de un cónyuge: evolución jurisprudencial y anteproyecto de reforma, *Revista de Derecho Civil, vol. I, número 3, julio-septiembre*, 25-26; VERDERA IZQUIERDO, B. (2016). Estudio de los últimos postulados referentes a la atribución del uso de la vivienda familiar.

La «necesidad de vivienda, *op. cit.,* 25-26. *Vid.*, asimismo, el artículo 12.7 de la Ley 7/2015, de 30 de junio de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores del País Vasco teniendo en cuenta para el cálculo de la compensación las rentas pagadas por alquiler de viviendas similares y la capacidad económica de los miembros de la pareja; y establecía el artículo 6.1 de la Ley 5/2011 de 1 de abril de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven de Valencia —declarada inconstitucional por Sentencia del TC 192/2016, de 16 de noviembre— que, igualmente tenía en cuenta para el cálculo las rentas pagadas pro alquileres de viviendas similares en la zona y, además indicaba que tal compensación podía ser computada en todo o en parte como contribución a los gastos ordinarios con el consentimiento de quien tiene derecho al uso de la vivienda o por decisión judicial; y, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, 4 de febrero de 2013 *(JUR* 2013, 154939); de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 4.ª, 26 de septiembre de 2013 *(JUR* 2013, 351309) compensación económica aplicando la normativa valenciana a partir de la vecindad civil de los hijos. Esta compensación tiene lugar por la pérdida de determinadas facultades inherentes a la propiedad y comprende no solo el uso personal, sino también el obtener un beneficio económico mediante venta o alquiler; y, de 10 de julio de 2014 *(JUR* 2015, 52617) compensación económica en 125 euros por pérdida de uso a favor del esposo.

1.3. Derechos reales

La efectividad de la garantía hipotecaria en evidente detrimento

The effectiveness of the mortgage guarantee in evident detriment

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

Prof. Dra. de Derecho civil, Universidad Francisco de Vitoria

RESUMEN: Las recientes y numerosas resoluciones judiciales, tanto del Tribunal de Justicia Europeo como de los tribunales españoles, declarando abusivas muchas de las cláusulas de un préstamo hipotecario, así como la inadecuación de su procedimiento de ejecución, persiguen una finalidad loable: la protección del consumidor conforme a la normativa europea —nuestra normativa—. Sin embargo, considero que existe un riesgo cada vez mayor de que la propia garantía hipotecaria pueda perder su efectividad y, en consecuencia, convertirse en algo diferente a lo que era —y que con todos sus fallos aseguraba la colocación de capitales y el crédito territorial—: puede convertirse en una garantía nimia que nos conduzca a una inseguridad jurídica, de la que se puede derivar una nueva crisis financiera. Se analizan en este trabajo las últimas resoluciones al respecto, de forma crítica, poniendo sobre aviso de las consecuencias que puede tener el seguir en esta línea jurisprudencial, y la cada vez más urgente necesidad de un cambio profundo y legislativo.

ABSTRACT: The recent and numerous legal rulings as much from the European Court of Law as from the Spanish Courts, declaring unfair many of the mortgage loan clauses and its inadequacy of foreclosure follow a laudable purpose: the consumer´s protection in agreement with the European regulations— our regulation—. However, I consider that there is an increasing risk for the mortgage guarantee to lose its effectivity, because as a consequence of these legal rulings it could become something different. The mortgage guarantees the capitals positions and the real estate loans but it can derivate into a petty guarantee that leads us to a legal uncertainty provoking a new financial crisis. In this paper I analyze the last legal rulings in a critical way, forewarning the consequences that may have to follow this judicial trend.

PALABRAS CLAVE: Hipoteca. Cláusulas abusivas. Consumidor. Seguridad jurídica. Garantía.

KEY WORDS: Mortgage. Unfair terms. Consumer. Legal certainty. Guarantee.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO GENERAL.—II. ÚLTIMAS RESOLUCIONES EN TORNO A LA GARANTÍA HIPOTECARIA: 1. Cláusulas de intereses moratorios. 2. Cláusulas sobre vencimiento anticipado. 3. Cláusulas suelo. 4. Cláusulas sobre limitación de la responsabilidad hipotecaria.—III. REFLEXIÓN Y CONCLUSIONES.—IV. RESOLUCIONES CITADAS.—V. BIBLIOGRAFÍA.

I. PLANTEAMIENTO GENERAL

El derecho real de garantía inmobiliaria, la hipoteca, ha sido (y es) el más importante instrumento de crédito territorial de nuestro país.

Gracias a la sujeción de un bien inmueble concreto de valor elevado y a través de un procedimiento ejecutivo rápido, el acreedor se ha «atrevido» a prestar y colocar capitales de forma segura, pues su devolución está asegurada como consecuencia de la realización en valor del inmueble y, además, por la propia responsabilidad patrimonial universal del deudor (1911 del Código Civil) que, siempre, y no nos olvidemos de eso, subyace y acompaña a la responsabilidad real que se materializa en el inmueble.

El doble juego de estas responsabilidades ha hecho que un préstamo garantizado con hipoteca esté doblemente garantizado tanto por el bien inmueble como por el patrimonio del deudor. Todo ello, por supuesto, redunda en beneficio del acreedor, pero, no nos podemos olvidar que el otro gran beneficiado ha sido el deudor hipotecario, y más cuando es persona física, consumidor, que ha podido acceder a la vivienda gracias a la garantía hipotecaria, pues de otra forma no habría obtenido crédito en condiciones tan favorables.

Esta garantía segura y eficaz que alcanzó uno de sus máximos de esplendor en los primeros años de este siglo (2000-2008), ha evolucionado, ha cambiado, unas veces debido a las propias exigencias del mercado financiero (e inmobiliario), provocando cambios legislativos, y otras, más recientes, a golpe de resoluciones judiciales, disminuyendo —a mi juicio— su efectividad como garantía.

En el primer caso, y debido a intereses económicos y de financiación, la hipoteca que se basaba únicamente en el valor del inmueble, con independencia de la solvencia del deudor, se ha visto determinada en su eficacia por la situación patrimonial personal del deudor hipotecario. Como dice GÓMEZ GÁLLIGO (2013), se ha pasado de una concesión de crédito basado en el *loan to value,* al *loan to income*, donde la solvencia del deudor es determinante, no solo en la concesión del crédito, sino en la eficacia de la hipoteca, que se va a ver mermada, postergada, en algún caso, al cobro de créditos privilegiados, o incluso suspendida en los procedimientos concursales[1]. Como se ha ido perdiendo efectividad en la hipoteca, el acreedor ha intentado aumentar sus garantías con otras complementarias, que pueden suponer un sobre esfuerzo y abuso para el consumidor, lo que ha originado, asimismo, un malestar comprensible para los deudores.

En el segundo caso, desde 2013 hasta ahora, son innumerables las resoluciones judiciales que han incidido en la efectividad de la hipoteca, reduciendo su poder de aseguramiento, al reducir o limitar su eficacia, en muchos casos limitando la eficacia de su procedimiento de ejecución separado y rápido con escasas formas de oposición, y en otros, declarando abusivas un gran número de cláusulas insertas en los préstamos garantizados, pues suponen un desequilibrio en las prestaciones, (en el mejor de los casos), o no superan el control de transparencia exigible en negocios con consumidores (en el peor de los mismos).

De este modo, lo que era un derecho eficaz, seguro, efectivo, se está transformando en otra cosa; no sé si buena o mala, pero diferente, que puede llevar a una transformación no solo en su naturaleza jurídica, si no en la propia sociedad, donde un excesivo celo en la protección del consumidor puede volverse en su contra como un rápido bumerán, impidiendo que este acceda a la vivienda —derecho constitucionalmente protegido— o generando un mayor grado de inseguridad jurídica en el tráfico inmobiliario y en el crédito territorial. Todo ello conduce a reclamar la intervención del legislador para repensar un cambio profundo en relación a la garantía real, o a su función de afianzamiento.

Por eso, en este artículo, vamos a analizar las recientes resoluciones judiciales europeas y españolas que están matizando, mermando, cercenando y, en definitiva, alterando el derecho de hipoteca, convirtiéndolo, a mi juicio, en la sombra de lo que era.

Para ello, agruparemos los pronunciamientos jurisprudenciales en cuatro grandes bloques, que corresponden a las cuestiones más controvertidas de los últimos meses; a saber: los intereses de demora, las cláusulas suelo, el vencimiento anticipado y la limitación de responsabilidad hipotecaria en el préstamo hipotecario.

II. ÚLTIMAS RESOLUCIONES EN TORNO A LA GARANTÍA HIPOTECARIA

1. Cláusulas de intereses moratorios

Los intereses moratorios son la pena o sanción que se establece al incumplimiento de la obligación pecuniaria por parte del deudor.

Estos intereses de demora tienen por tanto una naturaleza bien distinta de los remuneratorios que son el precio del préstamo, del dinero, y que se generan de forma natural al ser el dinero un bien fructífero, como todos sabemos.

Al ser una sanción o pena al incumplimiento, su cuantía siempre ha sido más elevada que la de los intereses remuneratorios pues pretenden disuadir al deudor de tal incumplimiento. Cuando la obligación pecuniaria sea la derivada de un préstamo garantizado con hipoteca, la responsabilidad hipotecaria alcanza a cubrir también su pago, tal y como se desprende de los artículos 114 y 115 LH.

Esto quiere decir que el bien inmueble responde también de los intereses moratorios que en su caso se devenguen, obligándose a constituirse, *ab initio,* un tope máximo de responsabilidad hipotecaria que los cubra. Este máximo debe ser distinto del de los intereses remuneratorios y debe fijarse en la propia escritura de préstamo hipotecario, conforme exige el principio de especialidad.

La evolución sobre el máximo de responsabilidad hipotecaria en los últimos años, sobre todo cuando se trate de un préstamo hipotecario contratado por un deudor persona física sobre su vivienda, ha dado lugar a un sinfín de resoluciones tanto nacionales como europeas, de las que se derivó la reforma del artículo 114 LH en la que se estableció que el tope máximo de responsabilidad hipotecaria por intereses moratorios debía ser el de tres puntos por encima del interés legal, y que solo podían devengarse sobre el principal pendiente de pago, considerándose como abusivo cualquier otro interés superior, conforme estableció la Ley 1/2013 de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.

Este cambio legislativo, operado como otros muchos a raíz de la famosa STJUE «Caso Aziz», marcó los límites objetivos, para saber cuándo los intereses

de demora establecidos en un concreto préstamo hipotecario con consumidor eran abusivos.

Es de agradecer esta limitación, poniendo fin a varias discusiones jurisprudenciales, y sirviendo dicho tope como parámetro clarificador que impide muchos abusos existentes hasta la fecha.

Pues bien, así las cosas, en la STS de 3 de junio de 2016 al analizar la cláusula de intereses moratorios en un préstamo hipotecario entre profesionales y consumidores, en el que se señalaban como límite máximo de interés de demora un 19%, el Tribunal Supremo consideró que dicha cláusula de interés de demora era abusiva, por supuesto, por superar el máximo establecido en el 114.3 LH: los tres puntos con respecto al interés legal de dinero; pero, añadió la doctrina de la STS de 22 de abril de 2015, y al igual que en ella, donde se analizaba un préstamo personal y no hipotecario, va a considerar que el límite máximo de interés de demora debe ser dos puntos por encima del interés remuneratorio pactado, pues supone una manifiesta desproporción con respecto al remuneratorio y cuando se trate de un consumidor. Argumentó el Alto Tribunal afirmando que: «"(E)l artículo 114.3 Ley Hipotecaria no puede servir como derecho supletorio tras la declaración de abusividad de la cláusula de intereses moratorios conforme a la normativa sobre protección de consumidores. Además, resultaría paradójico, cuando no motivo de agravio para los prestatarios hipotecarios sobre vivienda habitual, que se les aplicara un interés moratorio de carácter legal sumamente alto en relación con el interés remuneratorio usual. Es decir, respecto de los préstamos hipotecarios debe mantenerse el mismo criterio establecido en la mencionada Sentencia 265/2015, de 22 de abril, para los préstamos personales, de manera que la nulidad afectará al exceso respecto del interés remuneratorio pactado" (Sentencias 705/2015, de 23 de diciembre, y 79/2016, de 18 de febrero)». Recoge después la explicación de la citada Sentencia de abril de 2015, en la que entendía que debido a que en los préstamos personales el tipo remuneratorio ya es bastante alto, por no tener garantía real, una subida de dos puntos con respecto al mismo para el moratorio debía ser suficiente.

Pues bien, el TS, en esta Sentencia, entiende que, aunque ahora se trate de un préstamo hipotecario, con un tipo remuneratorio más bajo que el personal, ello no impide aplicar el mismo criterio objetivo señalado para aquellos —los personales— cuando se trate de consumidores, debiendo aplicarse el límite del 114.3 LH, para otros contratos con deudores no consumidores, para garantizar la seguridad jurídica[2]:

«En este momento, si partimos del presupuesto condicionante de que el límite legal previsto en el artículo 114.3 LH para los intereses de demora en préstamos hipotecarios destinados a la adquisición de la primera vivienda no sirve de criterio para el control de abusividad, y advertimos la conveniencia, por seguridad jurídica, de establecer un criterio objetivo, no encontramos razones para separarnos del adoptado en la Sentencia 265/2015, de 22 de abril, para los préstamos personales.

Si bien, para justificar el diferencial de dos puntos respecto del interés remuneratorio, advertíamos que en el préstamo personal el interés remuneratorio habitualmente es mucho más elevado, en atención a la ausencia de garantía real, esta diferencia no justifica que variemos de criterio en el caso del préstamo hipotecario. Y de hecho, aunque referido a los efectos derivados de la nulidad de la cláusula de intereses de demora, ya advertíamos en las Sentencias 705/2015, de 23 de diciembre, y 79/2016, de 18 de febrero, que "resultaría paradójico, cuando no motivo de agravio para los prestatarios hipotecarios sobre vivienda habitual,

que se les aplicara un interés moratorio de carácter legal sumamente alto en relación con el interés remuneratorio usual".

Además, también en este caso, este criterio se acomoda mejor a la jurisprudencia de esta sala sobre los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula de intereses moratorios declarados abusivos que, por afectar al incremento respecto del interés remuneratorio, no impide que se siga aplicando a la deuda el interés remuneratorio pactado».

Buena es la intención del Alto Tribunal: «fijar un criterio objetivo» con respecto a los intereses de demora, pero ¿no podría haber sido el ya legalmente establecido, o esperar a una modificación legal? Considero que esta sentencia puede introducir más discordancia y mayor inseguridad, ya que al establecerse un nuevo límite diferente del legal para los préstamos hipotecarios, nadie está libre de, cumpliendo con la legalidad vigente, incluir una cláusula abusiva porque supere de forma gravosa el interés remuneratorio. Bien está que se fije un límite objetivo, pero que lo haga ya el legislador, pues de otro modo, lejos de conseguir seguridad jurídica, creo que puede aumentarse lo contrario.

La DGRN en su Resolución de 19 de octubre de 2016, guiada por la STS que se acaba de comentar, aplica el mismo criterio y entiende que el Registrador puede rechazar la inscripción de una cláusula de interés de demora superior a dos puntos del interés remuneratorio que, además, aplica retroactivamente a un préstamo hipotecario concertado con anterioridad a la publicación de la Sentencia del Supremo, y con un consumidor, por ser abusiva, y al actuar la abusividad con carácter *ipso iure*, sin necesidad de previa declaración judicial. El Registrador puede rechazar esa cláusula directamente al apreciarla, pues entra dentro de su ámbito de calificación, ya que el Supremo ha fijado expresamente ese criterio objetivo. Y como consecuencia del principio de efectividad del Derecho comunitario en materia de derecho de consumidores, el Registrador debe abstenerse de colaborar en la aplicación de cláusulas abusivas cuando existan bases objetivas para considerarlas como tales, como la existencia de Sentencias reiteradas del TS o una Sentencia con valor de jurisprudencia o interés casacional. En este caso, se aduce que ya han sido dos las Sentencias del Alto Tribunal en idéntico sentido —22 de abril de 2015 para préstamos personales y la de 3 de junio de 2016 para los hipotecarios—, sin embargo, creemos que la diferencia entre un préstamo personal y uno hipotecario a estos efectos es suficiente para discrepar con esta postura.

A mi entender, estas últimas resoluciones no hacen sino introducir inseguridad a la hora de la contratación. Protegemos al consumidor, pero queda la duda de si una nueva sentencia puede cambiar el criterio objetivo para otro supuesto y si, además, cabe su aplicación retroactiva, nunca se tendrá la seguridad de que no se vuelva a cambiar el criterio (al que el acreedor debe adecuarse), volviendo a ser un interés abusivo. Y puede ocurrir que para prevenir esto, el acreedor trate de paliar el riesgo que supone para él, con un mayor tipo de interes remuneratorio que perjudique al deudor.

Abogamos por establecer un criterio objetivo en cuanto al límite máximo de los intereses moratorios legalmente establecido —aunque parece que ese es uno de los objetivos de las nuevas reformas que se vislumbran[3]—, para introducir plena seguridad jurídica, así como las consecuencias de la declaración de abusividad de una cláusula de intereses moratorios que superen esos límites, pues también hay dudas en este sentido respecto a esas consecuencias, como ha planteado el Tribunal Supremo en una cuestión prejudicial ante el TJUE, mediante el reciente Auto de 22 de febrero, donde se plantea si la declaración de abusividad de dicha

cláusula debe suponer, como pretende el recurrente, que el préstamo dejase de devengar interés alguno[4].

Habrá que esperar a la resolución de dicha cuestión prejudicial, y mientras tanto, más incertidumbre…

2. Cláusulas sobre vencimiento anticipado

El pacto de vencimiento anticipado, añadido a un préstamo hipotecario, supone que el acreedor se reserva la facultad de dar por vencido el crédito y adelantar la ejecución hipotecaria si se produce el incumplimiento de la obligación principal o incluso de algunas obligaciones accesorias del contrato. La validez de dichas cláusulas ha sido puesta en entredicho por la doctrina e incluso jurisprudencia en distintas ocasiones, si bien, mayoritariamente, se han admitido con base en el artículo 1255 del Código Civil y el 1127 del Código Civil que permitirían establecerlas de mutuo acuerdo entre las partes. Pero, de nuevo, cuando el deudor es un consumidor y el prestamista un profesional, estas cláusulas se someten a la legislación de protección de los consumidores que, normalmente, no ha negociado con su banco las mismas, por lo que se sitúan en el punto de mira del control de abusividad.

Una vez más, la Sentencia Aziz, del TJUE, abordó estas cláusulas, y consideró que el derecho español era contrario al Derecho de la Unión Europea (Directiva 13/1993), al permitir determinadas cláusulas de vencimiento anticipado por impagos de menos de tres cuotas. De este modo, se introdujo una modificación en el artículo 693 LEC, en virtud de la cual, a partir de ese momento, solo se podría iniciar la ejecución hipotecaria ante un impago de las cuotas de tres meses, tratando de minorar así el vencimiento anticipado existente entonces por una sola cuota impagada, que pasará a considerarse abusivo. Es decir, tras esa Sentencia y la correspondiente modificación legal se consideran abusivas aquellas cláusulas que admitían el vencimiento anticipado del préstamo hipotecario con consumidores por impago de menos de tres cuotas, siendo adecuadas aquellas que establecieran como condición del vencimiento anticipado, tres o más plazos.

Sin embargo, la STJUE de 26 de enero de 2017 vuelve sobre esta cuestión, y lo que era ya una práctica habitual, considerándose aceptable solicitar un vencimiento anticipado provocado por un incumplimiento de tres, cinco o más plazos impagados, pues supera lo establecido en la LEC, se le da una nueva vuelta de tuerca, poniendo el énfasis, no en la ejecución del vencimiento en sí, sino en la literalidad de la cláusula. De forma que, aunque se instara el vencimiento tras el impago de siete cuotas, si en el contrato de préstamo hipotecario la cláusula de vencimiento anticipado se hacía depender del impago de una cuota, al ser abusiva, podía oponerse en ejecución, y apreciarse por el Juez de oficio, y declarar su abusividad, eliminándola del contrato e impidiendo, en definitiva, la ejecución pretendida, pues había sido la causa de la misma.

El Tribunal Europeo afirma que «dado que el Juez nacional está obligado únicamente a dejar sin aplicación una cláusula contractual abusiva para que no surta efectos vinculantes respecto del consumidor, sin estar facultado para variar su contenido, las consecuencias del carácter abusivo de la cláusula no pueden depender del hecho de que la misma se aplique o no en la práctica.

Por ello, aunque el profesional iniciara el procedimiento de ejecución hipotecaria por impago de siete mensualidades y no cuando se produjo la falta de abono de cualquier cantidad adeudada, como le facultaba la cláusula en cuestión,

no exime al Juez nacional de su obligación de deducir todas las consecuencias oportunas del eventual carácter abusivo de esa cláusula.

En consecuencia, la Directiva 93/13 se opone a una interpretación jurisprudencial de una disposición de Derecho nacional que prohíba al Juez nacional que ha constatado el carácter abusivo de una cláusula de vencimiento anticipado a declarar su nulidad y dejarla sin aplicar cuando, en la práctica, el profesional no la aplica, sino que observa los requisitos establecidos por la disposición de Derecho nacional».

En definitiva, el Juez que constata de oficio el carácter abusivo de una cláusula de vencimiento anticipado, debe declarar su nulidad, dejar de aplicarla, y como consecuencia se pone fin a la ejecución, aunque el banco no la haya aplicado y no la haya puesto en práctica.

Esto mismo, se defiende en el Auto 455/2016 de 15 de diciembre de 2016 del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Sabadell, que cambia el criterio existente hasta ahora, de no considerar abusiva una cláusula de vencimiento anticipado, solo por su contenido, sino atendiendo fundamentalmente al ejercicio —a la práctica— que de la misma hace el acreedor. A partir de ahora hay que examinar la «abusividad intrínseca de la cláusula», con independencia del ejercicio que se haga de ella por el prestamista y con independencia de que se adapte ese ejercicio a la legalidad vigente (no anticipar antes de tres impagos). Y ello es así porque dicha cláusula — en su literalidad— «conlleva un grave desequilibrio en las obligaciones en detrimento del consumidor».

Estamos de acuerdo con que la abusividad de las cláusulas hay que deducirlas de su redacción, pues han sido predispuestas y pre redactadas por la parte más fuerte, en este caso prestamista, y en ellas se manifiesta la voluntad del mismo. Luego, para atender y proceder a declarar el carácter abusivo, o no, de una cláusula hay que examinar su contenido, y si es abusivo, declararlo. Sin embargo, tampoco podemos olvidar que el control de abusividad se establece para proteger al consumidor y evitar prácticas abusivas por parte del predisponente.

El propio TJUE, en su famosa Sentencia —entre muchas otras—, de 14 de marzo de 2013 (caso Aziz), establecía los criterios generales para interpretar si una cláusula es abusiva, y estos descansan, como dice el artículo 3 de la Directiva, en comprobar si se ha producido un desequilibrio importante en detrimento del consumidor entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato, y por otro lado, si este desequilibrio se produce a pesar de la buena fe contractual. Si bien, estos criterios abstractos (desequilibrio contractual y buena fe) hay que ponerlos en relación con el caso y circunstancias concretas en cada supuesto (naturaleza y objeto del contrato, momento de celebración…); sin que se puedan establecer de forma general, correspondiendo al juzgador nacional analizarlos en cada caso, comparándolo con lo que su legislación establece.

Pues bien, si ese control debe hacerse en el caso concreto, con respecto a un contrato específico, poniendo en relación esa cláusula con las especiales características del contrato en el que se inserta, si se trata de una cláusula de vencimiento anticipado, debe examinarse si esa facultad «está vinculada a un incumplimiento esencial y grave del consumidor de su obligación de pago en relación con la duración y cuantía del préstamo, y si constituye una excepción con las normas generales aplicables en la materia en ausencia de estipulaciones específicas» (STJUE de 26 de enero de 2017).

En consecuencia, si examinamos el «ejercicio», la puesta en práctica de la cláusula en ese caso concreto, donde el deudor había dejado de pagar hasta siete plazos, este incumplimiento ha de considerase grave, con respecto a la

legislación general, y en comparación con otros supuestos de incumplimientos de obligaciones de tracto sucesivo, —vgr. arrendamiento y desahucio, resolución por incumplimiento…— y por tanto, no se ha producido un abuso con respecto al deudor consumidor. No puede inferirse que el acreedor haya abusado de su posición dominante, ni que haya perjuicio por desequilibrio de las prestaciones en detrimento del consumidor, pues la realidad es bien distinta al no poder ejecutar la garantía dada el acreedor, no poder cobrar lo que se le debe, cuando ha habido un incumplimiento reiterado por el deudor. ¿Desequilibrio en detrimento de quién?

Si no hay desprotección del consumidor, no entendemos que, en aras a una mayor protección a este, se anule la cláusula que no ha producido perjuicio alguno.

Si no hay verdadero desequilibrio de prestaciones en detrimento del consumidor, no consideramos que deba ser abusiva.

3. Cláusulas suelo

Sobre estas cláusulas que limitan la bajada del tipo interés remuneratorio en un préstamo hipotecario a interés variable, aunque el tipo de referencia siga bajando, se han escrito ríos de tinta[5].

Todo empezó con la STS de 9 de mayo de 2013 donde se declaró la licitud de dichas cláusulas, si bien, podían considerarse abusivas por falta de transparencia, cuando el deudor consumidor no hubiera podido comprender el significado y alcance de las mismas. De esta forma, el Alto Tribunal, en una Sentencia cuanto menos «alambicada», conseguía declarar su abusividad, y por lo tanto su nulidad en los préstamos hipotecarios que las contuvieran. No obstante, no se atrevió a ser consecuente con esa declaración de nulidad —siempre con efectos *ex tunc*— o no quiso hacerlo en aras de la seguridad jurídica y tranquilidad en el panorama económico del momento; por eso, determinó que, aunque eran abusivas y por tanto nulas y debían expulsarse del contrato, debiendo restablecerse las prestaciones al momento de la contratación (devolviendo los bancos todo lo que hubieran cobrado de más si no hubiera existido dicha cláusula), no procedían esos efectos retroactivos propios de la nulidad. Declaró que no existía retroactividad y limitó los efectos en el tiempo de la declaración de nulidad de esas cláusulas hacia el futuro; de forma que solo debía abonarse lo indebidamente no pagado por la cláusula suelo desde la fecha de la Sentencia en cuestión (2013) y no desde que se contrató.

Con esta situación, consumidores afectados por la aplicación de esas cláusulas reclaman las cantidades que alegan haber pagado indebidamente a las entidades financieras a partir de la fecha de celebración de sus contratos de crédito. El Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Granada y la Audiencia Provincial de Alicante, ante quienes se han planteado pretensiones de esa índole, planteó cuestión prejudicial en torno a si debía aplicarse de forma retroactiva —desde el inicio del préstamo— los efectos de la declaración de nulidad de estas cláusulas suelo, o solo a partir de 2013 como afirmó la STS de 9 de mayo, y si esto era compatible con la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993, en materia de protección a consumidores.

El TJUE en su ya famosa y archi comentada Sentencia de 21 de diciembre de 2016, sorprendentemente[6], afirma que sí deben aplicarse retroactivamente estos efectos y que procede la devolución de todas las cantidades que debieron no

cobrarse desde la contratación del préstamo, pues de otro modo no se consigue la protección total del consumidor prevista en el artículo 6 de la Directiva 93/13. Considera que «el Derecho de la Unión se opone a una jurisprudencia nacional en virtud de la cual los efectos restitutorios vinculados a la nulidad de una cláusula abusiva se limitan a las cantidades indebidamente pagadas con posterioridad al pronunciamiento de la Resolución judicial mediante la que se declare el carácter abusivo de la cláusula».

En concreto el Tribunal Europeo realizó las siguientes afirmaciones. Primero afirma que «De las consideraciones anteriores resulta que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que procede considerar, en principio, que una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido, de manera que no podrá tener efectos frente al consumidor. Por consiguiente, la declaración judicial del carácter abusivo de tal cláusula debe tener como consecuencia, en principio, el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula.

De lo anterior se deduce que la obligación del juez nacional de dejar sin aplicación una cláusula contractual abusiva que imponga el pago de importes que resulten ser cantidades indebidamente pagadas genera, en principio, el correspondiente efecto restitutorio en relación con tales importes».

Y termina concluyendo en los párrafos 72 y 73 lo siguiente: «72. Pues bien, la limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo, que el Tribunal Supremo acordó en la Sentencia de 9 de mayo de 2013, equivale a privar con carácter general a todo consumidor que haya celebrado antes de aquella fecha un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula de ese tipo del derecho a obtener la restitución íntegra de las cantidades que haya abonado indebidamente a la entidad bancaria sobre la base de la cláusula suelo durante el periodo anterior al 9 de mayo de 2013.

73. De lo anterior se deduce que una jurisprudencia nacional —como la plasmada en la Sentencia de 9 de mayo de 2013— relativa a la limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración del carácter abusivo de una cláusula contractual, en virtud del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, solo permite garantizar una protección limitada a los consumidores que hayan celebrado un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula suelo con anterioridad a la fecha del pronunciamiento de la Resolución judicial mediante la que se declaró dicho carácter abusivo. Así pues, tal protección resulta incompleta e insuficiente y no constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de dicha cláusula, en contra de lo que establece el artículo 7, apartado 1, de la citada Directiva (véase, en este sentido, la Sentencia de 14 de marzo de 2013, Aziz, C-415/11, EU:C:2013:164, apartado 60)».

La verdad es que estamos de acuerdo con esta Sentencia europea porque si la cláusula es nula, lo es desde siempre, no se entiende el artificio que hizo el Supremo de considerar algo nulo con efectos temporales a futuro… Creo que es coherente lo que ha hecho este tribunal.

No obstante, la discrepancia no reside en la consecuencia de los efectos retroactivos de la nulidad —a mi modo de ver lógica—, sino de la propia calificación de abusivas de las cláusulas suelo, cuando son perfectamente admitidas y lícitas, basándose solo en una falta de transparencia. ¿Hemos ampliado el control de abusividad *ex post*, al control de incorporación *ex ante*? Creo que ahí reside el error mayor de esta resolución. Como ya dije en alguna otra ocasión[7], el Tribunal Supremo, obsesionado con la nulidad de

estas cláusulas, busca el motivo donde fuere, y solo consigue encontrarlo en la falta de transparencia, haciendo una interpretación extensiva de lo que en puridad debe ser un control de abusividad de lo ya incorporado y aceptado en el contrato.

Si esto es así, de nuevo, mayor protección al consumidor, pero mayor riesgo de que ya no solo lo que ponemos en el contrato sea abusivo, si no que si no somos capaces de explicarlo debidamente antes del contrato, también será nulo. La abusividad se extiende a la fase precontractual…

Además, y como réplicas del terremoto provocado por la STJUE de 21 de diciembre de 2016, empiezan a sucederse nuevas resoluciones de tribunales menores que siguen la nueva línea marcada. De este modo, por ejemplo, la Sentencia 39/2017, del JPI núm. 5 de L'Hospitalet de Llobregat, de 3 de febrero de 2017, aplica la doctrina del Tribunal Europeo sobre las cláusulas suelo a una cláusula similar a esta aunque no exactamente igual, pero que supone una limitación del tipo de interés del préstamo como en aquella. Como el deudor no fue suficientemente informado, y esta cláusula estaba en un contexto junto con otras informaciones y cláusulas que dificultaban su identificación, todo ello condujo a que el deudor «no percibiera la verdadera relevancia que podría tener en el funcionamiento del contrato», ordenando su nulidad, y la devolución de las cantidades indebidamente cobradas desde el inicio.

Igualmente, la SAP de Badajoz de 16 de febrero de 2017 resuelve en apelación, aplicar la retroactividad total a la nulidad de la cláusula suelo, a pesar de que el Juzgado de Primera Instancia había concedido la retroacción «suave», a partir de la STS de 2013, y no desde la firma del contrato, y que el recurrente en apelación solo había reclamado esa retroacción limitada.

El Tribunal Supremo ha tenido que modificar igualmente la doctrina establecida en la STS de 9 de mayo de 2013, para adaptarla a la STJUE de diciembre de 2016 pasado, reconociendo la retroactividad total de la nulidad de la cláusula suelo. Lo ha hecho en la STS de 15 de febrero de 2017, rechazando un recurso interpuesto por el BBVA contra la SAP de Barcelona que declaró nula una cláusula suelo de un préstamo hipotecario firmado entre un consumidor y Unnim Banc (hoy BBVA). Aprovecha esta Sentencia para reiterar la doctrina del Tribunal Europeo y afirmar que la retroactividad limitada de la nulidad de la cláusula suelo impedía una protección total al consumidor.

También hay que señalar que en dos recientes Sentencias, el Alto Tribunal ha considerado no aplicable esta nueva doctrina al no ser el prestatario un consumidor, pues solo a estos, y en aras de su especial protección, debe aplicarse lo dispuesto en la Directiva 93/13 y la doctrina del Tribunal Europeo sobre el control de abusividad o transparencia (SSTS de 20 y 30 de enero de 2017). De igual forma, se ha rechazado por el Tribunal Supremo (STS de 15 de febrero de 2017), la nulidad de una cláusula suelo cuando se probó que esta había sido negociada individualmente al ser el suelo pactado menor que el que normalmente ofrecía la entidad (Caja Rural Teruel) y por lo tanto no cabía su abusividad y falta de transparencia, al no ser una condición general no negociada ni impuesta por la entidad[8].

Es de agradecer que no nos dejemos llevar por el espíritu proteccionista excesivo y se haga una perjudicial aplicación del derecho, obsesionados, a veces, por ir en contra de las entidades prestamistas. En cualquier caso, la abusividad por falta de transparencia por la no comprensión del deudor corre el riesgo, de nuevo, de convertirse en una posible causa de abusividad «particularizada».

4. Cláusulas sobre limitación de la responsabilidad hipotecaria

Si hasta ahora hemos analizado una serie de cláusulas del préstamo hipotecario que se han ido declarando abusivas por los tribunales, y se ha ido restringiendo —en consecuencia— su incorporación al préstamo, suprimiendo circunstancias hasta ahora típicas del mismo, la cláusula que vamos a analizar ahora, desde mi punto de vista, es el punto definitivo para hacernos pensar en que la hipoteca, o el crédito hipotecario tal y como lo hemos entendido tradicionalmente, no es que esté limitado en su contenido, es que se puede estar convirtiendo en cosa distinta de la que era.

La cuestión que dio lugar a la SJM núm. 10 de Barcelona, de 7 de diciembre de 2016, que vamos a comentar, es la siguiente:

Se firma un préstamo hipotecario por un importe de 170.000 euros entre un profesional y unos adherentes consumidores en el que se incluyen dos cláusulas no negociadas: una estableciendo una garantía solidaria de un fiador, y en la otra se establecía la responsabilidad personal solidaria e ilimitada de los deudores hipotecarios.

Se declara por el Tribunal que ambas cláusulas son abusivas, y por tanto nulas por falta de transparencia, ya que no superan el doble control de transparencia exigible: que sean legibles, entendibles y que el cliente sea plenamente consciente de las consecuencias económicas, patrimoniales y personales de dichas cláusulas. Añade el tribunal que «falta de información suficientemente clara de que se trate de un elemento definitorio del objeto principal». Y no es suficiente que el Notario lea el contrato, como control de transparencia, sino que es necesario que la información dada permita «tomar la decisión con pleno conocimiento de causa» garantizando la «comprensividad total de su importancia en el desarrollo del contrato».

Pues bien, y refiriéndonos ya solo a la cláusula en la que se expresaba la responsabilidad patrimonial ilimitada solidaria de los deudores, concluye el Tribunal que estos no entendieron el alcance y significado de esta cláusula que implica que, ante un incumplimiento y tras la ejecución de la hipoteca y el correspondiente lanzamiento de la vivienda que servía de garantía, si el valor obtenido en la subasta por aquella no alcanzara a cubrir la deuda, el acreedor puede seguir persiguiéndoles en vía personal hasta que cobre lo que se le adeuda.

Como no lo entendió ni comprendió el deudor, y fue impuesta sin negociación al cliente, esta cláusula es abusiva por falta de transparencia, por lo tanto nula, y debe eliminarse del contrato. Todo ello en virtud del artículo 3 de la Directiva 93/13 que afirma que se tendrán por no puestas aquellas cláusulas que pese a las exigencias de la buena fe, causen un desequilibrio importante en detrimento del consumidor.

Como la responsabilidad ilimitada del deudor que se establece es la responsabilidad universal del deudor (1911 del Código Civil), y esto implica que responde de por vida con todos sus bienes presentes y futuros de sus deudas, esta responsabilidad personal es desproporcionada. Este es el argumento seguido en esta Sentencia.

¿Qué podemos decir aquí? En primer lugar, puede ser que la cláusula pre redactada es posible que no sea comprensible para el deudor, puede desconocer su alcance, porque no se le ha explicado suficientemente y, en este sentido, si esto se probara, puede haber un incumplimiento de los deberes de información que, incluso, puede suponer no superar el control de transparencia y ser abusiva[9]. Sería una causa formal de abusividad. Pero lo que no compartimos es que

sea abusiva porque suponga un detrimento importante para el deudor, al menos aisladamente considerada —cuestión distinta que no entra a analizar el tribunal es que estuviéramos ante un supuesto de sobregarantías al coincidir la hipotecaria y el fiador, y que se considerara abusivo por este motivo—.

El principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor, recogido en el artículo 1911 del Código Civil es un principio general de las obligaciones que significa precisamente eso: el deudor responde sus deudas con todos sus bienes presentes y/o futuros. Es un principio consagrado por nuestra jurisprudencia, legalmente regulado, y plenamente vigente. Opera con respecto a un deudor y sus obligaciones contraídas, como garantía de cobro del acreedor, pues todo deudor debe cumplir (deuda) y si no lo hace, ahí esta su patrimonio para hacer frente a su incumplimiento (responsabilidad). Deuda y responsabilidad son los elementos del vínculo obligacional que sostienen la relación jurídica obligatoria, presentes ambos en todas las obligaciones contractuales y que no pueden disociarse más que en contadas ocasiones.

Pretender que un deudor que incumpla (no podemos olvidar que esta cláusula solo entra en juego si no devolviera el préstamo), no responda es difícil. Sería un supuesto de deuda sin responsabilidad, a modo de las deudas prescritas o de las obligaciones naturales, y esto no es así. Luego, eliminar, sin más, la responsabilidad del deudor sin pacto expreso y aceptada por el acreedor no es posible.

Esta responsabilidad universal del deudor se ve aumentada cuando se añade, como aseguramiento del pago de una obligación, un derecho real de garantía —tal y como hemos comentado al inicio de este trabajo—. Pues, en este caso, el acreedor tiene dos responsabilidades: la personal universal del deudor (que sigue siendo deudor, pues le prestaron un dinero que tiene que devolver), y la real derivada en este caso de una hipoteca, que recae sobre el propio inmueble que se ofrece como garantía. De tal forma que el acreedor puede elegir —ante el incumplimiento del deudor— entre dirigirse frente a este en vía personal por el 1911 del Código Civil, o dirigirse en vía real frente al inmueble hipotecado, que sale a subasta. Pero, ambas responsabilidades son acumulativas y no excluyentes. La hipoteca aumenta la responsabilidad del 1911 del Código Civil, no la elimina, tal y como establece de forma clarísima el artículo 105 LH[10] y recuerda en sede de ejecución hipotecaria el 579 LEC[11]. No nos olvidemos de que la hipoteca es accesoria al crédito, subsistiendo este cuando aquella se extinga y con todas sus consecuencias.

Podría pactarse esa limitación de responsabilidad entre las partes siempre que el acreedor así lo admitiera, pero esto no suele ocurrir porque al acreedor no le interesa limitar la garantía, puesto que ve disminuidas sus posibilidades de cobro y en consecuencia no consiente a la misma. Pero esta situación es posible y está prevista en el artículo 140 LH que, precisamente, es excepcional porque limita la responsabilidad en un crédito garantizado con hipoteca a la real, eliminado la personal propia del deudor. Si no se pacta expresamente esta cláusula —repito eso es posible, pero hay que hacerlo expresamente porque la regla general es la contraria—[12], conviven las dos responsabilidades.

Luego, el establecer una cláusula que recoja la regla general, que es la convivencia de las dos responsabilidades, en ningún caso creo que pueda resultar abusivo por desequilibrio contractual para el consumidor. El actuar conforme a un principio general del derecho de obligaciones, válido, lícito y aplicable siempre, no puede constituir un abuso de derecho, como ya ha dicho el TS en otras ocasiones similares[13]. No puede por tanto suponer abusividad. Otra cosa es que decidamos que este principio general de la responsabilidad patrimonial universal deba cambiarse,

o suprimirse, y que cuando coincida con una garantía real deba eliminarse, para proteger a la parte más débil. Pero mientras no cambiemos el Código Civil, esto no puede ser así, y no puede entenderse como abusivo lo que es lícito y normal.

Otra cuestión, como hemos indicado al principio, sería que fuera abusivo por falta de comprensión de su alcance por el deudor, por falta de transparencia. Es cierto que el deudor consumidor puede no comprender este extremo porque no se le haya informado, pero considero que la ignorancia de las leyes no exime de su cumplimiento, y el no conocer el 1911 del Código Civil, el 105 LH y 579 LEC, no va a eximir de que se apliquen. Podría, como se ha hecho, declararse nula por falta de transparencia esta cláusula, y eliminarse del contrato pero entiendo que, aunque la eliminemos, si no se ha pactado expresamente en contra, subsisten los preceptos citados que no son sino concreciones de un principio general de derecho y, en consecuencia, llegado el caso, podrían aplicarse y un juez, en su buen actuar basado en el principio de *iura novit curia,* no podría desconocer, ni impedir, que el acreedor siguiera persiguiendo al deudor ejecutado en vía personal, si el inmueble no fue suficiente para satisfacer la deuda.

Es decir, no comparto la abusividad de la cláusula de responsabilidad ilimitada del deudor en un préstamo hipotecario basada en un desequilibrio del consumidor, pues es la regla normal y consecuencia del principio del 1911 del Código Civil; y aunque pudiera ser abusiva por falta de transparencia —cuestión que entiendo que podría ocurrir, aunque con los recelos ya señalados—, su expulsión no podría en ningún caso significar su inaplicación, cuando se produjeran los supuestos previstos en la ley para su aplicación.

Lo contrario, entender que es abusiva esta cláusula, que debe ser nula, eliminarse del contrato e inaplicarse, iría en contra de nuestro propio ordenamiento, eliminaría la responsabilidad universal del deudor, suprimiendo un principio general de derecho. Disminuirían las garantías del acreedor y, en consecuencia, podría producir una reducción en la concesión de créditos, o provocar créditos más caros con el perjuicio consiguiente para el consumidor. Pues todo ello generaría, en definitiva, inseguridad jurídica, al quedar los acreedores ante la incertidumbre de cobro, y tratar de repercutir tal inseguridad en los consumidores, mediante préstamos más caros.

Creo que esta Sentencia, si pretende inaplicar el principio de responsabilidad universal del deudor, sí que es generadora de inseguridad jurídica y por lo tanto rechazable. Si solo pretende eliminar una cláusula no negociada por falta de transparencia, sin eliminar el 1911 del Código Civil, no atentaría contra la seguridad jurídica pero, en este caso, esa cláusula sería totalmente intrascendente, lo que no justificaría entonces su declaración de abusividad. En este sentido, deduzco, con toda la cautela necesaria, que lo que se pretende es inaplicar el 1911 del Código Civil y cambiar la garantía hipotecaria, limitando la responsabilidad: excluyendo la responsabilidad personal, y dejando solo la real.

Si esto es así, supone una alteración notable de lo establecido y comúnmente admitido en nuestro ordenamiento y, en consecuencia, nos planteamos el cambio profundo que está sufriendo la garantía hipotecaria a través de la doctrina jurisprudencial, y el aviso de cambio normativo exigible que esto supone.

III. REFLEXIÓN Y CONCLUSIONES

I. Las sucesivas resoluciones judiciales están cambiando el derecho real de hipoteca a juzgar por las últimas decisiones emitidas que establecen:

II. La garantía hipotecaria no puede cubrir más intereses de demora que los que los juzgadores consideren oportunos en cada caso concreto, sin que sea suficiente para no considerar esa cláusula de intereses moratorios como abusiva que cumpla lo que al respecto establece la ley.

III. De igual forma, no es posible un vencimiento anticipado del préstamo garantizado con hipoteca, ni aun cuando se respeten los tres vencimientos que la ley exige, pues puede perjudicar al deudor y en consecuencia declararse abusivo

IV. Las cláusulas suelo del préstamo hipotecario son abusivas por falta de transparencia y deben eliminarse de los contratos y devolverse al deudor lo indebidamente cobrado por ellas, en una ampliación extensiva de la abusividad, que ahora también se controla *ex ante*.

V. La hipoteca debería excluir la responsabilidad patrimonial universal del deudor pues una cláusula que la incluya es abusiva, por causar desequilibrio importante para el consumidor que debe responder personalmente del préstamo hipotecario durante toda su vida. Y esto contradiciendo lo que dispone la ley en artículos 1911 CC, 105 y 579 LEC.

VI. Ante estas novedades, y siempre en aras de la protección al consumidor como consecuencia del Derecho comunitario, nos planteamos si la hipoteca es lo que era, o está trasmutando a una garantía real muy distinta, a saber: limitada al bien, con difícil ejecución, con una limitación de intereses moratorios cubiertos con la misma, sin posibilidad de vencimiento anticipado y sin posibilidad de establecer cláusulas suelo que no entienda el deudor, y siempre sometida a una posible abusividad de sus cláusulas por la no comprensión por el deudor consumidor.

VII. ¿Ha llegado la hora de cambiar nuestra legislación sobre la garantía hipotecaria? Creo que sí. Si no lo hacemos, y establecemos nuevas reglas de juego, corremos el riesgo de estar cada día a merced de las nuevas resoluciones judiciales que nos den «nuevos avisos y sorpresas», disminuyendo las garantías del acreedor, generando, en consecuencia inseguridad jurídica.

VIII. Y esa inseguridad jurídica, no duden ustedes que se volverá contra el consumidor «super protegido», ya que a más inseguridad, menos colocación de capitales y menos concesión de crédito, y el que se conceda será mas caro. Luego, el consumidor se verá con problemas de acceso al crédito y, en definitiva, lo que se inicia como una loable protección al consumidor, se puede volver contra él como un boomerang. Estemos atentos, y adelantémonos a esto con los cambios legislativos pertinentes que ya se están reclamando a gritos.

Si las reglas de juego actuales parecen no suficientes, cambiémoslas, pero de forma general y objetiva no dependiendo del caso concreto que solo genera inseguridad jurídica.

IV. RESOLUCIONES CITADAS

Tribunal Justicia Europeo

- STJUE de 14 de marzo de 2013
- STJUE de 21 de diciembre de 2016
- STJUE de 26 de enero de 2017

Tribunal Supremo

- STS de 4 de noviembre de 1994

- STS de 8 de mayo de 1996
- STS de 5 de mayo de 1997
- STS de 19 de febrero de 1999
- STS de 18 de enero de 2000
- STS de 16 de febrero de 2006
- STS de 25 de septiembre de 2008
- STS de 9 de mayo de 2013
- STS de 9 de mayo de 2013
- STS de 22 de abril de 2015
- STS de 22 de abril de 2015
- STS de 23 de diciembre de 2015
- STS de 18 de febrero de 2016
- STS de 3 de junio de 2016
- SSTS de 20 y 30 de enero de 2017
- STS de 15 de febrero de 2017
- Auto TS de 22 de febrero de 2017

Tribunales Instancia y Provincial

- SJPI núm. 5 de L'Hospitalet de Llobregat, 3 de febrero de 2017
- Auto Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Sabadell, 15 de diciembre de 2016
- SJM núm. 10 de Barcelona, de 7 de diciembre de 2016
- SAP de Badajoz de 16 de febrero de 2017

Dirección General Registros y Notariado

- RDGRN de 19 de octubre de 2016

V. BIBLIOGRAFÍA

ADAN DOMENECH, F. (2017). Necrológica del artículo 114.3 LH. *Revista de Derecho vLex,* núm. 152, enero. 1-14.

CÁMARA LAPUENTE, S. (2013). El control de cláusulas abusivas sobre el precio: de la STJUE de 3 de junio de 2010 (Caja Madrid) a la STS de 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo. *Revista CESCO de Derecho de Consumo,* núm. 6, (Ejemplar dedicado a: Práctica administrativa y análisis de los últimos avances del Derecho de consumo), 98-115.

ESPÍN GUTIÉRREZ, C. (2016). La nulidad de las cláusulas suelo en los contratos de préstamo a interés variable. En: C. Callejo Rodríguez, A. I. Berrocal Lanzarot, M. de la Sierra Flores Doña (dir.), *El préstamo hipotecario y el mercado del crédito en la Unión Europea* (453-478).

GIL, F. (2017). Cláusulas suelo: retroactividad y su impacto en la Banca Española. *Diario La Ley,* núm. 8926.

GÓMEZ GÁLLIGO, J. (2013). Presente y futuro de la garantía hipotecaria. *RCDI,* núm. 735,19-35.

GÓMEZ, J. (2017). Los casos de Josu Gómez: El lío de las cláusulas suelo. *Diario La Ley,* núm. 8909.

LORENTE HOWELL, J. L. (2015). La problemática de la retroactividad de las cláusulas suelo con arreglo al Código Civil. *Actualidad jurídica Aranzadi,* núm. 911, 10 y sigs.

MAGRO SERVET, V.: Consecuencias de la Sentencia del TJUE sobre cláusulas abusivas: retroactividad de los efectos restitutorios de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo. *Diario La Ley,* núm. 8901, 2017.

MARQUÉS MOSQUERA, C. (2014). Las cláusulas suelo. *Cuadernos de derecho y comercio,* núm. Extra 1, (Ejemplar dedicado a: La protección de consumidores y usuarios en la contratación bancaria), 251-266.

MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. (2014). El control de transparencia y la validez de las cláusulas suelo. *Revista de Derecho bancario y bursátil,* Año núm. 33, núm. 133, 295-344.

ORDUÑA MORENO, F. J. (2014). Las cláusulas suelo: el control de trasparencia. En: L. Díez Picazo (Coord.), *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel,* Vol. 2, (Volumen II). Cizur Menor: Thomson-Reuters. Aranzadi. (pp. 2363-2377).

RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E. (2015). El inacabable debate sobre las cláusulas suelo: el turno del TJUE. *Revista Aranzadi Doctrinal,* 95-101.

SÁNCHEZ LERÍA, R. (2016). Las cláusulas suelo en los préstamos hipotecarios: ¿una cuestión de transparencia? En: C. Hornero Méndez, M. Espejo Lerdo de Tejada, F. Oliva Blázquez, J. P. Murga Fernández (Coords.), *Derecho de contratos: nuevos escenarios y nuevas propuestas,* (509-530).

TAPIA HERMIDA, A. J.: Cláusulas suelo: la retroactividad de las declaraciones judiciales de nulidad, por abusivas, de dichas cláusulas al momento de la contratación de los préstamos. *Diario La Ley,* núm. 8931, 2017.

NOTAS

[1] Véase en este sentido a GÓMEZ GÁLLIGO, J. (2013). Presente y futuro de la garantía hipotecaria. *RCDI*, núm. 735, 19-35. Este autor subraya esta idea, afirmando que, por ejemplo, la hipoteca queda paralizada y sometida a las vicisitudes del concurso al menos durante el periodo temporal del año siguiente a la declaración del concurso, así como la existencia de otros «cercenamientos modernos de la hipoteca» como los créditos privilegiados que prevalecen ante la hipoteca como el caso del artículo 32 Estatuto de los Trabajadores, o la afección del piso a los gastos de comunidad en propiedad horizontal.

[2] En este sentido, se esta produciendo como ya ha dicho algún autor la muerte del 114.3 LH, de reciente reforma y vigor. Véase, ADAN DOMENECH, F. (2017). Necrológica del artículo 114.3 LH. *Revista de Derecho vLex*, núm. 152, enero. 1-14.

[3] Parece que el ministro de Justicia ha iniciado conversaciones con el Consejo General del Notariado, y el Colegio de Registradores para llevar a cabo una serie de reformas legales, a través de un «código de mejores prácticas», y fijar por ley tipos de intereses de demora máximos acomodados a la doctrina del TS y derecho de la Unión. Comunicado del Ministerio de Justicia de 14 de febrero de 2017. Disponible en http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292428231374?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=Medios&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3D170214_Reunión_con_el_Colegio_Oficial_de_Registradores.pdf&blobheadervalue2=1288794693843

[4] Cuestión prejudicial del Tribunal Supremo ante el TSJUE, mediante Auto de 22 de febrero de 2017, donde se plantean las siguientes cuestiones:

«1a) Los artículos 3, en relación con el anexo 1.e, y 4.1 de la Directiva 93/13/CEE, ¿se oponen a una doctrina jurisprudencial que declara que la cláusula de un contrato de préstamo que establece un tipo de interés de demora que suponga un recargo de más de

un 2% sobre el tipo del interés remuneratorio anual fijado en el contrato constituye una indemnización desproporcionadamente alta impuesta al consumidor que se ha retrasado en el cumplimiento de su obligación de pago y, por tanto, es abusiva?

2a) Los artículos 3, en relación con el anexo 1.e, 4.1, 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE, ¿se oponen a una doctrina jurisprudencial que, al enjuiciar la abusividad de una cláusula de un contrato de préstamo que establece el tipo de interés de demora, identifica como objeto del control de abusividad el recargo que dicho interés supone respecto del interés remuneratorio, por constituir la «indemnización desproporcionadamente alta impuesta al consumidor que no ha cumplido sus obligaciones», y establece que la consecuencia de la declaración de abusividad debe ser la supresión total de dicho recargo, de modo que solo se siga devengando el interés remuneratorio hasta la devolución del préstamo?

3a) En caso de que la respuesta a la pregunta segunda fuera negativa: la declaración de nulidad de una cláusula que establece el tipo de interés de demora, por abusiva, ¿debe tener otros efectos para que sean compatibles con la Directiva 93/13/CEE, como por ejemplo la supresión total del devengo de interés, tanto remuneratorio como moratorio, cuando el prestatario incumple su obligación de pagar las cuotas del préstamo en los plazos previstos en el contrato, o bien el devengo del interés legal?».

[5] Véase IZQUIERDO TOLSADA, M. (2017). La Sentencia europea sobre las cláusulas suelo. Crónica de una muerte anunciada. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 926, 11-11; GIL, F. (2017). Cláusulas suelo: retroactividad y su impacto en la Banca Española. *Diario La Ley,* núm. 8926; GÓMEZ, J. (2017). Los casos de Josu Gómez: El lío de las cláusulas suelo. *Diario La Ley,* núm. 8909; RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E. (2015). El inacabable debate sobre las cláusulas suelo: el turno del TJUE. *Revista Aranzadi Doctrinal,* 95-101; LORENTE HOWELL, J. L. (2015). La problemática de la retroactividad de las cláusulas suelo con arreglo al Código Civil. *Actualidad jurídica Aranzadi,* núm. 911, 10 y sigs.; MARQUÉS MOSQUERA, C. (2014). Las cláusulas suelo. *Cuadernos de derecho y comercio,* núm. Extra 1, (Ejemplar dedicado a: La protección de consumidores y usuarios en la contratación bancaria), 251-266;

ORDUÑA MORENO, F.J. (2014). Las cláusulas suelo: el control de trasparencia. En: L. Díez-Picazo (Coord.), *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel*, vol. 2, (Vol. II). Cizur Menor: Thomson-Reuters. Aranzadi. (2363-2377); MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. (2014). El control de transparencia y la validez de las cláusulas suelo. *Revista de Derecho bancario y bursátil,* Año núm. 33, núm. 133, 295-344; ESPÍN GUTIÉRREZ, C. (2016). La nulidad de las cláusulas suelo en los contratos de préstamo a interés variable. En: C. Callejo Rodríguez, A. I. Berrocal Lanzarot, M. de la Sierra Flores Doña (Dir.), *El préstamo hipotecario y el mercado del crédito en la Unión Europea* (453-478); SÁNCHEZ LERÍA, R. (2016). Las cláusulas suelo en los préstamos hipotecarios: ¿una cuestión de transparencia? En: C. Hornero Méndez, M. Espejo Lerdo de Tejada, F. Oliva Blázquez, J. P. Murga Fernández (Coords), *Derecho de contratos: nuevos escenarios y nuevas propuestas*, (509-530); CÁMARA LAPUENTE, S. (2013). El control de cláusulas abusivas sobre el precio: de la STJUE de 3 de junio de 2010 (Caja Madrid) a la STS de 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n.º6, (Ejemplar dedicado a: Práctica administrativa y análisis de los últimos avances del Derecho de consumo), 98-115.

[6] En cuanto que las conclusiones del Abogado General de la Curia afirmaban lo contrario, y confirmaban los efectos limitados de la nulidad declarados por el Tribunal Supremo, pero no en cuanto a que los efectos normales de la nulidad sean *ex tunc*.

[7] Véase, GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. (2013). Una revisión jurisprudencial de las cláusulas suelo y techo del préstamo hipotecario a la luz de la STS de 9 de mayo de 2013. *RCDI*, núm. 739, 3440-3456.

[8] En esta Sentencia el TS afirma que los demandantes «conocían con precisión el alcance y las consecuencias de la aplicación de la referida cláusula suelo, que negociaron individualmente y terminaron por aceptar en uso de su autonomía negocial». De igual forma se subraya el papel fundamental de los Notarios en el control de transparencia, pues ellos pueden cerciorarse de la transparencia de la cláusula y terminar de cumplir con las exigencias de explicar al cliente las circunstancias del contrato, derivadas de los deberes de información que subyacen al deber de transparencia.

[9] Sirviendo también aquí la crítica que hemos hecho antes a la falta de transparencia y comprensión del deudor como causa de abusividad.

[10] Artículo 105 LH:

«La hipoteca podrá constituirse en garantía de toda clase de obligaciones y no alterará la responsabilidad personal ilimitada del deudor que establece el artículo 1911 del Código Civil».

[11] Artículo 579 Ejecución dineraria en casos de bienes especialmente hipotecados o pignorados

«1. Cuando la ejecución se dirija exclusivamente contra bienes hipotecados o pignorados en garantía de una deuda dineraria se estará a lo dispuesto en el capítulo V de este Título. Si, subastados los bienes hipotecados o pignorados, su producto fuera insuficiente para cubrir el crédito, el ejecutante podrá pedir el despacho de la ejecución por la cantidad que falte, y contra quienes proceda, y la ejecución proseguirá con arreglo a las normas ordinarias aplicables a toda ejecución».

[12] El artículo 140 LH es claro cuando afirma que para pactarse la limitación de la responsabilidad hipotecaria debe «pactarse en la escritura de constitución de la hipoteca voluntaria», de donde se extrae la necesidad de su incorporación expresa en la escritura sin que pueda deducirse, sin más, de las intenciones de las partes contratantes. Es lógico que así sea pues la responsabilidad universal del deudor es un principio general.

[13] El TS ha entendido que no puede alegarse enriquecimiento injusto cuando el acreedor persigue al deudor en vía personal tras la ejecución hipotecaria, ni que exista abuso de derecho cuando eso está previsto en la propia ley. Por ejemplo, en la STS de 16 de febrero de 2006, en la que ante los mismos o parecidos hechos, sostenía que no puede considerarse que por adjudicarse al acreedor la finca hipotecada, se haya satisfecho el crédito del acreedor, alegando que lo contrario sería un enriquecimiento injusto o sin causa para este, pues «no está a disposición del juzgador corregir, en razón de su personal estimación, sobre lo que sea justo en cada caso, las resultas de la aplicación de las normas. Y esta Sala ha dicho que el enriquecimiento sin causa solo puede entrar en juego en defecto de previsión normativa, que aquí se produce y se ha explicado (SSTS de 18 de enero de 2000, 5 de mayo de 1997, 4 de noviembre de 1994, 19 de febrero de 1999, entre otras muchas). Por otra parte, y frente al argumento que se esboza de que continuar la ejecución supone un abuso de derecho, la STS de 8 de mayo de 1996, que expresamente afirma que «no puede alegarse abuso del derecho frente al acreedor adjudicatario cuando se han cumplido los trámites legales prevenidos en el artículo 131 LH, y la actuación del banco ejecutante, justificada por los presupuestos que legitiman acudir a este procedimiento especial, se ajusta a aquellos trámites. En efecto, resulta incompatible con la apreciación de abuso del derecho la constancia de que el derecho de adjudicación ha sido ejercitado por quien, pese a ser acreedor, está legitimado expresamente para ello, y lo ha hecho con sujeción a los requisitos exigidos…y por tanto no puede estimarse que el acreedor sobrepase los límites normales del ejercicio del derecho, desde el punto de vista de su función económico-social, por el hecho de que no renuncie a resarcirse del total de su crédito y, al propio tiempo, trate de obtener del bien adjudicado ventajas económicas admisibles en el tráfico negocial».

En el mismo sentido, la STS de 25 de septiembre de 2008, afirma que «tampoco puede afirmarse que actúa el acreedor con manifiesto abuso del derecho si exige al deudor el importe que resta del crédito por el que ejecutó, cuando en el proceso de ejecución no ha conseguido la cantidad suficiente para la satisfacción total de aquel. Ello solo puede suceder si se ha pactado al amparo del artículo 140 LH la hipoteca de responsabilidad limitada, que es una excepción a los que dispone el artículo 105 LH y que concreta la responsabilidad del deudor y la acción del acreedor al importe de los bienes hipotecados, no pudiendo alcanzar a los demás bienes del deudor»; y concluye por tanto diciendo que como no se concertó dicho pacto excepcional, debe aplicarse la regla general, no se altera la responsabilidad universal del deudor del 1911 del Código Civil, y por tanto, puede seguirse la ejecución.

1.4. Sucesiones

De nuevo las legítimas en el Código Civil español y novedades del Código Civil brasileño

Legitimates in the Spanish Civil Code and the new Brazilian Civil Code

por

CARMEN NÚÑEZ MUÑIZ

Profesora de Derecho civil UNED

RESUMEN: En este trabajo hemos abordado las relativamente recientes reformas introducidas en el Código Civil español en materia de legítima de los descendientes con el objeto de beneficiar a los que hayan sido judicialmente incapacitados, analizando la incidencia de esta modificación en la ampliación de la libertad dispositiva del testador, comparando esta regulación con la contenida en el Código Civil brasileño.

ABSTRACT: In this paper we tackle the recent legislative reforms that have been introduced in the Spanish Civil Code in the Law of intheritance, specifically the «forced heirship» or the system of the legitimates of the descendants, aimed to benefit the descendants that have been judicially disqualified or incapacitated. We analyze how this modification affects on the enlargement of the testamentary freedom of the decesead, and, finally, we compare this regulation with the brazilian legislation in its Civil Code.

PALABRAS CLAVE: Legítima. Incapacitado. Discapacidad. Libertad testamentaria. Cuota.

KEY WORDS: Legitimate system. Incapable. Disable. Testamentary freedom. Share.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. GRAVAMEN DE LA LEGÍTIMA ESTRICTA A FAVOR DE UN DESCENDIENTE INCAPACITADO CON UNA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA: 1. La legítima de los descendientes en el Código Civil antes de la modificación introducida por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad. 2. Situación tras la reforma introducida en el Código Civil por la Ley anteriormente referida. 3. Requisitos para el gravamen de la legítima estricta a favor de un incapacitado. 4. ¿Cómo afecta el gravamen de la legítima a la libertad del testador para disponer del tercio de libre disposición?—III. LEGITÍMA Y LIBERTAD DE TESTAR.—IV. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Muchos son los retos jurídicos que el siglo XXI afronta y, en particular, el Derecho de Familia y el Derecho de sucesiones han de adaptarse a esta realidad cambiante.

Como el propio título del trabajo indica, nosotros nos centraremos en el Derecho sucesorio y, concretamente en las reformas de las que ha sido objeto en fechas relativamente recientes. Como estas afectan a distintos aspectos y, dada la limitación de espacio, vamos a concretar el artículo en la relativa a la legítima y a la consiguiente ampliación de la libertad de testar (por cierto, muy escasa) pues esta institución, de gran tradición histórica en el Derecho español, limita en gran medida la libertad dispositiva del testador. Esta modificación le permite unas posibilidades de las que antes carecía y que desarrollaremos a lo largo del artículo, comparándolo con la regulación contenida en el Código Civil brasileño, más generoso con esa libertad del testador que el español, pues la cuota legitimaria es menor.

II. GRAVAMEN DE LA LEGÍTIMA ESTRICTA A FAVOR DE UN DESCENDIENTE INCAPCITADO CON UNA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA

1. La legítima de los descendientes en el Código Civil antes de la modificación introducida por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad

En la redacción originaria del Código Civil, uno de los dos tercios que conforman la legítima de los descendientes o legítima estricta, necesariamente había de ser dividida en partes iguales entre todos los hijos[1]. En caso de premuerte del progenitor legitimario o incapaz para suceder por indignidad o desheredación, procede la división entre sus descendientes, que se convierten así en legitimarios por derecho de representación[2], si bien estos heredan por estirpes, con lo que la cuota no es igual que la de sus tíos, con quienes concurren. Reciben, exclusivamente, la parte correspondiente a su progenitor.

De modo que, la parte de la legítima o legítima estricta queda, absolutamente, fuera del ámbito de autonomía de la voluntad del disponente y a ella no pueden acceder otras personas que los hijos o, en su caso, los descendientes que sean legitimarios. Y tampoco admite ningún tipo de gravamen[3]. Así, el artículo 782 del Código Civil español dispone: «Las sustituciones fideicomisarias nunca podrán gravar la legítima» y, a continuación, tras la reforma operada por la Ley 41/2003, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, sigue diciendo: «salvo que graven la legítima estricta en beneficio de un hijo o descendiente judicialmente incapacitado en los términos establecidos en el artículo 808».

El otro tercio, el de mejora, ha de ir también a hijos y descendientes, pues se puede mejorar a los nietos viviendo los hijos, lo que implica ya una relativa disponibilidad sobre el mismo. Decimos relativa porque solo puede ir destinada a descendientes. Si se utiliza este tercio para mejorar, no es necesario que se disponga de todo, puede disponerse solo de una parte, integrándose la porción de que no hubiese dispuesto en la legítima, lo que supone una ampliación de la llamada legítima corta o estricta. Además este tercio está gravado con la legítima del cónyuge viudo, que consiste en un tercio en usufructo.

El tercio restante es de libre disposición que puede utilizarse para mejorar a algunos hijos o descendientes o destinarlo a cualquier otra persona. Al cónyuge, por ejemplo, para mejorarlo respecto de la escasa legítima que el Código Civil le reconoce: el usufructo de un tercio de herencia si concurre con descendientes, pero con independencia de con quien concurra, su legítima siempre será en usufructo.

En este aspecto ha sido más generoso el legislador brasileño que sin reconocerlo en ningún precepto concreto, del conjunto de su articulado se desprende que la legítima del cónyuge es en plena propiedad, y así lo reconocen BROHADO TEIXEIRA Y LEITE RIBEIRO[4], al decir que «el usufructo correspondiente al viudo en la vetusta legislación, ha perdido todo su sentido, siéndole atribuido ahora una reserva hereditaria en plena propiedad».

El artículo 1831 del Código brasileño reconoce al cónyuge viudo, además de lo que le corresponda en la herencia, un derecho real de habitación sobre el inmueble destinado a residencia de la familia, si esta es la única vivienda existente en la herencia[5]. Pero hay que destacar que no solo reconoce derechos hereditarios al cónyuge, sino también al compañero. En este sentido el artículo 1790 dispone que el compañero o compañera participará en la sucesión del otro en los bienes adquiridos a título oneroso durante la vigencia de la unión estable, llegando incluso a adquirir toda la herencia en caso de inexistencia de ascendientes y descendientes.

Este artículo 1790 y más concretamente el párrafo IV que atribuye toda la herencia al compañero, ha sido objeto de varios comentarios por parte de la doctrina y, por supuesto de distintas interpretaciones que trataremos en el lugar oportuno. También, hay que decir que en el capítulo II relativo a los herederos necesarios, no se le menciona como tal, sino solo al cónyuge. Del compañero se habla como heredero legítimo; esto es, intestado. Esta desigualdad de trato existente entre compañero y el cónyuge ha sido duramente criticada por la doctrina brasileña, por considerar que hay una desigualdad de trato entre el cónyuge y el compañero estable[6]. De hecho, algún autor[7], reconoce que el compañero no es heredero necesario y, en su opinión, el compañero sobreviviente de una unión estable es un heredero facultativo y, como tal, puede ser excluido de la herencia por disposición testamentaria.

2. Situación tras la reforma introducida en el Código Civil por la Ley anteriormente referida

Con esta Ley se modifica, entre otros, el artículo 808 del Código Civil español que ha añadido un tercer párrafo, pasando el actual tercero a ser el cuarto. El citado apartado dispone lo siguiente: «Cuando alguno de los hijos o descendientes haya sido judicialmente incapacitado, el testador podrá establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta, siendo fiduciarios los hijos o descendientes incapacitados judicialmente y fideicomisarios los coherederos forzosos».

La sustitución fideicomisaria se caracteriza por establecer un orden sucesivo en el llamamiento y disfrute de los bienes hereditarios (art. 781 del Código Civil). Con ello, como se ha puesto de manifiesto más arriba, la tradicional intangibilidad de la legítima estricta desaparece para favorecer a los hijos o descendientes incapacitados[8]. Teniendo en cuenta que el fideicomiso puede ser normal, esto es, teniendo el fiduciario la obligación de conservar los bienes fideicomitidos para

que, a su fallecimiento, los reciban los fideicomisarios (art. 783 del Código Civil, en el que también se establece que tal sustitución debe ser expresa), también cabe la posibilidad de establecer un fideicomiso de residuo en el que el testador autoriza al fiduciario a disponer en determinadas circunstancias o sin ningún tipo de limitación, de los citados bienes, pues el artículo anteriormente citado deja a salvo que el testador pueda disponer otra cosa, en cuyo caso el fideicomiso más que gravar, puede convertirse en una privación de la legítima[9], aunque la mayoría de la doctrina, cuya opinión compartimos, considera que en este caso debería tratarse de un fideicomiso normal[10], pues de lo contrario podría suponer una desheredación de los colegitimarios fideicomisarios.

Otra cuestión relevante es que cuando el fideicomiso se establezca a favor de un descendiente (nieto, por ej.) este debe ser legitimario[11]. En nuestra opinión no cabe la posibilidad de establecerlo, como ocurre con la mejora, a favor de un nieto incapacitado viviendo sus padres, pues se trata de disponer de la legítima estricta que la Ley ha reservado a los, según nuestro parecer, mal llamados herederos forzosos[12], pues la legítima puede pagarse por cualquier título (art. 815 del Código Civil), no solo a título de heredero. También el Código Civil brasileño utiliza una expresión equivalente al denominarlos «herederos necesarios» (entre otros, artículo 1789, 1845 del Código Civil brasileño), cuando de su articulado se desprende que, al igual que en el Código español, puede pagarse la legítima por cualquier título.

Respecto de la sustitución fideicomisaria, nos ha llamado la atención la regulación que de ella hace el legislador brasileño, pues el artículo 1952 del Código Civil dispone que la sustitución fideicomisaria solo se permite a favor de no concebidos al tiempo de la muerte del testador. El parágrafo único dice, a su vez, que si al tiempo de la muerte del testador, ya hubiera nacido el fideicomisario, adquirirá este la propiedad (en nuestro Derecho, nuda propiedad, aunque también la doctrina utiliza la expresión nuda propiedad)[13] de los bienes fideicomitidos, convirtiéndose en usufructo el derecho del fiduciario, regulación criticada por la doctrina por la gran limitación que supone para disponer un fideicomiso, lo que hace que la figura prácticamente no se utilice[14].

3. Requisitos para el gravamen de la legítima estricta a favor de un incapacitado

Para que la sustitución fideicomisaria pueda gravar el tercio de legítima estricta correspondiente a los descendientes, excepcionando así la regla de absoluta intangibilidad de la legítima, es requisito *sine qua non*, que el descendiente beneficiario esté incapacitado judicialmente. Pese a que esta norma se ha introducido en una Ley protectora de la discapacidad[15], esta situación por sí sola no es suficiente para ello, salvo que además de discapaz, la persona esté incapacitada, pues es evidente que en una misma persona pueden darse ambas circunstancias[16]. Como dice DÍAZ ALABART[17], «la incapacitación del fiduciario sería una *conditio iuris* resolutoria, implícita en la institución». Si el fiduciario recupera la capacidad, la condición que si no se cumple no permite crearlo, si una vez creado deja de cumplirse, tiene efectos resolutorios sobre el fideicomiso, en cuyo caso al desaparecer, los bienes que componían el fideicomiso recuperan su naturaleza: vuelven a estar libres de gravamen, el tercio de legítima estricta del testador[18]. En tal caso, como el fideicomiso que recae sobre el tercio de legítima estricta corresponde por igual a todos los hijos del testador, deberá ir a parar por igual a todos los descendientes legitimarios, incluido el incapacitado

cuya capacidad ha recuperado, en la parte que le corresponda, pues es un legitimario más[19]. Opinión distinta sostiene PEREÑA VICENTE[20] quien mantiene que si el incapacitado recupera la capacidad antes del fallecimiento del testador, la sustitución queda sin efecto, pero si la recupera con posterioridad, salvo que el testador haya impuesto esa condición, los fideicomisarios tendrán que esperar al fallecimiento del fiduciario para recuperar los bienes fideicomitidos.

Teniendo en cuenta la situación actual; es decir, el objeto de reforma ha sido el tercio de legítima estricta que, a diferencia de lo previsto con anterioridad, ahora admite gravamen —si bien en un caso muy concreto, a favor de un descendiente judicialmente incapacitado— los tercios de mejora y libre disposición no se han tocado, por lo que puede darse la circunstancia de que el testador deje al incapacitado, además del fideicomiso sobre la legítima estricta, la nuda propiedad del tercio de mejora si concurre con el cónyuge viudo, pues esta, como ya se ha puesto de manifiesto en líneas anteriores, aparte del usufructo del cónyuge viudo, siempre se pudo disponer de ella a favor de descendientes y, por supuesto, el tercio de libre disposición, con lo cual, si así lo manifiesta el testador, todos sus bienes pueden ir a parar al incapacitado, si bien algunos, no de forma definitiva[21]. Como dice PEREÑA VICENTE[22], «esta situación en la práctica puede generar conflictos entre coherederos, lo que puede redundar en una crispación familiar que en nada beneficia al incapacitado tan necesitado de protección».

En definitiva, poco beneficio va a obtener el incapacitado con esta reforma, pues si este gravamen no se hubiera establecido, el testador siempre podría dejarle, además de su porción de legítima, el tercio de mejora en plena o nuda propiedad dependiendo de la concurrencia o no con el viudo o viuda, y el tercio de libre disposición en plena propiedad, evitando de esta manera que los colegitimarios tengan que esperar al fallecimiento del incapacitado para poder adquirir los bienes de la herencia[23]. Incluso puede darse la circunstancia de que alguno de los coherederos fallezca antes que el incapacitado, caso en el que se vería privado de su legítima sin causa legal para ello, lo que en la práctica equivaldría a una desheredación, aunque cuando fallezca el discapacitado, la parte que debería recibir el hermano premuerto vaya a sus descendientes[24], si los tiene, naturalmente.

4. ¿Cómo afecta el gravamen de la legítima a la libertad del testador para disponer del tercio de libre disposición?

Otro problema es la posibilidad de disposición con que cuenta el testador con respecto al resto de su herencia. Hemos dicho más arriba que otorgar al testador la posibilidad de gravar el tercio de legítima estricta, aunque sea para un caso muy concreto, cosa antes impensable, supone una ampliación de la libertad de testar, siquiera mínima. El tema es, ¿qué ocurre con el tercio de mejora y el de libre disposición? ¿puede disponer de ellos libremente o, como parece más razonable, debe dejarlo también al incapacitado? Sobre este debate se han manifestado dos posturas, si bien no son tan contradictorias como en un principio podría parecer: la de DÍAZ ALABART[25] y ESPEJO LERDO DE TEJADA[26], entre otros. Mientras que la primera sostiene que no hay nada que impida, según la Ley, al testador disponer libremente del tercio de libre disposición y, por supuesto del tercio de mejora, eso sí, a favor de descendientes, el segundo sostiene que según el espíritu de la Ley, la intención del legislador es dejarle al incapacitado la mayor cantidad de bienes posibles, cosa que también defiende DÍAZ ALABART, pues

no considera razonable que se le permita gravar el tercio de legítima estricta y conservar libertad de disposición sobre el resto de la herencia, pero reconoce que tal como está redactada la Ley, es perfectamente posible, mientras que ESPEJO LERDO DE TEJADA opina que desplazar a los legitimarios, estableciendo una sustitución fideicomisaria sobre su tercio de legítima para, posiblemente favorecer a un extraño, está fuera de los designios del legislador que lo que desea es que la mayor parte de sus bienes vayan a parar al descendiente incapacitado.

En nuestra opinión, si bien reconocemos con DÍAZ ALABART que según la Ley esto es posible, nos inclinamos más por la otra postura y, haciendo una interpretación adecuada, aunque la redacción de la Ley deje que desear, el espíritu de la misma, y la intención del legislador ha sido favorecer al incapacitado, cosa que no ocurriría si pudiese disponer libremente de los dos tercios restantes de su herencia, pues de lo contrario únicamente perjudicaría a los colegitimarios sin ningún beneficio para el incapacitado, cosa totalmente carente de sentido.

Teniendo en cuenta estas consideraciones, esta reforma realmente amplía la libertad dispositiva del testador, o la restringe en exceso[27], en la medida que la única libertad que se le concede es gravar la legítima estricta, pero le «impide» disponer del resto de su herencia, aunque se supone que su voluntad es beneficiar a su descendiente incapacitado, pues la Ley no le obliga a ello, sino que dice que *podrá* hacerlo, esto es, gravar la legítima a su favor.

III. LEGITÍMA Y LIBERTAD DE TESTAR

Dice CARRASCO PERERA[28], que «la legítima sucesoria castellana de hijos y descendientes, no goza en el siglo XXI de buena reputación, y el legislador no deja pasar ocasión de recortarla, aprovechando la reforma de textos legales que poco o mucho tienen que ver con el derecho hereditario». Y, ciertamente, como pone de manifiesto la generalidad de la doctrina, la legítima de los descendientes establecida en el Código Civil, a diferencia de lo que ocurre en los derechos forales[29], es muy elevada: «dos tercios», lo que limita mucho la capacidad dispositiva del testador.

En la sociedad actual en que la expectativa de sobrevivencia es bastante alta, cuando los padres fallecen, los hijos ya se han labrado su propio futuro y tienen su vida resuelta, la mayor parte de veces, gracias a los esfuerzos que los padres han hecho para proporcionarles una formación, en muchos casos universitaria que les permita vivir con holgura[30], con lo cual, estos hijos ya han recibido en vida de sus padres bienes suficientes como para haber colmado toda su expectativa sucesoria. Cuando los padres fallecen, los hijos están más cerca de los 50 años que de los treinta y quien a esta edad no tiene ya resuelta su vida, será difícil que lo haga con la herencia que pueda recibir de sus progenitores[31]. De ahí que la doctrina, al menos una gran parte de ella, abogue por la reducción de la cuota legitimaria, e incluso de las personas con derecho a legítima[32], y los más radicales, proponen la supresión de la misma[33]. Como dice VALLADARES RASCÓN[34], «La herencia ya no tiene la función de transmitir de padres a hijos los medios de sustento de la familia, sino que suele ser un bienvenido complemento a la jubilación».

En el Derecho civil brasileño, destaca el artículo 1789 del Código Civil, cuyo tenor literal prevé «habiendo herederos necesarios, el testador solo podrá disponer de la mitad de su herencia». De lo cual cabe deducir que la legítima la constituye la mitad del caudal relicto. Por su parte, el artículo 1846 del Código Civil

brasileño dice que a los herederos necesarios, de pleno derecho, le pertenece la mitad de los bienes de la herencia, constituyendo la legítima.

Debemos poner de manifiesto que en Brasil son herederos necesarios, en nuestra terminología, legitimarios, los descendientes, ascendientes y el cónyuge[35] (art. 1845), al igual que en el Código Civil español, pero a diferencia de este, su cuota legitimaria es menor: la mitad de la herencia, frente a los dos tercios de nuestro derecho para los descendientes.

La práctica notarial revela la existencia de un cambio sustancial en la realidad social y, como consecuencia, en la intención de los testadores a la hora de disponer de su patrimonio para cuando ocurra su fallecimiento, pues no en vano los notarios son los redactores de la mayor parte de testamentos que se otorgan en nuestro país y, por lo tanto, son buenos conocedores de la realidad actual, poniendo de manifiesto el choque existente entre la regulación de las legítimas, sobre todo en el derecho común y la realidad social que, al decir de algunos está demandando un cambio radical en el régimen sucesorio en orden a la libertad de testar[36].

En la mayoría de los casos los cónyuges se ganan un patrimonio con su esfuerzo y no escatiman apoyo personal ni económico en formar a sus hijos para que puedan ganarse la vida por sí mismos. Cuando llega el momento, acuden al Notario con la intención de nombrar heredero universal a su cónyuge o usufructuario universal para que en los años de viudez el sobreviviente pueda vivir con cierta holgura y con los menores agobios posibles, pues es muy probable que su edad sea avanzada y necesite cuidados y asistencia, cosa que no siempre los hijos proporcionan a sus padres mayores, quienes con frecuencia suelen suponerles una carga.

En su virtud, es difícilmente entendible que no puedan dejar su herencia al cónyuge porque se lo impide el sistema de legítimas existente en el Código Civil[37] o, sencillamente, dejar sus bienes a la persona que le haya atendido y proporcionado las atenciones que haya necesitado en su vejez, sea hijo (excluyendo a los otros), pariente o extraño, y la legítima del cónyuge concurriendo con descendientes es solo de un tercio de usufructo, a diferencia de lo que ocurre en Brasil en donde la legítima del viudo es en plena propiedad, como ya se ha puesto de manifiesto más arriba y, además, le reconoce un derecho real de habitación sobre el inmueble destinado a vivienda familiar (art. 1831).

De lo expuesto hasta el momento, resulta claro que el legislador brasileño (no en vano su Código es considerablemente más reciente que el nuestro) ha sido más respetuoso con la libertad del testador, no solo estableciendo una cuota legitimaria menor, sino también con el cónyuge viudo, pues aparte de reconocerle la legítima en propiedad, le concede un derecho de habitación, cosa que a muchos testadores españoles les habría gustado que el cónyuge supérstite disfrutara hasta el fin de sus días de la vivienda familiar, pues en muchos casos este es el único bien de valor existente en el matrimonio, y no una copropiedad con los descendientes y siempre a expensas de que alguno de los herederos ejercite la acción de división, si ha existido durante el matrimonio el régimen de gananciales y, en caso de separación de bienes, si la vivienda era privativa del premuerto, únicamente le corresponderá un tercio de usufructo sobre la misma. Realmente la situación del cónyuge, tal como están reguladas las legítimas, es muy precaria.

Como también se apuntó en su momento, el Código Civil brasileño reconoce derechos sucesorios al compañero o compañera, pero solo respecto de los bienes adquiridos onerosamente durante la vigencia de la unión estable, en las siguientes condiciones: artículo 1790. I. Si concurre con hijos comunes, tiene derecho a una

cuota equivalente a la que por Ley le corresponde al hijo. II. Si concurre con descendientes solo del causante de la herencia, le corresponde la mitad de lo que le correspondería a cada uno de los descendientes no comunes. III. Si concurre con otros parientes necesarios, tendrá derecho a un tercio de la herencia. IV. No existiendo parientes de los mencionados en el apartado anterior, tendrá derecho a la totalidad de la herencia.

Partiendo de que el conviviente no es legitimario, sino que solo se le reconocen derechos sucesorios en la sucesión intestada, esta regulación es muy similar a la establecida en nuestro Código Civil para el cónyuge, si bien en nuestra opinión, su situación es más favorable, pues si bien su cuota es variable dependiendo de con quién concurra a la herencia, le corresponde una cuota superior y en plena propiedad, de la que nuestro derecho le reconoce al cónyuge, cuya porción legitimaria también es variable dependiendo de las personas con quienes concurran.

Como es lógico, este artículo ha sido objeto de comentario por la doctrina y también de críticas. Unos consideran el artículo inconstitucional por el distinto trato dispensado al compañero estable respecto del cónyuge como si la familia formada por una unión estable fuese de segunda categoría; y lo consideran inconstitucional, porque la Constitución Federal dispone que la familia debe ser protegida con independencia de que tenga su origen en el matrimonio o en una unión de hecho[38].

Otro punto objeto de interpretación es el relativo a los bienes correspondientes al compañero supérstite, pues cuando concurre con legitimarios, le corresponde un cuota determinada, pero solo de los bienes adquiridos por el premuerto durante la vigencia de la unión estable a título oneroso. Sin embargo, si no existen legitimarios, dispone el apartado IV del artículo 1790, que le corresponde la totalidad de la herencia. Esto, en nuestra opinión, está muy claro, la totalidad de la herencia comprende, al menos según nuestro del Código Civil, todas las relaciones jurídicas que en vida correspondían al causante. En este sentido GABRIELA TUSA[39] considera que la totalidad de la herencia comprende todos los bienes que componen el acervo hereditario, sin las limitaciones previstas en el primer apartado del artículo objeto de comentario que limita su participación a los bienes adquiridos onerosamente durante la vigencia de la unión estable[40]. No obstante, otros autores son de la opinión de que el inciso IV, debe ser interpretado en consonancia con el apartado I, que limita la adquisición a los bienes obtenidos durante la unión a título oneroso, y en este sentido, si el compañero sobreviviente concurre con otros legitimarios, su cuota de participación deberá ser calculada sobre esos bienes, no sobre todos los existentes en la herencia. El problema se plantea cuando no existen otros legitimarios con los cuales debe concurrir ¿le corresponde la totalidad de la herencia o solo la totalidad de los bienes adquiridos onerosamente durante la unión estable? Algún autor comparte esta última postura[41], pese a que en este caso, el resto de bienes de la herencia, al no existir otros parientes, le corresponderían al Municipio por considerarse vacantes, porque consideran que todos los apartados de un mismo artículo deben ser interpretados en consonancia. No obstante, la mayoría de la doctrina defiende la opinión contraria por considerar que tal interpretación llevaría al absurdo de discriminar al compañero a favor del poder público[42].

En nuestra opinión, y partiendo del limitado conocimiento del Derecho civil brasileño, cuando el párrafo IV del artículo 1790 dice que el compañero recibirá toda la herencia del premuerto, se refiere a toda la herencia, no solo a un determinado grupo de bienes. El hecho de que el precepto limite la adquisición del compañero a determinados bienes del premuerto si concurre con otros legi-

timarios, no significa contradicción con lo dispuesto en el párrafo IV, pues en este, concurre solo a la herencia, y no nos parece razonable que parte de los bienes del fallecido los reciba el Municipio en perjuicio del conviviente, pues este ha compartido una vida con el *de cuius* y con toda seguridad le ha asistido en su última enfermedad o, al menos, le ha acompañado hasta el final de sus días, cosa que, evidentemente, no ha hecho el poder público para que se beneficie de parte de los bienes del causante en perjuicio del compañero, máxime cuando la propia Constitución protege la familia con independencia de su origen: bien sea en el matrimonio o en una unión de hecho.

Como conclusión a lo expuesto hasta el momento, y por lo que al Derecho español se refiere, teniendo en cuenta que la realidad social del momento dista mucho de la existente en la época de redacción del Código Civil (desmembramiento de la unidad familiar, cada vez mas concentrada en la familia nuclear, los cambios en la composición del patrimonio, con progresiva pérdida del significado de la casa, el mayor peso que se otorga a la libertad individual, etc.)[43], el sistemas de legítimas de los descendientes debe ser objeto de una profunda reforma que amplíe la libertad dispositiva del testador[44], bien reduciendo la cuota legitimaria de los descendientes, o incluso suprimiendo las legítimas, si bien esta última solución nos parece un poco radical teniendo en cuenta que en determinados casos, y pese a la gran esperanza de vida de las personas, puede ocurrir que al causante le queden hijos de corta edad o que aún no hayan concluido su formación siéndole necesarios los bienes dejados por su progenitor fallecido.

La doctrina propone soluciones alternativas al sistema de legítimas que, como es obvio, no pueden ser expuestas aquí por evidentes razones de espacio, como es la constitución de un derecho de alimentos que los legitimarios que tengan derecho a ellos puedan reclamar de los sucesores del causante en proporción a los bienes recibidos[45].

IV. BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO GARCÍA, M., *Curso de Derecho civil, V. Derecho de sucesiones,* Bosch, Barcelona, 2008.

BARRIO GALLARDO, A., Atemperar la rigidez de la legítima, *Aranzadi Civil-Mercantil,* núm. 21, 2007.

BENEDITO DE OLIVEIRA, E., Comentario del artículo 1790 del Código Civil, en *IV Jornada de Directo civil,* vol. II. Centro de Estudios Judiciarios, 2007.

BROCHADO TEIXEIRA, A. C. y PEREIRA LEITE RIBEIRO, G. (coord.), *Manual de Direito das famílias e das Sucessôes,* Mandamentos editora, Brasil, 2008.

CAHALI, F., Comentario al artículo 1845, *III Jornada de Direito civil,* Centro de Estudios Judiciarios, Brasil, 2005.

CALATAYUD SIERRA, A., Consideraciones acerca de la libertad de testar. Ponencia presentada en la Academia Sevillana del Notariado el día 23 de marzo de 1995. *Anales de la Academia Sevillana del Notariado,* t. IX, 1995.

CARRASCO PERERA, Acoso y derribo de la legítima, *AC,* núm. 580, 2003.

CARVALHO, L. P. V., O novo Código Civil: a nova ordem da vocação hereditária, *Revista Trimestral de Direito Civil,* Rio de Janeiro, v. 15, julio-septiembre, 2003.

COBAS COBIELLA, M. E., Hacia un nuevo enfoque de las legítimas, *Revista de Derecho Patrimonial,* núm. 17, 2006.

DELGADO ECHEVERRÍA., J., Objetivos de una reforma del derecho de sucesiones, *Derecho de sucesiones. Presente y futuro.* XII Jornadas de la Asociación

de Profesores de Derecho civil. Servicio de publicaciones de la Universidad de Murcia

DÍAZ ALABART, S., El discapacitado y la intangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación. Ley 41/2003, de 18 de noviembre de Protección patrimonial de las personas con discapacidad, *Aranzadi Civil-Mercantil,* núm. 3, 2006.

— La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor de hijo o descendiente incapacitado judicialmente. (art. 808 del Código Civil, reformado por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre), *RDP,* mayo-junio, 2004.

ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., El gravamen de la legítima en el Código Civil. Situación tras la reforma del mismo por la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, *Revista jurídica del Notariado,* núm. 53, 2005.

FUENTESECA, C., Aspectos sucesorios de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad, *Libro homenaje al Profesor Albaladejo García,* t. I.

LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho civil, VII,* Marcial Pons, 2010.

LÓPEZ NAVARRO, J., Mecanismos sucesorios de protección del discapacitado, *Dictalaw. Notarios y Registradores.com.*

MAGARIÑOS BLANCO, V., La libertad de testar, *RDP,* 2005.

MORETÓN SANZ, M. F., El llamamiento de los hijos en la sustitución fideicomisaria condicional *si sine liberis deccesesrit:* Igualdad en materia sucesoria y prohibición de discriminación por razón de filiación adoptiva, *RCDI,* núm. 723, 2011.

— Cuestiones litigiosas sobre la preterición intencional y errónea: efectos y consecuencias de la tutela de la legítima cuantitativa sobre la sucesión testamentaria, *RCDI,* núm. 722, 2010.

NEVARES, A. L. M., *A tutela sucessória de cônyuge e do companheiro na legalidade constitucional*, Rio de Janeiro, 2004.

PEREIRA GIL, F., Comentario del artículo 1790 del Código Civil, en *IV Jornada de Directo civil,* vol. II. Centro de Estudios Judiciarios, 2007.

PEREÑA VICENTE, M., El derecho sucesorio como instrumento de protección del discapacitado, *La Ley*, miércoles 18 de febrero de 2004.

PIANOVSKI, C. E. Comentario del artículo 1790 del Código Civil, en *IV Jornada de Directo civil,* vol. II. Centro de Estudios Judiciarios, 2007.

PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, t. V, vol. 3, Bosch, Barcelona, 1991.

REZENDE DANTAS JÚNIOR, A., Comentario del artículo 1790 del Código Civil, en *IV Jornada de Directo civil,* vol. II. Centro de Estudios Judiciarios, 2007.

RIVERA ÁLVAREZ, J. M., La reforma de la sustitución fideicomisaria en la Ley de protección patrimonial con discapacidad y la indisponibilidad de la legítima estricta a favor de los hijos o descendientes, *Libro homenaje al Profesor Albaladejo García,* t. II.

RIVERO HERNÁNDEZ, en LACRUZ BERDEJO, J. L. y otros, *Elementos de Derecho civil V. Derecho de sucesiones.* Bosch, Barcelona, 2009.

ROCA SASTRE, R. M.ª, *Estudios sobre sucesiones,* t. II. Instituto de España, Madrid, 1981.

ROCA SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho de sucesiones,* t. I. Bosch, Barcelona, 1995.

RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, La reforma del Derecho de sucesiones con motivo de la protección de personas con discapacidad, *AC,* 2004-1.

TORRES GARCÍA, T., Derecho de sucesiones, presente y futuro. *XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho civil.* Santander, 9 a 11 de febrero de 2006.
TUSA, G., Comentario del artículo 1790 del Código Civil, en *IV Jornada de Directo civil,* vol. II. Centro de Estudios Judiciarios, 2007.
VALLADARES RASCÓN, E., Por una reforma del sistema sucesorio del Código Civil. *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo,* t. II.
VALLET DE GOYTISOLO, J. *Apuntes de Derecho sucesorio.* Instituto nacional de estudios jurídicos, del *ADC,* Madrid, 1955.
VAQUER ALOY, A., Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima, *InDret, Revista para el análisis del Derecho,* 2007.

NOTAS

[1] Hay que destacar que entre los hijos se comprenden tanto los habidos por naturaleza como adoptivos, pues estos se equiparan a todos los efectos a los primeros y tienen exactamente los mismos derechos que los consanguíneos. En este sentido *vid.* el trabajo de MORETÓN SANZ, M.ª F., El llamamiento de los hijos en la sustitución fideicomisaria condicional *si sine liberis decceserit:* Igualdad en materia sucesoria y prohibición de discriminación por razón de filiación adoptiva, *RCDI,* núm. 723, 2011.

[2] En este sentido, *vid.,* el artículo de MORETÓN SANZ, M.ª F., Cuestiones litigiosas sobre la preterición intencional y errónea: efectos y consecuencias de la tutela de la legítima cuantitativa sobre la sucesión testamentaria*, RCDI*, núm. 722, 2010.

[3] Véase por todos, ROCA SASTRE, R. M.ª, *Estudios sobre sucesiones,* t. II, Instituto de España, Madrid, 1981, 39.

[4] *Ob. cit.,* 695.

[5] En este sentido, cfr. BROCHADO TEIXEIRA, A. C. y PEREIRA LEITE RIBEIRO, G. (Coords.) *Manual de Direito das Famílias e das Sucessôes,* Mandamentos editora, Brasil, 2008, 695.

[6] Cfr. NEVARES, A. L. M., *A tutela sucessória de cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional,* Rio de Janeiro, 2004, p. 176: CARVALHO, L. P. V., O novo Código Civil: a nova ordem da vocaçâo hereditária, *Revista Trimestral de Direito Civil,* Rio de Janeiro, v. 15, julio-septiembre, 2003, p. 123.

[7] CAHALI, F. J., Comentario al artículo 1845, *III Jornada de Direito civil,* Centro de Estudios Judiciarios, Brasil, 2005, p. 425.

[8] Como dice LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho civil VII. Derecho de sucesiones*, 6.ª edición, ed. Marcial Pons, 2010, p. 203, la LPPD altera el principio de intangibilidad de la legítima en defensa de los incapacitados mediante la posibilidad de existencia de una sustitución fideicomisaria que grave el propio tercio de legítima estricta.

[9] Cfr. DÍAZ ALABART, S., El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación. Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección patrimonial de las personas con discapacidad, A*ranzadi Civil-Mercantil,* núm. 3, 2006, 4 y 6; La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor de hijo o descendiente incapacitado judicialmente, (art. 808 del Código Civil, reformado por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre), *RDP,* mayo-junio de 2004, 261. También LASARTE ÁLVAREZ, C., *op. cit.,* 203 opina que el testador podrá disponer un fideicomiso normal o de residuo. Igualmente PEREÑA VICENTE, M., El Derecho sucesorio como instrumento de protección del discapacitado, *LA LEY,* miércoles 18 de febrero de 2004, p. 2. LÓPEZ NAVARRO, J., Mecanismos sucesorios de protección del discapacitado, *Dictalaw. Notarios y Registradores. com,* 14, en principio también comparte la opinión de que el incapacitado no puede disponer, ni siquiera con aplicación del principio de subrogación y ni siquiera en los casos de necesidad o utilidad manifiesta, pero se plantea qué ocurre en aquellos bienes fideicomitidos que no producen frutos o renta; en su opinión, el incapacitado con las correspondientes autorizaciones, puede disponer, si hay consentimiento del fideicomisario, pero no, si falta el mismo. A nosotros nos ha llamado la atención que no haya tenido en cuenta la posibilidad

de que el propio testador le haya autorizado para disponer, cosa que le permite el Código. Otra cuestión es este supuesto concreto que nos planteamos en el que, si se autoriza una disposición de los bienes objeto del fideicomiso, en la práctica supone una desheredación en contra de lo dispuesto en los artículos 848 y siguientes del Código Civil. Ahora bien, la Ley de Protección patrimonial de las personas con discapacidad al autorizar la sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta, no le impuso ninguna limitación al testador a la hora de establecerlo, con lo cual, en principio, con la Ley en la mano, puede establecer el fideicomiso que tenga por conveniente, esto es, normal, con obligación de reservar. De residuo, en su doble vertiente de que los fideicomisarios reciban lo que quede, de lo que necesariamente algo debe quedar (*de eo quid supererit)*, o que reciban lo que quede, si es que algo queda (*si quid supererit)*, caso en el que el fiduciario puede disponer libremente de dichos bienes: *inter vivos, mortis causa* e incluso a título gratuito (en este sentido, cfr. ROCA SASRTE MUNCUNILL, L, *Derecho de sucesiones,* T. I, ed. Bosch, Barcelona, 1995, p. 523. También RIVERO HERNÁNDEZ, en LACRUZ BERDEJO, J. L. y otros, *Elementos de Derecho civil, V. Derecho de sucesiones*, ed. Bosch, Barcelona 2009, p. 308. ALBALADEJO GARCÍA, M., *Curso de Derecho civil, V. Derecho de sucesiones,* ed. Bosch, Barcelona, 2008, p. 276). Quede claro que nosotros no compartimos esta opinión, pero según está redactada la Ley, esa posibilidad existe.

[10] En este sentido, RIVERA ÁLVAREZ, J. M., «La reforma de la sustitución fideicomisaria en la Ley de protección patrimonial con discapacidad y la indisponibilidad de la legítima estricta a favor de los hijos o descendientes», *Libro homenaje al Profesor Albaladejo García,* T. II, p. 4187; COBAS COBIELLA, M. E., Hacia un nuevo enfoque de las legítimas, *Revista de Derecho Patrimonial,* núm. 17, 2006.

[11] Cfr. DÍAZ ALABART, S., «El discapacitado y la tangibilidad de la legítima… *op. cit.,* 5. También LÓPEZ NAVARRO, J., *op. cit.,* 12.

[12] Cfr. VALLET DE GOYTISOLO, J., *Apuntes de Derecho sucesorio,* Instituto nacional de estudios jurídicos, *ADC*, Madrid, 1955, 26 y sigs. Al respecto pone de manifiesto PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil,* T. V, vol. 3.º, ed. Bosch, Barcelona, 1991, 9, que «a pesar de que el artículo 806 habla de herederos forzosos, no se encuentran propiamente herederos de esta clase en el Código Civil. Para que los hubiera, sería necesario que la Ley atribuyera de manera directa y forzosa una cuota de la herencia a los legitimarios y que este llamamiento prevaleciera por encima de la omisión del testador, o que en todo caso se impusiera al causante la obligación de dejar siempre la legítima a título de herencia. Pero no ocurre nada de esto. Hay la sucesión testada y la intestada, pero no una tercera forma que sería la sucesión hereditaria forzosa».

[13] Cfr. BROCHADO TEIXEIRA y LEITE RIBEIRO, *op. cit.,* 741.

[14] *Ibidem*.

[15] Una persona discapacitada, según el artículo 2.2 de la Ley que analizamos, es una persona afectada por una minusvalía psíquica igual o superior al 33%, y los afectados por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 %, lo cual no implica incapacitación en los términos del artículo 200 del Código Civil, si bien pueden darse las dos circunstancias: que un discapacitado además incurra en causa de incapacitación, en cuyo caso sí podría establecerse la sustitución fideicomisaria a su favor, pero no solo a favor del discapacitado que no haya sido incapacitado. Véase por todos LASARTE ÁLVAREZ, C., *op. cit.,* 203 y bibliografía allí citada.

[16] Cfr. RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, La reforma del Derecho de sucesiones con motivo de la protección de personas con discapacidad, *AC,* 2004-1, 358 y 359.

[17] El discapacitado y la tangibilidad de la legítima…, *op. cit.*,, 5. En el mismo sentido, COBAS COBIELLA, M.A., *op. cit.,* 56. También FUENTESECA, C., Aspectos sucesorios de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento civil y de la normativa tributaria con esta finalidad, *Libro homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, T. I, 1746.

[18] DÍAZ ALABART, S., La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima…, *op. cit.,* 262. Parece compartir también esta opinión RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, J. *op. cit.,* 363.

[19] DÍAZ ALABART, S., El discapacitado y la tangibilidad de la legítima…, *op. cit.,* 5.

[20] *Op. cit.,* 3.

[21] Cfr. ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., El gravamen de la legítima en el Código Civil. Situación tras la reforma del mismo por la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, *Revista jurídica del Notariado,* núm. 53, 2005, 119.

[22] *Op. cit.*, p. 2. DÍAZ ALABART, S., La sustitución fideicomisaria…, *op. cit.*, 268.

[23] Cfr. PEREÑA VICENTE, *op. cit.*, 2; DÍAZ ALABART, La sustitución fideicomisaria… *op. cit.,* 268; ESPEJO LERDO DE TEJADA, *op. cit.,* 119; RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, *op. cit.,* 362.

[24] Cfr. DÍAZ ALABART, S., La sustitución fideicomisaria…, *op. cit.,* 267.

[25] La sustitución fideicomisaria…, *op. cit.,* 267.

[26] *Op. cit.,* 121 y 122.

[27] Cfr. ESPEJO LERDO DE TEJADA, *op. cit.,* 122.

[28] Acoso y derribo de la legítima, *AC,* núm. 580, 2003, 1.

[29] En este sentido, por ejemplo, *vid.* Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia, establece la legítima de los descendientes, en una cuarta parte de la herencia (art. 243).

[30] Cfr. CALATAYUD SIERRA, A., Consideraciones acerca de la libertad de testar. Ponencia presentada en la Academia Sevillana del Notariado el día 23 de marzo de 1995. *Anales de la Academia Sevillana del Notariado,* t. IX, 1995, 4. Enlazado como http://poa36.uned.es/vid

[31] DELGADO ECHEVERRÍA, J., Objetivos de una reforma del Derecho de sucesiones, *Derecho de Sucesiones. Presente y futuro.* XII Jornadas de la Asociación de profesores de Derecho civil, servicio de publicaciones de la Universidad de Murcia, 2006, 125 y sigs.

[32] Por ejemplo, en la Ley de Derecho civil de Galicia, a diferencia de lo que ocurre en el Código Civil, no son legitimarios los ascendientes; únicamente lo son, los descendientes y el cónyuge viudo, y la cuota legitimaria es únicamente de una cuarta parte de la herencia.

[33] Cfr. VALLADARES RASCÓN, E., Por una reforma del sistema sucesorio del Código Civil, *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo,* t. II, *op. cit.*, 4895; CARRASCO PERERA, A., *op. cit.,* 1; COBAS COBIELLA, M. E., *op. cit.,* p. 50; BARRIO GALLARDO, A., «Atemperar la rigidez de la legítima», *Aranzadi Civil-Mercantil,* núm. 21, 2007, p. 6. MAGARIÑOS BLANCO, V., «La libertad de testar», *RDP,* 2005, 20 y sigs.; VAQUER ALOY, A., «Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima», *InDret, Revista para el análisis del Derecho,* 2007, 3.

[34] *Op. cit.,* 4900.

[35] Como puede observarse, este precepto no recoge al compañero sobreviviente como heredero necesario.

[36] MAGARIÑOS BLANCO, V., *op. cit.,* 20.

[37] Cfr. CALATAYUD SIERRA, A *op. cit.,* 5.; VALLADARES RASCÓN, E., *op. cit.,* 4899 y 4900.

[38] Cfr. REZENDE DANTAS JÚNIOR, A., «Comentario del artículo 1790 del Código Civil», en *IV Jornada de Directo civil,*vol. II, Centro De Estudios Judiciarios, 2007, 716. En el mismo sentido y en la misma obra anteriormente citada, PIANOVSKI, C. E., 724 y 725.

[39] *Op. ult. cit.,* 725.

[40] En el mismo sentido, EUCLIDES BENEDITO DE OLIVEIRA, *op. cit.,* 726.

[41] En este sentido, *vid.* FLÁVIA PEREIRA GIL, *op., cit.,* 722.

[42] Al respecto, *vid.*, EUCLIDES BENEDITO DE OLIVEIRA, *cit.,* 727; GABRIELA TUSA, *cit.,* 725.

[43] VAQUER ALOY, A., *op. cit.,* p. 8.

[44] Véase por todos, DÍAZ ALABART, S., «La sustitución fideicomisaria…», *op. cit.*, 269.

[45] Cfr. BARRIO GALLARDO, A., *op. cit.,* 14. TORRES GARCÍA, T., «Derecho de sucesiones presente y futuro». XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Santander 9 a 11 de febrero de 2006, 222.

1.5. Obligaciones y contratos

Facultades del acreedor para velar por la conservación del patrimonio del deudor

The powers of the creditor to ensure the asset preservation of the debtor

por

PEDRO BOTELLO HERMOSA

Profesor del Centro San Isidoro, Universidad Pablo de Olavide

RESUMEN: En nuestro Ordenamiento jurídico, el deudor responde sus deudas frente al acreedor con todo su patrimonio, el cual se compone de todos sus bienes (derechos y acciones). Al acreedor, por su parte, le interesa que el patrimonio del deudor no se vea perjudicado y disminuido, bien porque el deudor decide no hacer uso de algún derecho que le pueda reportar bienes, o bien porque el deudor transmita a terceras personas, tanto a título gratuito como a título oneroso, créditos o bienes con la clara intención de no hacer frente al derecho de crédito al que queda obligado. Por todo ello, el presente artículo trata de las tres acciones que el Ordenamiento jurídico español otorga al acreedor para que intente llevar a cabo su crédito, como son la acción directa, la acción subrogatoria y la acción revocatoria o pauliana.

ABSTRACT: In our legislation, the debtor is liable for his debts towards the creditor with all his assets, which is composed of all his properties (rights and shares). The creditor, on his part, wishes that the assets of the debtor weren't affected or decreased, either because the debtor choses not to make use of any right that could provide him properties, or because the debtor transmits to third parties, whether against payment or free of charge, credits or properties with the clear intention to avoid the duty credit to which he is bound. Therefore, this article deals with the three actions that the spanish legislation grants to the creditor in order to carry out his credit: direct action, subrogated action and paulian action.

PALABRAS CLAVES: Deudor. Acreedor. Acciones. Crédito.

KEY WORDS: Debtor. Creditor. Actions. Credit.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA ACCIÓN SUBROGATORIA.—III. LA ACCIÓN REVOCATORIA O PAULIANA: 1. Requisitos para que pueda ejercerse la acción revocatoria o pauliana. 2. Sujetos intervinientes. 3. Efectos. 4. Objeto.—IV. ACCIÓN DIRECTA.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS. —VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

A través del presente artículo pretendo realizar un breve acercamiento a las acciones de las que disponen los acreedores en España para intentar velar por la conservación de sus créditos, que son la acción subrogatoria o indirecta, la acción revocatoria o pauliana y la acción directa.

Como sabemos, en nuestro sistema para la protección del crédito rige el principio de responsabilidad patrimonial universal consagrado en el artículo 1911 del Código Civil[1], que establece que «*Del cumplimiento de sus obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros*».

Es decir, que el deudor responde con todo su patrimonio, el cual se compone de todos sus bienes, derechos y acciones que le correspondan. Y para que esta responsabilidad patrimonial universal del deudor sea efectiva, nuestro Ordenamiento jurídico faculta al acreedor con una serie de medidas que pueden dividirse en:

A. Garantías previas: podrán plantearse al tiempo de constituirse la obligación, como serían por ejemplo las llamadas garantías personales (fianza, aval, etc.); los derechos reales de garantía (destacando la prenda y la hipoteca, en cuyo caso de producirse el incumplimiento, el acreedor queda facultado para enajenar la cosa dada en garantía); las cláusulas penales que se pueden incluir en los contratos en caso de incumplimiento por parte del deudor; y por último, también constituye una forma de garantía previa las arras penitenciales, en cuya virtud el comprador entrega una cosa o una cantidad de dinero, y de no cumplirse la obligación por alguna de las partes, se perderá en favor de la otra parte si el que incumple es el que en su día entregó la cosa o dinero, mientras que si el incumplidor es el que las recibió, tendrá en cambio que devolverlas por duplicado.

B. Medidas conservativas del patrimonio del deudor: además de las garantías que las partes pueden añadir al cumplimiento del crédito en el momento de su constitución, se conceden también al acreedor ciertas facultades para velar por la conservación del patrimonio del deudor, como son: *la acción directa*, *la acción subrogatoria o indirecta*, y la *acción revocatoria o pauliana*, acciones todas ellas que tienen como finalidad que el patrimonio del deudor no se vea perjudicado ni disminuido por la actitud fraudulenta o pasiva de este, actitudes que conllevarían una depreciación o disminución del patrimonio del deudor perjudicando con ello a sus acreedores.

Como bien expone LASARTE[2], frente a la inactividad del deudor, el Derecho concede a los acreedores, con carácter general, la facultad de reclamar en nombre de su deudor los bienes o derechos que este no llega a ejercitar. A esta facultad se le conoce desde antiguo con el nombre de *acción subrogatoria, indirecta u oblicua.*

En otros casos, limitados y tasados (no con carácter general), el acreedor puede dirigirse directamente contra el deudor de su deudor, para evitar la pasividad de este último, ejercitando la denominada *acción directa.*

La reacción contra la actividad positiva y fraudulenta del deudor se concreta en la posibilidad de que el acreedor consiga la ineficacia de los actos fraudulentos llevados a cabo por aquel, con la finalidad de que los bienes o derechos transmitidos a terceros se reintegren al patrimonio del deudor. A semejante finalidad atiende la llamada *acción revocatoria o pauliana*.

Acaba el mencionado autor afirmando algo que desde el punto de visto práctico requiere toda la atención, como es el hecho de que «*la importancia práctica de las acciones subrogatoria y pauliana es mucho menor que la de otros tipos de mecanismos o técnicas de garantía y protección del crédito, pese a que el estudio teórico de la materia genere una impresión contraria, ya que los procedimientos*

judiciales a seguir por el acreedor son extraordinariamente complejos y con ribetes probatorios de difícil superación».

II. LA ACCIÓN SUBROGATORIA

La acción subrogatoria, también conocida como indirecta, queda recogida en el artículo 1111 del Código Civil, el cual expone en su primer párrafo que: *«Los acreedores, después de haber perseguido los bienes de que esté en posesión el deudor para realizar cuanto se les debe, pueden ejercitar todos los derechos y acciones de este con el mismo fin, exceptuando los que sean inherentes a su persona».*

El Derecho español, por tanto, frente a la inactividad del deudor concede a sus acreedores la facultad de reclamar en nombre de su propio deudor los bienes o derechos que este no esté ejercitando frente a terceras personas, facultando con ello al acreedor para ejercitar directamente en su propio beneficio derechos y acciones del deudor, siempre y cuando no le quede otro medio de hacer efectivo su crédito.

Según ORDUÑA MORENO[3], la acción subrogatoria puede ser definida como el poder que el ordenamiento jurídico confiere a los acreedores ante la inactividad del deudor para ejercitar sus derechos y acciones con el fin de cobrar de esta manera lo que se les debe.

En la misma línea, cuenta VEIGA COPO[4] que la subrogatoria permite que el acreedor subentre en la posición del deudor que es quien titula acciones y derechos que, de ejercitarlos, hubieren incrementado el valor de su patrimonio. Es la desidia, la pasividad o dejadez, intencionada o no del deudor, la que genera la pérdida de una expectativa, o de un derecho por falta de ejercicio y exigibilidad del mismo.

Por tanto, la acción a que se refiere este precepto, llamada subrogatoria, se orienta a evitar la pérdida o deterioro del patrimonio del deudor que responde la deuda, y tutela al acreedor, no ya frente a la actividad del deudor, defraudando o despojándose gratuitamente de sus bienes[5], sino a la inercia del obligado.

Por todo ello, nuestro Tribunal Supremo viene manifestando desde su Sentencia de 26 de abril de 1962[6] que *«la finalidad de la acción subrogatoria no es otra más que producir un aumento del patrimonio del deudor, pues el actor, a través de ella y actuando en su lugar, ejercita derechos y acciones que el deudor tiene abandonados».*

En resumen, se entiende que el acreedor queda facultado para ejercitar los derechos y acciones del deudor inactivo, con idea de engrosar el patrimonio de este para poder así satisfacer con posterioridad su crédito, si bien dicha satisfacción no será de forma directa.

Los tres requisitos principales que han de producirse para que la acción subrogatoria pueda ejercerse son los siguientes:

1. Que el acreedor ostente un crédito exigible contra el deudor.
2. Que la inactividad del deudor respecto a sus propios deudores vaya en perjuicio del acreedor.
3. Que el deudor no tenga otros bienes con los que pueda responder, ya que si los tuviese no haría falta usar la acción que venimos estudiando. O lo que es lo mismo, la acción subrogatoria tiene carácter subsidiario.

Y es que, en base a la literalidad del artículo 1111 sobre la obligatoriedad previa del acreedor de haber perseguido los bienes de que esté en posesión el

deudor para realizar cuanto se le debe, hemos de llegar a la conclusión de que la acción subrogatoria puede usarse como protección del crédito únicamente si el deudor carece de bienes, o lo que es igual, si es insolvente.

Eso sí, según doctrina jurisprudencial consolidada, el ejercicio por el acreedor de dicha acción no implica la necesidad de probar la total insolvencia de su deudor, ni exige tampoco que se haya formulado reclamación judicial previa contra el mismo, sino que se admite que en el mismo procedimiento en el que se ejerce la acción subrogatoria quede acreditado la inexistencia de otra clase de bienes por parte del deudor, siendo en tal sentido un referente la Sentencia de 3 de julio de 1979[7].

En este sentido, cuenta LASARTE[8] que «*ante el relativo sinsentido de dicho planteamiento, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha terminado por reconocer que el acreedor puede ejercitar la acción subrogatoria directamente contra el tercero que adeuda algo a su deudor, acreditando en este mismo procedimiento que el deudor no tiene otros bienes suficientes para hacer efectivo su derecho de crédito*».

Mientras que en la misma línea, ORDUÑA MORENO[9] considera que «*…la insolvencia del deudor es constitutiva de su presupuesto material, por lo que el acreedor deberá acreditar el perjuicio derivado de la inactividad del deudor en la esfera de sus derechos y acciones de contenido patrimonial. (…) la constatación de la insolvencia no necesitará de un previo proceso ni de un juicio particular, pudiéndose acreditar en el curso del proceso donde se ejercite la acción subrogatoria*».

La doctrina actual, por su parte, es unánime a la hora de admitir el carácter subsidiario de la acción subrogatoria y en entender que en aquellos casos en los que el deudor pueda responder mediante otro tipo de garantía frente al acreedor, este deberá agotar siempre con carácter previo al ejercicio de la acción dicha posibilidad. Por ejemplo, en los casos en los que el deudor tenga avalistas, el acreedor deberá ejercer siempre con carácter previo la acción dirigida al cobro del avalista que la acción subrogatoria frente a los deudores de su propio deudor.

En tal sentido, VEIGA COPO[10] considera la acción subrogatoria como un mecanismo de cobro subsidiario, porque para obtener la satisfacción de lo que se le debe, el acreedor deberá haber perseguido primero los bienes de los que el deudor esté en posesión. Y manifiesta el autor que «*una subsidiariedad que exige que el acreedor ha accionado ya por otras vías y el resultado ha sido infructuoso, imposibilidad de cobro por otros medios, otras vías*».

Mientras que LASARTE[11] cuenta que «*el artículo 1111 (después de haber perseguido los bienes de que esté en posesión el deudor) atribuye a la acción subrogatoria un claro carácter subsidiario que le dota de escasa operatividad en la práctica*».

En cuanto a los sujetos que intervienen en el ejercicio de la acción subrogatoria debemos destacar a cualquier[12] acreedor como sujeto activo de la acción, mientras que el sujeto pasivo de la acción subrogatoria no sería el deudor, sino el deudor de su deudor, es decir, el *debitor debitoris*.

Aunque llegados a este punto hemos de reconocer que si por algo la acción subrogatoria es considerada por la doctrina como de escasa operatividad en la práctica es porque el crédito que se obtenga por el acreedor tras el ejercicio de la acción irá a parar directamente al patrimonio del deudor, y no al del acreedor que ha iniciado la acción subrogatoria. O lo que es lo mismo, que el acreedor que ejerció la acción subrogatoria con éxito no tiene ningún derecho de prelación o preferencia sobre el crédito frente al resto de acreedores del deudor.

Así, expone la Sentencia de nuestro Alto Tribunal de 25 de noviembre de 1996[13] también consideraba que «*mediante la acción subrogatoria el bien ingresa en el patrimonio del deudor, sin que se pueda entregar el mismo al acreedor, que*

ejercitó dicha acción, en el mismo procedimiento, y sin que dicho acreedor ostente ninguna preferencia por este hecho».

O, coincidiendo con la anterior, la Sentencia 6 de noviembre de 2008[14] del Supremo, cuando expone que «*La acción subrogatoria, en caso de su prosperabilidad, produce el efecto de incrementar la hacienda del deudor, toda vez que fue esgrimida precisamente por la inactividad o el desacierto de este, con la finalidad de que pudiera ser satisfecho el crédito; pero producido el mentado efecto, el acreedor deberá exigir al deudor que le abone lo debido, es decir, el cumplimiento de la obligación, y será protegido porque con el ejercicio de tal acción ha incrementado los bienes del deudor, pero no tiene preferencia alguna en la satisfacción de su crédito.*

Destacada doctrina científica ha considerado que el bien ingresa primeramente en el patrimonio del deudor y ahí puede ser agredido por el acreedor que ejercitó la acción subrogatoria o por otros, según las reglas de concurrencia de créditos, si bien debe primeramente resarcirse el acreedor que ejercitó la acción subrogatoria de los gastos del pleito».

Así, por ejemplo, lo explica ORDUÑA MORENO[15] cuando cuenta que «*en consecuencia, no se produce una atribución directa a los acreedores y el bien o los derechos ejercitados ingresan en el patrimonio del deudor, para que posteriormente los acreedores puedan exigir el correspondiente pago de su crédito sin ningún tipo de preferencia de cobro o de garantía añadida que no estuviera previamente en sus derechos de crédito*».

Por su parte LASARTE[16] cuenta que «*así las cosas, resulta que el acreedor que ejercita la acción subrogatoria no tiene un derecho de prelación o preferencia sobre los eventuales restantes acreedores del deudor. Las reglas de prelación aplicables serán las generales, y en consecuencia, la acción subrogatoria presenta un escaso atractivo para el acreedor*».

La única nota favorable que se me ocurre respecto al uso de la acción directa para los intereses del acreedor (la cual solo puede ser usada en determinados supuestos que contemplaremos más adelante) es que no tiene por qué limitarse a reclamar al tercero lo que a él le deba el deudor, sino que queda facultado para exigir la totalidad del crédito o derecho que el deudor tenga contra el tercero, lo cual puede servirle al acreedor para que se cumplan sus pretensiones[17].

III. ACCIÓN REVOCATORIA O PAULIANA

Al igual que la acción subrogatoria que acabamos de exponer, la acción revocatoria o pauliana[18], también llamada rescisoria, queda comprendida en el artículo 1111 del Código Civil, concretamente en su último párrafo, cuando establece que «*los acreedores, después de haber perseguido los bienes de que esté en posesión el deudor para realizar cuanto se les debe, pueden ejercitar todos los derechos y acciones de este con el mismo fin, exceptuando los que sean inherentes a su persona; pueden también impugnar los actos que el deudor haya realizado en fraude su derecho*».

Según ALBALADEJO[19], la acción revocatoria «*consiste en poder el acreedor deshacer en cuanto le dañen a él (luego, no los revoca, sino que se mantienen, pero no frente al acreedor) los actos que el deudor hubiese realizado en perjuicio de su derecho, y obtener, de ese modo, el recobro de los bienes perdidos así por el patrimonio de este, con lo que entonces podrá el acreedor satisfacer su derecho sobre ellos*».

DÍEZ-PICAZO[20] la define como «*el poder que el ordenamiento jurídico confiere a los acreedores para impugnar los actos que el deudor realice en fraude de su derecho*».

La acción revocatoria se configura en nuestro Derecho como una acción de tipo rescisorio, ya que tiene por finalidad dejar sin efecto actos o contratos que originariamente fueron válidos. Por ello, su regulación no solo queda comprendida en el artículo 1111 del Código Civil, sino que nuestro Código también se refiere a esta acción en su Capítulo V (de la rescisión de los contratos) del Título I del Libro IV, y más concretamente en los artículos 1291.3.º, 1292, 1294, 1295, 1297, 1298 y 1299.

El principal efecto de esta acción es revocar los actos que el deudor haya realizado con terceras personas en fraude de sus acreedores.

Como acción rescisoria, y a diferencia de la acción subrogatoria, la revocatoria o pauliana únicamente podrá ejecutarse acudiendo a los Tribunales, y de ahí que pudiese quedar definida como el recurso judicial para acudir a los Tribunales y conseguir que se anulen los actos fraudulentos llevados a cabo por el deudor en perjuicio de sus acreedores, teniendo por tanto, como finalidad, la de proteger su crédito.

Señala VEIGA COPO[21] que la acción pauliana, llamada también revocatoria, incluso rescisoria lo que ha de coligarse con las acciones rescisorias de los artículos 1291 y siguientes, presenta un carácter *per se* más agresivo en el sentido que legitima la acción del acreedor para impugnar, y por tanto, revocar, actos y negocios celebrados, queridos y provocados por el deudor con terceros con una manifiesta intención de defraudar al acreedor o acreedores vaciando o minusvalorando su patrimonio con transmisiones fraudulentas.

1. Requisitos para que pueda ejercerse la acción revocatoria o pauliana

Normalmente nuestro Tribunal Supremo coincide en señalar como requisitos esenciales de la acción revocatoria los siguientes:

1.º. La existencia, con carácter previo a que se produzca el acto rescindible, de un crédito a favor del acreedor.

Para poder ejercer el acreedor la acción revocatoria, el perjuicio que se le haya ocasionado habrá de ser real y no simulado[22], ya que de encontrarnos en este último supuesto, el acreedor no podrá usar la acción pauliana, que conlleva la rescisión, sino que deberá ejercer la acción de simulación, que implica la nulidad absoluta o inexistencia del acto.

Aunque el acto rescindible ha de ser posterior al nacimiento del crédito del acreedor, se admite también que se haya realizado con anterioridad al nacimiento del crédito defraudado, siempre que aquel se realizara en consideración y en fraude a la futura y segura existencia del crédito[23].

2.º. Que el acto o negocio para cuya protección se ejercita la acción revocatoria se produzca en perjuicio del acreedor.

Mediante el acto objeto de impugnación se le ha de causar un verdadero perjuicio al acreedor, ya que es la única forma de justificar que este intente dejar sin efecto un contrato en el cual ni siquiera ha formado parte, por lo que no podrá ejercerla cualquier persona, sino únicamente el que se haya visto perjudicado por el acto a impugnar y que ostente un verdadero crédito contra el causante del daño.

¿Y qué ha de entenderse exactamente por perjuicio del acreedor?

ALBALADEJO[24] considera en perjuicio del acreedor aquel acto que «*provoque, en el patrimonio del deudor, una disminución que lo deje insuficiente para atender al crédito, cuando el acreedor no tiene otro medio de hacerlo efectivo*».

En este sentido, expone VEIGA COPO[25] que «*para decretar la rescisión no viene a resultar preciso que la insolvencia de los obligados tenga que ser total, pues es suficiente que concurra minoración económica, decididamente planeada para no cubrir la integridad de la deuda, lo que determina efectivo daño para los acreedores*».

Y en la misma línea, BERROCAL LANZAROT[26] considera que «*se precisa la realización por el deudor de un acto que —beneficiando a un tercero— ocasione una minoración económica en perjuicio del acreedor (eventos damni), que le impide satisfacer el crédito en su integridad —ya sea mediante actos o contratos de enajenación, gravamen o renuncias*».

En mi opinión, los actos o negocios producidos en perjuicio del acreedor contra los que sí tendrá cabida el ejercicio de la acción revocatoria son aquellos que provoquen una disminución en el patrimonio del deudor que haga imposible la satisfacción del crédito del acreedor, sin necesidad de que tal acto implique la insolvencia del deudor, sino que bastará con que tras dicho acto el crédito no pueda satisfacerse.

O dicho de otra forma, podrá impugnarse mediante la acción revocatoria todo acto que tenga como consecuencia la imposibilidad del deudor de hacer frente al crédito que soporta frente a su acreedor, lo cual no conlleva obligatoriamente a la insolvencia total del deudor a consecuencia del acto.

Por ejemplo, podemos encontrarnos frente a un crédito ascendente al millón de euros, y a consecuencia del acto impugnado a través de la acción revocatoria, el patrimonio del deudor que consistía precisamente en un millón de euros se aminore en medio millón, por lo que a partir de ese acto, el deudor no tiene patrimonio para hacer frente a la totalidad de su crédito, aunque por ello no deba ser considerado insolvente ya que su patrimonio seguiría estando constituido por medio millón de euros.

3.º. Que se produzca la actuación fraudulenta del deudor (*consilium fraudis*).

Según LASARTE[27], el presupuesto fundamental de la acción revocatoria es la actuación fraudulenta del deudor (el denominado *consilium fraudis*); dato subjetivo que requiere que el deudor haya tenido conciencia o, al menos, conocimiento, de que la enajenación realizada supone, además, un perjuicio (*eventus damni*) para sus acreedores.

Pero, ¿qué debemos entender por actitud fraudulenta del deudor?

Al respecto cuenta BERROCAL LANZAROT[28] que se considera que existe fraude cuando media una actividad intencionada y directamente dolosa de perjudicar a los acreedores —intención o ánimo de perjudicar— (*animus nocendi*). Pero también se estima que concurre fraude cuando media la simple «conciencia de causar un perjuicio» —*scientia fraudis*—. Asimismo, se aprecia la existencia de «conciencia del perjuicio» causado al acreedor utilizando la prueba de presunciones a partir de ciertos hechos probados que concurre en los supuestos a enjuiciar; así, el hecho de ser el valor real del inmueble muy superior al que figura en el contrato; la relación de parentesco existente entre el vendedor en efectivo y días antes de la venta, la cantidad que constituyó el precio cobrado, etc.

LACRUZ[29] expone que para unos consiste en «intención» de dañar al acreedor (*animus nocendi*) o, al menos, en el «propósito» o «designio» de sustraer los bienes objeto del acto impugnado a la posibilidad de satisfacción del crédito, y para otros, sin embargo, basta con la «conciencia» del daño (*scientia fraudis*). Incluso, yendo más allá, para algunos autores es suficiente con la conciencia que «se debió tener».

Por mi parte coincido con ALBALADEJO[30] en el sentido de rechazar como requisito *sine qua non* la intención del deudor de dañar al acreedor, ya que

entiendo que el deudor no pretenderá siempre dañar al acreedor sino que en bastantes ocasiones lo que en realidad pretende es salvar su patrimonio, aunque incurriendo en un acto fraudulento.

La prueba de este requisito de actuación fraudulenta del deudor es bastante difícil, ya que sería el propio acreedor el que tendría que probar que la verdadera *intención* del deudor era la de defraudar. Ante tal dificultad, el Código Civil mediante el artículo 1297 establece dos presunciones que favorecen al acreedor, ya que en dichos casos queda eximido de probar la intención de fraude del deudor, por tratarse de presunciones establecidas en la ley.

Así, recoge el artículo 1297 del Código Civil en su párrafo primero, que: «*Se presumen celebrados en fraude acreedores todos aquellos contratos por virtud de los cuales el deudor enajenare bienes a título gratuito*». En base a lo expuesto, si el deudor, una vez contraídas obligaciones con el acreedor, realiza contratos de disposición de sus bienes a título gratuito que disminuyan su patrimonio hasta el punto de que este no pueda hacer efectivo su crédito, la ley presume que tales actos de disposición gratuitos por parte del deudor son realizados en fraude acreedores, encontrándonos además ante una presunción *iuris et de iure,* que no admite prueba en contrario. En tal sentido, expone el artículo 643 del Código Civil, párrafo 2.º que «*se presumirá siempre hecha la donación en fraude acreedores cuando al hacerla no se haya reservado el donante bienes suficientes para pagar las deudas anteriores a ella*».

La mayoría de autores consideran el carácter *iuris et de iure* de los contratos de adquisición a título gratuito siempre que se vea perjudicado un acreedor, pensamiento que comparto, si bien, no podemos obviar que existen al mismo tiempo otros autores que le otorgan el carácter de *iuris tantum,* es decir, que admite prueba en contrario.

Por su parte, el segundo párrafo del artículo 1297 estipula que: «*También se presumen fraudulentas las enajenaciones a título oneroso, hechas por aquellas personas contra las cuales se hubiese pronunciado antes Sentencia condenatoria en cualquier instancia o expedido mandamiento de embargo de bienes*». Esta presunción introducida por el artículo 1297 párrafo segundo es en cambio *iuris tantum,* admitiendo prueba en contrario.

Pero no solo podrán impugnarse los actos de disposición en perjuicio del acreedor celebrados por el deudor una vez que sobre él haya recaído sentencia condenatoria o se haya decretado el embargo de sus bienes, sino que podrán igualmente impugnarse los celebrados con antelación a adquirir el deudor dicha condición, si bien en estos supuestos no estará amparado el acreedor por la presunción de enajenación fraudulenta, o lo que es lo mismo, correrá por cuenta del acreedor asumir la carga de la prueba.

Una vez llegado a este punto considero obligatorio preguntarse, si, a parte de la actitud fraudulenta del deudor que enajena, es necesario para impugnar un acto del deudor como fraudulento que se dé el ánimo de defraudar en el tercero adquirente. La doctrina distingue en tal sentido si nos encontremos frente a actos a título gratuito, o actos a título oneroso.

Cuando sea un acto *a título gratuito* se podrá impugnar siempre, aunque el tercero adquirente no tenga intención de defraudar, o lo que es lo mismo, da igual la intención del tercero.

En cambio, si nos enfrentamos a una enajenación *a título oneroso*, solo podrá impugnarse cuando concurra la mala fe tanto en el deudor como en el adquirente, bastando para ello, como expusimos con anterioridad, que tengan la conciencia de perjudicar al acreedor.

Para conocer las consecuencias a las que debe enfrentarse el adquirente de mala fe en fraude de acreedores, debemos atenernos a lo expuesto en el artículo 1298 del Código Civil, el cual expone que «*el que hubiere adquirido de mala fe las cosas enajenadas en fraude de acreedores, deberá indemnizar a estos de los daños y perjuicios que la enajenación les hubiese ocasionado, siempre que por cualquier causa le fuere imposible devolverlas*», o al artículo 37 de la Ley Hipotecaria si nos encontramos ante un tercero hipotecario, es decir, un adquirente que ha inscrito su derecho en el Registro de la Propiedad.

Me surge en este punto la duda de si no sería más útil para el acreedor la redacción dada del artículo 1298 sin incluir la última frase, es decir, excluyendo el párrafo *siempre que por cualquier causa le fuere imposible devolverlas*. Con ello quiero decir que, tal vez, desde el punto de vista del acreedor, podría ser más interesante exigirle al adquirente de mala fe *los daños y perjuicios que la enajenación les hubiese ocasionado*, (siempre y cuando la cantidad a exigir por daños y perjuicios se asimilase al crédito que ostenta el acreedor frente al deudor), en vez de darle la opción que le da el código de devolver la cosa enajenada, ya que en caso de retorno al patrimonio del deudor podrán igualmente verse beneficiados el resto de acreedores, incluso alguno con preferencia frente al acreedor que promovió la acción revocatoria.

Algunos autores se extrañan de que en base a la redacción del artículo 1298 del Código Civil, y existiendo un fraude llevado a cabo por dos personas, el Código únicamente impone la obligación de indemnizar a uno de ellos, en este caso al adquirente, exonerando, parece, de responsabilidad al enajenante. La explicación la encontramos en que el deudor, para poder ejercerse la acción revocatoria, debe encontrarse en una situación patrimonial de insolvencia o cercana, por lo que parece imposible que pudiera hacer frente a la acción de indemnización. Aún así, desde mi punto de vista, no tiene mucho sentido dejar de incluir al deudor como futuro obligado al pago de la indemnización junto al adquirente fraudulento, ya que nadie sabe cuando una persona puede venir a mejor fortuna.

Una vez expuesto todo lo anterior, no podemos obviar la dificultad de probar la intención defraudatoria del adquirente que pesará sobre el acreedor, lo que me da que pensar en la cantidad de veces en que el tercer adquirente tenga que indemnizar al acreedor, viéndose obligado a actuar finalmente este en la mayoría de los casos únicamente contra el deudor insolvente.

En cambio, cuando el adquirente actúa de buena fe, sin intención de defraudar, no podrá interponerse contra él la acción de rescisión del contrato, ya que dispone el artículo 1295 del Código Civil que no tendrá lugar la rescisión «*cuando las cosas objeto del contrato se hallaren legalmente en poder de terceras personas*». Y por ello, si nos encontramos en el supuesto de que el adquirente de buena fe no haya participado en el fraude no se le podrá desposeer de la cosa, quedándole con ello únicamente al acreedor la opción de dirigirse contra el deudor, cuya situación patrimonial es fácil de imaginarse.

O lo que es lo mismo, como bien expone LASARTE[31], en el supuesto de que el tercero haya adquirido de buena fe y a título oneroso (art. 1295 del Código Civil, art. 37 LH), no hay razón alguna que aboque a hacer de mejor grado al acreedor que al adquirente de buena fe. En efecto, los preceptos citados, como derivación concreta del principio de buena fe y de protección del tráfico, deben llevar a la conclusión de que la transmisión habida no puede ser revocada o rescindida.

Por consiguiente, en tal caso la eficacia de la acción revocatoria quedará limitada a la puramente indemnizatoria (cfr. art. 1295.3) y la obligación de indemnizar pesará única y exclusivamente sobre el deudor fraudulento (causante de la lesión,

dice el art. 1295.3), cual situación patrimonial será —por principio— cercana a la insolvencia. Por tanto, en caso de que el adquirente no haya participado en el fraude (cuestión, de otra parte, sumamente difícil de probar), la operatividad de la acción revocatoria es virtualmente nula. De ahí su escasa utilización práctica.

4.º. La subsidiariedad de la acción revocatoria

La acción que venimos estudiando tiene como uno de sus requisitos esenciales que el acreedor haya perseguido previamente los bienes del deudor para poder hacer frente a su crédito, y una vez comprobado que no pueda cobrar lo que se le debe, solo entonces podrá ejercer la acción revocatoria o pauliana.

Dicho de otra forma, la acción revocatoria, al igual que la subrogatoria, tendrá *carácter subsidiario*.

En tal sentido, expone LACRUZ que «*Con referencia al artículo 1111 del Código Civil resulta difícil averiguar si el condicionante "después de haber perseguido los bienes de que esté en posesión el deudor" se refiere solo a la acción subrogatoria o también a la revocatoria. El punto y coma con que el artículo 1111 separa la descripción de ambas, así como la repetición, al conceder la pauliana, del verbo poder, inducen a pensar que la exigencia de agotamiento de los bienes del deudor no se repite para la acción pauliana, cuyo carácter subsidiario, entonces, viene dado, no por el artículo 1111, sino por los artículos 1291,3.º y 1294*».

Se recoge en el artículo 1291,3.º que «*son rescindibles los contratos celebrados en fraude de acreedores, cuando estos no puedan de otro modo cobrar lo que se les deba*» y el artículo 1294 que «*la acción de rescisión es subsidiaria; no podrá ejercitarse sino cuando el perjudicado carezca de todo otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio*».

Por tanto, en base a dichos artículos del Código Civil pertenecientes al capítulo dedicado a la rescisión de los contratos hemos de llegar a la conclusión de que la acción revocatoria no solo exige para su ejercicio que no existan bienes del deudor con los que cobrarse, sino que no puede existir ningún otro medio para el cobro, como por ejemplo puede ser la existencia de un fiador del deudor, en cuyo caso el acreedor queda obligado a dirigirse contra este antes de ejercer la llamada acción revocatoria o pauliana.

Sin embargo, recientemente el Tribunal Supremo en su Sentencia de 21 de diciembre de 2016[32] nos recuerda que con relación al requisito subsidiario de la acción rescisoria por fraude de acreedores, nuestro Alto Tribunal se muestra cada vez más flexible, llegando a recogerse en la mencionada Sentencia que «*la insolvencia no deba acreditarse de un modo absoluto, como total carencia de bienes del deudor, siendo suficiente la acreditación de una significativa disminución de la garantía patrimonial del deudor que impida o haga especialmente difícil el cobro del crédito, y que no resulte necesario que el acreedor venga provisto de título ejecutivo, bastando la propia existencia y legitimidad de su derecho de crédito como, en su caso, que haya ejercitado otras posibles acciones preventivas o ejecutivas que al tiempo de producirse la disposición patrimonial del deudor carezcan de utilidad para el cobro de su crédito*».

En la misma línea se han venido adoptando en los últimos tiempos en nuestro Ordenamiento criterios flexibles en cuanto a la exigencia de la subsidiariedad, en el sentido de que no se exige una persecución previa a cargo del acreedor sobre los bienes del deudor, sino que en el mismo procedimiento de la acción pauliana se podrá argumentar y aducir que, como consecuencia del acto objeto de litigio, no quedan bienes libres del deudor para hacer frente a su crédito, exigiéndole como máximo al acreedor haber perseguido los bienes del deudor que conocía, junto al hecho de haber investigado si tenía alguno que desconociese, como por

ejemplo se puede demostrar mediante nota simple del Registro, no pudiéndole exigir más allá, por ejemplo que había bienes propios del deudor de cuya existencia no sabía nadie y que el acreedor no se ha dirigido contra los mismos.

Cuestión interesante es la que se plantea ALBALADEJO en cuanto a la necesidad de haber interpuesto la acción subrogatoria con carácter previo a la revocatoria, cuando afirma que «*Yo creo que presupuesto que la revocatoria exige carecer de otro medio de satisfacer el crédito, hay que estimar que solo procede después de la subrogatoria, o cuando esta no sea posible. Así se sigue de los artículos 1291,3.º y 1294, que acumulados al 1111, por lo que toca a la revocatoria, piden, para poder usar esta, la falta de bienes que el dicho artículo 1111 exige para la subrogación, y además, la falta de derechos ejercitables por subrogación. Añádase a ello que siempre parece más razonable para cobrarse ejercitar derechos del deudor que deshacer lo que este haya hecho*».

Personalmente, en cambio, no coincido con tal planteamiento ya que de quedar obligado el acreedor a ejercer antes que la acción revocatoria la acción subrogatoria, se estaría obligando al mismo a reintegrar el bien en cuestión al patrimonio del deudor, sin tener ningún tipo de preferencia al respecto frente a los otros acreedores, mientras que como veremos a continuación, mediante el ejercicio de la acción revocatoria el contenido del bien defraudado no pasa a reintegrarse en el patrimonio del deudor, lo cual puede ser más favorable para el acreedor.

Independientemente de ello, en el artículo 1111 que regula ambas acciones nada se recoge al respecto, por lo que por mi parte no encuentro motivo para entender que previamente al ejercicio de la acción revocatoria se ha debido de ejercer la subrogatoria, quedando con ello, bajo mi punto de vista, dicha posibilidad a elección del acreedor.

5.º. La evolución de la doctrina jurisprudencial hacia la moderna protección patrimonial del derecho de crédito

Como bien comenta ORDUÑA MORENO[33], la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha ido asumiendo paulatinamente este giro conceptual de la noción de fraude que supone la relatividad de su calificación subjetiva en términos estrictamente dolosos.

En este sentido fija nuestro Tribunal Supremo en su Sentencia de 13 de febrero de 1992[34] que «*no es necesario acreditar el* animus nocendi, *siendo suficiente con la* scienta fraudis, *esto es, con la simple conciencia o conocimiento del perjuicio que se origina o de la situación de insolvencia patrimonial del deudor*».

Hoy en día nuestra doctrina es unánime al considerar sin ningún género de dudas que el ejercicio de la acción rescisoria, basada en una concepción subjetiva y dolosa del fraude, ha cambiado o girado hacia una concepción más objetiva, funcional y flexible del fraude acreedores, centrada en la protección del derecho de crédito.

Así, por ejemplo, cuenta LASARTE[35] que «*la jurisprudencia del Tribunal Supremo se muestra cada vez más proclive a superar visiones restrictivas del pasado y a estimar las pretensiones revocatorias fundadas en actuaciones realmente fraudulentas (que, por desgracia, son numerosísimas en este mundo desvergonzado en el que vivimos)*.

2. Sujetos intervinientes

En cuanto a quiénes podrán ejercitar la acción revocatoria o pauliana, si nos atenemos a lo expuesto tanto en el artículo 1111 como en el 1291,3.º del Código

Civil serán los acreedores, si bien no es preciso que actúen conjuntamente, sino que podrá ejercitarla cualquiera de ellos siempre y cuando el acto le haya ocasionado un perjuicio, por lo que quedarán excluidos del ejercicio de la acción aquellos acreedores que tuviesen garantizado su crédito por otro medio (ya sea mediante fianza, prenda, hipoteca, etc.).

Sujeto pasivo es, sin embargo, el deudor que haya realizado el acto que pretende dejar sin efecto el acreedor, así como los terceros que hayan adquirido mediante el acto referido bienes a título gratuito o a título oneroso con complicidad en el fraude. Pero si el tercero que adquirió un bien del deudor después lo enajena a otro (subadquiriente), debe ser también demandado este último cuando la enajenación se hizo a título gratuito o a título oneroso, siempre que, en este último caso, sea consciente del carácter fraudulento de la adquisición.

Eso sí, será preciso que se hallen presentes en el proceso pauliano todos los que han participado en la cadena transmisiva, incluido el último adquirente.

El crédito, por lo general, ha de ser normalmente anterior a la enajenación impugnada, si bien, no deben descartarse los nacidos con posterioridad a la misma si se demuestra que el acto se llevó a cabo en consideración al crédito futuro y a fin de privar de garantías a un acreedor de próxima existencia.

3. Efectos

El artículo 11111 del Código Civil habla de que se podrán impugnar *los actos* que el deudor haya realizado en fraude del derecho del acreedor, mientras que el 1297 hace referencia únicamente a enajenaciones. De ahí que surja la duda de si podrán ser impugnados actos que no sean enajenaciones en sentido estricto. En tal sentido, la mayoría de los autores entienden que podrán impugnarse mediante el ejercicio de la acción pauliana toda clase de actos mediante los cuales el deudor reduzca su patrimonio.

Por toda clase de actos podemos entender desde una renuncia (la no adquisición por parte del deudor debido a su renuncia es impugnable), a las enajenaciones, pasando por actos de administración extraordinaria (como podrían ser por ejemplo la partición de una herencia, la constitución de una hipoteca, un contrato de arrendamiento muy beneficioso para el arrendatario…) o incluso, los actos procesales (allanamientos del deudor habiéndose él mismo hecho demandar por una reclamación de cantidad), quedando únicamente excluidos de una posible impugnación mediante la acción revocatoria aquellos actos que constituyen el ejercicio de los derechos «inherentes a la persona».

El propio artículo 1292 dice que «*son rescindibles los pagos hechos en estado de insolvencia por cuenta de obligaciones a cuyo cumplimiento no podía ser obligado el deudor al tiempo de hacerlos*».

4. Efectos

La acción pauliana, como acción rescisoria, es una acción personal, dirigida a la ineficacia del acto fraudulento, por lo que produce la ineficacia del acto con efecto retroactivo, *ex tunc*, al momento de su perfección, devolviéndose los bienes al patrimonio del deudor.

Por ello, el efecto de la acción pauliana consiste en deshacer lo hecho, tal como se recoge en el artículo 1295, p. 1.º: «*La rescisión obliga a la devolución de*

las cosas que fueron objeto del contrato con sus frutos, y del precio con sus intereses; en consecuencia, solo podrá llevarse a cabo cuando el que la haya pretendido pueda devolver aquello a que por su parte estuviese obligado».

Pero no nos encontramos ante un tipo de ineficacia total del acto, sino que es considerada como una ineficacia relativa, en el sentido de que únicamente afecta al acto en cuanto a lo que perjudica al acreedor. O lo que es lo mismo, el acto impugnado es válido y eficaz, únicamente se revoca en la medida del fraude, es decir, en la medida imprescindible para satisfacer el interés del acreedor defraudado (actor) y, en su caso, los gastos y los perjuicios ocasionados por su ejercicio.

Así, el Tribunal Supremo expone en su Sentencia de 21 de septiembre de 2007[36] que «*en los litigios en los que se ejerciten acciones revocatorias o de naturaleza rescisoria, la cuantía del proceso no ha de fijarse por el valor correspondiente al objeto del contrato o negocio jurídico de cuya revocación o rescisión se trata, sino por el importe del crédito cuya protección se pretende con el ejercicio de la acción pauliana, ya que el acreedor demandante no persigue con ella incorporar la cosa objeto del contrato inmediatamente a su patrimonio, sino reintegrarlo al de su deudor, como medio para hacer efectivo el importe de su crédito, siendo esta, en fin, la finalidad de las acciones revocatorias y rescisorias*».

Prosperando la acción pauliana, el acto atacado deviene ineficaz frente al acreedor que la interpuso, y, por tanto, los bienes sobre que aquel recayó quedan sometidos a la acción del acreedor como si estuviesen en el patrimonio del deudor, pero, aun sometidos a la satisfacción del derecho de aquel, siguen en el del adquirente, y no volviendo al del deudor, la parte no necesaria para dicha satisfacción, ni quedan para este ni pueden aprovecharla otros posibles acreedores suyos.

Siendo la acción revocatoria una acción rescisoria, tiene el plazo de duración de cuatro años que establece el artículo 1299, siendo este un plazo de caducidad, por lo que se aprecia de oficio y no se interrumpe. El día a quo del cómputo de los cuatro años comienza desde la perfección del contrato en base al artículo 37 de la Ley Hipotecaria, si bien la jurisprudencia entiende que el cómputo del plazo empezará a correr desde el momento en que el acreedor haya tenido conocimiento del fraude.

IV. ACCIÓN DIRECTA

Por acción directa debemos entender la que tienen los acreedores para reclamar directamente contra el deudor de su deudor hasta satisfacer su crédito, evitando con ello la pasividad de este último.

Esta actuación en su propio nombre, confiere la ventaja a la acción directa respecto de la subrogatoria, de simplificar la materia y permitir al acreedor apropiarse el valor obtenido hasta el límite de su crédito sin necesidad de compartirlo con los demás acreedores.

A diferencia de la acción revocatoria o pauliana, y coincidiendo con la subrogatoria, no será preciso por parte del acreedor ejercitar la acción en un proceso, pudiéndose hacer el pago por parte del deudor de su deudor extraprocesalmente.

Nuestro Código Civil no contempla la acción directa como figura general, sino que únicamente la prevé en los supuestos que a continuación pasamos a enumerar:

• Artículo 1597 del Código Civil: los que ponen su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente por el contratista, no tienen acción contra el

dueño de ella sino hasta la cantidad que este adeude a aquel cuando se hace la reclamación. En el sentido contrario, la acción la ejercen los trabajadores y suministradores de material a una obra, no contra el contratista sino contra el dueño que la ordenó, por el importe y con los límites que detalla el precepto.

• El mandante por su parte puede dirigirse contra el sustituto del mandatario y contra este, en los términos del artículo 1722 del Código Civil que se remite al artículo anterior para determinar los casos en que procede la acción directa, a saber, que no había facultades para nombrar sustituto, o si se dio, no se designó persona y el nombrado era notoriamente incapaz e insolvente.

• La acción directa atribuida por el texto refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 al arrendador para exigir al subarrendatario «el abono directo de la renta y de su participación en el precio del subarriendo»; así como la «reparación de los deterioros que este hubiera causado dolosa o negligentemente en la vivienda».

• La posibilidad de dirigirse directamente contra el asegurador, concedida a la víctima de accidente automovilístico, en relación con el seguro obligatorio de vehículos a motor del artículo 4 de su ley reguladora. También se ofrecen acciones directas en otros seguros obligatorios, como en los de Energía nuclear, caza, y leyes autonómicas.

• Y finalmente, con carácter general para la responsabilidad civil se concede acción directa en la Ley de Contrato de Seguro de 1980 que señala que el perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que sea debido a conducta dolosa de este, el daño y el perjuicio causado al tercero.

Entiende LASARTE[37] que sería desacertado pensar que la aplicación práctica de la acción directa es más limitada por no estar contemplada en el Código Civil con carácter general. Y es que, defiende el referido autor que ateniéndonos al número de Sentencias dictadas por el TS, es innegable que algunos supuestos de acción directa han conocido un éxito práctico muy superior al de las tradicionales acciones subrogatoria y revocatoria o pauliana.

V. ÍNDICES DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS, Sección 1.ª, de 21 de diciembre de 2016.
- STS, Sección 1.ª, de 6 de noviembre de 2008.
- STS, Sección 1.ª, de 21 de septiembre de 2007.
- STS, Sección 1.ª, de 25 de noviembre de 1996.
- STS, Sección 1.ª, de 13 de febrero de 1992.
- STS, Sección 1.ª, de 3 de julio de 1979.
- STS, Sección 1.ª, de 26 de abril de 1962

VI. BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO, M.: Comentario del artículo 1111, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales,* Dirigido por Manuel Albaladejo, Tomo XV, vol. 1.º, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1989.

BERROCAL LANZAROT, A. I.: La acción rescisoria por fraude acreedores o acción pauliana. A propósito de la Sentencia del TS, Sala Primera de lo Civil,

de 7 de septiembre de 2012, en *Cuadernos de Derecho y Comercio,* núm. 59, Editorial Dykinson, 2013.

DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial,* vol. II, *Las relaciones obligatorias,* sexta edición, Thomson Civitas, Navarra, 2008.

LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Derecho de obligaciones,* Parte General, Teoría General del Contrato, Volumen Primero, Tercera Edición, Editorial Dykinson, Madrid, 2003.

LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Principios de Derecho Civil,* Tomo II, Decimonovena edición, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, 2015.

ORDUÑA MORENO, Fco. J.: Comentario al artículo 1111 del Código Civil, *Código Civil Comentado*, directores Ana Cañizares Laso, Pedro de Pablo Contreras, Javier Orduña Moreno y Rosario Valpuesta Fernández, vol. III, 2.ª edición, Civitas Thomson Reuters, Navarra, 2016.

VEIGA COPO, A.: Comentario al artículo 1111 del Código Civil, *Comentarios al Código Civil*, director Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Tomo VI, Tirant Lo Blanch, Valencia 2013.

NOTAS

[1] En adelante Código Civil.

[2] LASARTE ÁLVAREZ: *Principios de Derecho Civil,* Tomo II, Decimonovena edición, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, 2015, p. 221.

[3] ORDUÑA MORENO: Comentario al artículo 1111 del Código Civil, *Código Civil Comentado*, directores Ana Cañizares Laso, Pedro de Pablo Contreras, Javier Orduña Moreno y Rosario Valpuesta Fernández, vol. III, 2.ª edición, Civitas Thomson Reuters, Navarra, 2016, 179.

[4] VEIGA COPO: Comentario al artículo 1111 del Código Civil, *Comentarios al Código Civil*, director Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Tomo VI, Tirant Lo Blanch, Valencia 2013, 8143.

[5] Para cuyo caso existe la acción revocatoria o pauliana.

[6] *RJ* 1962, 1709.

[7] *RJ* 1979, 2928.

[8] LASARTE ÁLVAREZ: *op. cit.,* 222.

[9] ORDUÑA MORENO: *op. cit.,* 180.

[10] VEIGA COPO: *op. cit.,* 8148.

[11] LASARTE ÁLVAREZ: *op. cit.,* 222.

[12] Aunque en la redacción literal del Código Civil se habla de acreedores como sujeto activo de la acción subrogatoria esta la podrá ejercer cualquiera de ellos, no estando obligados a hacerlo de forma conjunta.

[13] *RJ* 1996, 9119.

[14] *RJ* 2008, 5900.

[15] ORDUÑA MORENO: *op. cit.,* 182.

[16] LASARTE ÁLVAREZ: *op. cit.,* 222.

[17] Mientras más patrimonio se consiga para el deudor, más posibilidades tendrá su acreedor de cobrar lo que le corresponda.

[18] Denominada así por haber sido formulada originariamente por el jurista Paulo.

[19] ALBALADEJO: Comentario del artículo 1111, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales,* Dirigido por Manuel Albaladejo, Tomo XV, vol. 1.º, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1989, 952.

[20] DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial,* vol. II, *Las relaciones obligatorias,* sexta edición, Thomson Civitas, Navarra, 2008, 885 y 886.

[21] VEIGA COPO: *op. cit.,* 8143.
[22] Supuestos en los que se finge que el bien ha salido del patrimonio del deudor, cuando en realidad no ha llegado a salir.
[23] LACRUZ BERDEJO, J. L.
[24] ALBALADEJO, *op. cit.,* 968.
[25] VEIGA COPO, A.: *op. cit.,* 8146.
[26] BERROCAL LANZAROT, Ana; La acción rescisoria por fraude acreedores o acción pauliana. A propósito de la Sentencia del TS, Sala Primera de lo Civil, de 7 de septiembre de 2012, en *Cuadernos de Derecho y Comercio,* núm. 59, Editorial Dykinson, 2013, 340.
[27] LASARTE, C.: *op. cit.,* 224.
[28] BERROCAL LANZAROT: *op. cit.,* 342.
[29] LACRUZ BERDEJO: *Derecho de obligaciones,* Parte General, Teoría General del Contrato, Volumen Primero, Tercera Edición, Editorial Dykinson, Madrid, 2003.
[30] ALBALADEJO: *op. cit.,* 970.
[31] LASARTE ÁLVAREZ: *op. cit.,* 226.
[32] *RJ* 2016, 5993.
[33] ORDUÑA MORENO: *op. cit.,* 172.
[34] *RJ* 1992, 2942.
[35] LASARTE ÁLVAREZ, *op. cit.,* 225.
[36] RJ 2007, 6083.
[37] LASARTE ÁLVAREZ, *op. cit.,* 221.

1.7. Concursal civil

Derecho de separación de la masa activa y adquisición *a non domino**

Right to have property excluded from insolvency assets and a non domino acquisition

por

TERESA ASUNCIÓN JIMÉNEZ PARÍS

Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil

Universidad Complutense de Madrid

RESUMEN: En el presente trabajo la autora analiza el régimen jurídico del derecho de separación de la masa activa concedido al propietario y regulado en el artículo 80 de la Ley Concursal (LC). Así como la posición jurídica del propietario-separante cuando el ejercicio del derecho de separación no es posible por haber sido enajenado el bien de su pertenencia, por el concursado, antes de la declaración de concurso, a tercero de quien no puede reivindicarse (art. 81 LC). La autora conecta los citados preceptos de la LC con los artículos 38 y 34 de la Ley Hipotecaria, al centrar su estudio en la separación de inmuebles por su propietario. Así estudia el supuesto en que el bien inmueble aparece doblemente inmatriculado a favor del concursado y del separante, el supuesto en que el bien aparece inscrito de forma inexacta a favor del concursado, el supuesto en que el propio concursado es tercero hipotecario y el supuesto en que el bien fue enajenado por el concursado, antes de la declaración de concurso, a tercero hipotecario, concluyendo que no puede ser tal el mero inmatriculante, incluso tras la introducción por Ley 13/2015, del artículo 208.5.ª LH. Igualmente concluye que al separante le basta justificar (mediante certificación registral) que existe una adquisición inscrita en el Registro de la Propiedad a nombre de un tercero que contrató a título oneroso con el concursado, antes de la declaración de concurso, dado que la buena fe de este tercero se presume, para que opere en favor del separante el artículo 81 LC, pudiendo exigir la cesión del crédito a la contraprestación que ha de pagar el tercero hipotecario o bien insinuando en el concurso un crédito por el valor del bien.

ABSTRACT: In this work the author examines the legal framework (governed by artículo 80 of the Insolvency Law) with regard to the right of owners to have their property excluded from the assets or estate of an insolvent party, as well as the legal position of the owner seeking exclusion where the said right cannot be exercised because the property in question has already been disposed of by the insolvent party, prior to the declaration of insolvency, to a third registering party from whom it cannot be recovered (art. 81 Insolvency Law). The author connects

* El presente trabajo se realiza dentro del marco del Grupo de Investigación UCM, «Nuevas Perspectivas del Derecho Civil», dirigido por el Prof. Dr. Luis Anguita Villanueva.

this provisions of the Insolvency Law with artículos 38 and 34 of the Mortgage Law, focussing her research on exclusion of real property by the owner. Therefore the author examines situations where real property is registered twice, in favour of both the insolvent party and the owner seeking exclusion, situations where the property is incorrectly registered in favour of the insolvent party, situations where the insolvent party also received the property other than from the legal owner [a non domino], and situations where, prior to the declaration of insolvency, the property was disposed of, a non domino, by the insolvent party in favour of a third registering party and concludes that the party that registered the property for the first time cannot be considered a third registering party, even following the enactment by Law 13/2015 of artículo 208.5 of the Mortgage Law. Likewise the author concludes that the party seeking exclusion only has to prove (by way of a registry certificate) that there exists an acquisition recorded at the Property Registry in the name of a third party who acquired from the insolvent party for value, prior to the declaration of insolvency (given that the good faith of the said third party is presumed), for artículo 81 of the Insolvency Law to operate in favour of the party seeking exclusion, who may apply for the proceeds of the loan to be allocated to settling the consideration payable by the party receiving the property other than from the legal owner, or for a loan equivalent to the value of the property to be included among the insolvency liabilities.

PALABRAS CLAVE: Concurso de acreedores. Derecho de separación de la masa activa. Tercero hipotecario.

KEY WORDS: Insolvency proceedings. Right of exclusion from the insolvency assets. Party acquiring title other than from the legal owner [a non domino].

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. CONCEPTO DE DERECHO DE SEPARACIÓN.—III. PRESUPUESTOS DE LA SEPARACIÓN *EX IURE DOMINI:* 1. Determinación e identidad de lo reclamado. 2. La titularidad ajena. 3. La posesión del concursado.—IV. OBJETO DE LA RECLAMACIÓN.—V. PROCEDIMIENTO PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO DE SEPARACIÓN.—VI. LA IMPOSIBILIDAD DE SEPARACIÓN REGULADA EN EL ARTÍCULO 81 LC: 1. Ámbito de aplicación del artículo 81 LC. 2. Derechos concedidos por el artículo 81 LC al reclamante. 3. La imposibilidad de separación en otros supuestos diversos del regulado en el artículo 81 LC.—VII. CONCLUSIONES.—VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—IX. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La masa activa del concurso ha sido calificada por la doctrina como un patrimonio de destino regulado por la ley para asegurar la satisfacción de las finalidades del concurso (convenio o liquidación), estando constituida por los bienes y derechos que por disposición de la ley están destinados a satisfacer a los acreedores. No todos ni solo los bienes que están en poder del concursado constituyen tal masa activa. La determinación de dicha masa exigiría extraer de tales bienes los que no deben quedar afectos al concurso (operaciones de separa-

ción) e incorporar los bienes que deben formar parte de la misma (operaciones de reintegración)[1].

La determinación de la masa activa corresponde a la administración concursal, mediante la elaboración del inventario. De acuerdo con el artículo 76.1 LC «constituyen la masa activa del concurso los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor a la fecha de la declaración de concurso y los que se reintegren al mismo o adquiera hasta la conclusión del procedimiento». Este precepto recoge el principio de universalidad de la masa activa (derivado del art. 1911 del Código Civil) lo que supone que tal masa comprende los bienes patrimoniales y realizables presentes en el patrimonio del concursado en la fecha de declaración de concurso, ya sea por título de dominio o por otro título que le atribuya un derecho de uso (o sea de posesión), garantía o retención (art. 80 LC *a sensu contrario*), los bienes futuros (adquiridos después de la declaración de concurso, por ejemplo, por herencia) y los bienes objeto de operaciones de reintegración (arts. 71 y sigs. LC). De los bienes presentes hay que excluir los separables *ex iure domini* (art. 80 LC) y *ex iure crediti* (art. 76.3 LC)[2].

No forman parte de la masa activa los bienes inembargables (arts. 605 a 607 LEC) y los que aun teniendo naturaleza patrimonial son inalienables: derecho de alimentos (art. 151 del Código Civil), el uso y la habitación (art. 525 del Código Civil) y el usufructo legal del cónyuge viudo (arts. 834 y 837 del Código Civil). Como la masa activa tiende a comprender todos los bienes y derechos del concursado, las excepciones a esta regla son de interpretación restrictiva al suponer una alteración de la regla del artículo 1911 del Código Civil[3].

Los bienes y derechos que integran la masa activa son aquellos que aparentemente pertenecen al concursado, apariencia de titularidad que derivará del asiento de inscripción (art. 38 LH), o de la posesión en concepto de dueño (art. 448 del Código Civil), o de la posesión del crédito (art. 1164 del Código Civil).

Dedicaremos las próximas líneas al tratamiento de las operaciones de separación de la masa activa *ex iure domini*.

II. CONCEPTO DE DERECHO DE SEPARACIÓN

Se conoce como separación *ex iure domini* a la facultad que tiene el propietario de separar físicamente de la masa activa los bienes de su propiedad y que, aunque en poder del concursado, este no tiene ningún derecho a seguir poseyendo, *bien porque nunca lo tuvo, o bien porque dicho derecho se ha extinguido*. Si el concursado tuviese derecho a poseer tales bienes *(ius possidendi) en virtud de una relación jurídica-personal o real, tal relación jurídica-personal o real se integraría en la masa del concurso aunque no el bien en cuestión, por ser de titularidad ajena.* Tales bienes han de ser entregados por la administración concursal a sus legítimos titulares, a solicitud de estos, si bien nada impide que la propia administración concursal, de oficio, los entregue de forma voluntaria, cuando es notorio que el concursado no tiene derecho a poseer el bien[4]. Si la administración concursal no accediese a la solicitud del propietario, este debería ejercitar la acción de separación o acción reivindicatoria concursal, a través del incidente concursal (art. 80.2 LC)[5]. «De la misma forma que, con ocasión de una ejecución individual, la tercería de dominio… [pretenda] evitar que aquella ejecución afecte a bienes o derechos que no son del deudor, en el procedimiento concursal la separación satisface la función de excluir de la masa activa aquellos bienes y derechos con cargo a los cuales no deben cobrar los acreedores porque el concursado no es su titular»[6].

El derecho de separación *ex iure domini* aparece regulado en el artículo 80 LC[7], siendo complementado por el artículo 81 LC[8] que contempla la situación derivada de la imposibilidad de satisfacer la demanda de separación ante una adquisición del bien de forma irreivindicable por un tercero con arreglo a la legislación civil (art. 464 del Código Civil, 34 de la LH y 85 del CCom).

Aunque, como ha señalado la doctrina, bajo el artículo 80 LC podría reclamarse «la separación de bienes materiales (muebles o inmuebles), inmateriales o simples derechos cuya titularidad resulte discutida (por ejemplo, aunque no solo, derechos de crédito)»[9], centraremos nuestro análisis en la separación de bienes materiales inmuebles que son propiedad de un tercero (aunque también podría darse el caso de que no fuesen de su propiedad pero tuviese el *ius possidendi* sobre los mismos). Así, resultará que la acción reivindicatoria concursal podrá ejercitarse por el propietario no poseedor contra el poseedor concursado no propietario[10].

III. PRESUPUESTOS DE LA SEPARACIÓN *EX IURE DOMINI*

Los presupuestos de la separación son muy similares a los de la acción reivindicatoria.

1. Determinación e identidad de lo reclamado

En relación con el bien objeto de separación sería necesaria la determinación e identidad de lo reclamado, aunque el legislador no lo hubiera indicado de manera expresa, ya que lo que se pretende con la separación es reducir la masa en relación con un concreto bien. Así, los bienes fungibles, como el dinero, no podrían ser objeto de separación, pudiendo el titular solo insinuar un crédito por su valor. Existirían algunas excepciones a esta regla general como el derecho de separación reconocido en relación con las cuentas indistintas en el artículo 79 LC[11].

No existe dificultad para separar los bienes inmuebles identificados (y no inmatriculados) bajo posesión inmediata o mediata del deudor. En este caso se trata de un bien identificado que un tercero debe restituir al deudor común (p.ej., inmueble ajeno arrendado por el deudor común, art. 9.4 LAU). La separación también puede afectar a fincas inmatriculadas incorrectamente incluidas en la masa activa, bien porque están inscritas a nombre del separante (caso en que este titular registral podrá hacer uso de la «tercería registral», y separar el bien mediante simple presentación de certificación del Registro a la administración concursal (art. 38.3 LH), o bien porque, aun no estando inscritas a nombre del tercero, sino solo del deudor concursado, la inscripción es inexacta, siendo el titular real conforme al Derecho civil puro el separante[12].

Es posible separar también derechos de crédito (p.ej., los que el deudor hubiera cedido a un tercero, de manera que el cesionario alega que siendo el nuevo titular del crédito ya no se debe incluir en el concurso del cedente).

2. La titularidad ajena

Es imprescindible la titularidad ajena. La carga de la prueba de la titularidad recae sobre quien reclama la separación, debiendo destruir la presunción de ti-

tularidad del deudor (arts. 448 del Código Civil y 38 LH), y demostrando que el concursado no adquirió el dominio de conformidad con las reglas del Derecho Civil patrimonial (pues la adquisición del dominio por el concursado sería un límite al derecho de separación). En este sentido, cabrá probar, por ejemplo, que el concursado adquirió por título nulo (art. 1261 y 1255 del Código Civil) o anulable (art. 1301 del Código Civil), o ineficaz para transmitir el dominio por carecer su transferente de facultad de disposición, no siendo el concursado tercero hipotecario con arreglo a los artículos 32 y 34 LH.

Si bien también podría bastar que aun no siendo propietario del bien, el separante ejercitase un *ius possidendi* derivado de una relación jurídica real (usufructuario despojado por el concursado que ejercita una *vindicatio usufructus*) o de una relación jurídico personal (titularidad de un crédito a la restitución del bien, que permite reconocer en el acreedor la condición de poseedor mediato. Así el separante es un arrendatario que subarrendó al concursado, habiéndose extinguido el arrendamiento, y por lo tanto, el subarriendo). Incluso la pretensión de recuperar la posesión de hecho de la que hubiese sido despojado un poseedor sin *ius possidendi* (art. 446 del Código Civil y 250.1.4.º LEC), podría sustentar la separación de un bien de la masa activa del concurso, pretensión que no se haría valer mediante el interdicto sino a través del régimen de la separación establecido en el procedimiento concursal[13].

3. La posesión del concursado

La LC habla de bienes que se encuentran en poder del concursado, lo que parecería referirse a la posesión como hecho o como derecho del concursado. No obstante, no sería imprescindible la posesión por el concursado, pues la separación podría versar sobre bienes no poseíbles (como un derecho de crédito [de tracto único])[14].

El poseedor no debe tener derecho a poseer. «Si el concursado tiene derecho a poseer estos bienes, no hay razón para su restitución, en tanto que ese derecho subsista. …Entre los títulos que justifican la posesión del concursado y, por tanto, impiden el ejercicio de la acción de separación, la ley se refiere a los derechos de uso, garantía o retención.

Si el concursado ostenta un título distinto de los anteriores (p. ej., si fuera arrendatario del bien), entendemos que el propietario tampoco podría solicitar su separación (salvo, claro está, que el arrendamiento fuera resuelto conforme a derecho, en cuyo caso el propietario arrendador sí podría exigir la separación del bien)». Lo relevante, es pues, que en el momento de ejercitarse la acción se carezca de título para poseer, porque no ha existido nunca, o porque se ha extinguido, debiendo en este caso el juez del concurso pronunciarse sobre tal extremo[15].

«La separación puede referirse… a bienes que están bajo la posesión inmediata de un tercero legitimado a conservarlos, pero que este debe devolverlos al deudor concursado cuando se extinga la relación jurídica que le une con él (arrendamiento, usufructo…, comodato, etc.). Se trata de aquellos casos en los que el deudor concursado no es el tenedor sino únicamente el poseedor mediato de un bien que se encuentra bajo la tenencia o posesión inmediata» de un tercero. «En la medida en que el tercero estuviera legitimado para conservar el bien, la solicitud de separación no tendrá por objeto la restitución o entrega del mismo, sino *la declaración del mejor derecho del separante*. Este pretenderá que el bien no se incluya en el inventario de los bienes que deben integrar la masa activa

(art. 82) y que, una vez que se extinga la relación jurídica existente, la cosa no se restituya al deudor [concursado] de quien la obtuvo el poseedor inmediato sino a quien alegó el derecho en el que funda la pretensión de separación. El separante *podrá también reclamar en el concurso la cesión del derecho a la devolución del bien que correspondía al deudor concursado, asumiendo la posición de este en la relación jurídica con el poseedor inmediato*»[16].

IV. OBJETO DE LA RECLAMACIÓN

De acuerdo con el artículo 80 LC, el ejercicio del derecho de separación por el propietario supone la obligación de entrega de lo reclamado por la administración concursal. La entrega podría enervarse si el concursado fuera titular de un derecho de uso, garantía o retención sobre el bien. Pero realmente, «el contenido básico de la separación es… la declaración de que el bien o derecho al que afecta no debe integrarse en la masa. El resultado de la acción de separación puede ser la entrega del bien al separante, pero también puede ser la simple declaración de dominio, permaneciendo el bien bajo el poder inmediato del deudor o de un tercero. …Si el deudor tuviera el "derecho de uso, garantía o retención" del bien que se reclama, no deberá entregarse a quien pretende la separación. Ahora bien, esto no significa que no quepa la separación del bien, sino tan solo que la separación se reflejará, en tal caso, en la declaración del dominio … que excluye el ingreso del bien en la masa activa… Si el deudor fuera titular de un derecho de uso o de retención sobre el bien, este permanecerá bajo su poder (o bajo el de la administración concursal, si esta sustituye a aquel) hasta la extinción de la relación y su entrega al propietario; si el deudor tenía un derecho de garantía sobre el bien [anticresis, art. 1881 del Código Civil] o la facultad de retenerlo, igualmente permanecerá en su poder, pero, una vez extinguido el crédito garantizado, los acreedores comunes no podrán satisfacer sus créditos sobre el citado bien porque no pertenece al deudor. En todos estos casos la separación concursal no pretende la entrega del bien, sino solo que se declare que el bien no debe integrar la masa activa (en la masa se integrará en su caso el derecho de uso, de garantía o de retención sobre el bien, pero no el bien mismo)»[17].

V. PROCEDIMIENTO PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO DE SEPARACIÓN

En un primer momento, la reclamación se verifica informalmente ante la administración concursal. Si esta rechazara la solicitud, entonces habría que plantear un incidente concursal. Puede surgir la duda de si, presentado ya el informe por la administración concursal y figurando el bien en el inventario de la masa activa, el ejercicio del derecho de separación debe o no canalizarse mediante la impugnación del inventario, lo que puede plantear el problema del transcurso del plazo para la impugnación (art. 95.2 en relación con el art. 96.1 LC)[18], o bien, si es imprescindible la previa impugnación del inventario, para luego ejercitar el derecho de separación. Pero como señala VILLORIA RIVERA, la LC no condiciona el ejercicio de la reivindicatoria concursal a dicho requisito[19].

Tampoco la reclamación extrajudicial ante la administración concursal es requisito de procedibilidad para el planteamiento del incidente concursal, por lo que podrá interponerse directamente una demanda de separación, entre otras

razones, porque la acción declarativa del dominio o reivindicatoria pudo haberse interpuesto antes de la declaración de concurso[20, 21].

Si la separación se solicita extrajudicialmente, la petición deberá presentarse a la administración concursal. Si la separación se solicita judicialmente después de declarado el concurso (bien directamente, o bien tras la denegación de la administración concursal), la reclamación se interpondrá contra el deudor y contra la administración concursal (art. 184.1 LC) por la vía del incidente concursal, salvo el caso de que la finca aparezca inscrita a nombre del concursado y el que pretenda la impugnación de la inscripción fuese el titular del dominio o derecho real no inscrito o que resulte lesionado por el asiento inexacto, caso en que de acuerdo con el artículo 40.2 LH «en los casos en que haya de solicitarse judicialmente la rectificación [del Registro, art. 38.2 LH], se dirigirá la demanda contra todos aquellos a quienes el asiento que se trata de rectificar conceda algún derecho, y *se sustanciará por los trámites del juicio declarativo correspondiente. La acción de rectificación será inseparable del dominio o derecho real de que se derive*». Parece que de este procedimiento debería conocer el Juez de Primera Instancia (art. 50.1 LC, *a sensu contrario,* en relación con el art. 8.1 LC), por tener por objeto un bien de pertenencia ajena, pero cabría sostener, quizás con mejor criterio, que corresponde el conocimiento al Juez del concurso en cuanto la acción ejercitada es una acción civil que se dirige contra el patrimonio [aparente] del concursado, teniendo precisamente el procedimiento por objeto la determinación de si el bien integra o no tal patrimonio.

«La reclamación ha de suponer la suspensión automática de la posible venta o disposición del bien por la administración concursal, por extensión de lo dispuesto en el artículo 598 LEC para las tercerías en el procedimiento ordinario»[22], si bien podría solicitarse, para mayor garantía, sobre la base de tal precepto, la práctica de una anotación preventiva de prohibición judicial de disponer (art. 26.2.ª y 42.4.º LH), para cerrar el Registro, mientras dure la sustanciación del proceso, a todos los actos dispositivos *inter vivos* sobre la finca anotada, otorgados por el concursado con posterioridad a la anotación[23].

VI. LA IMPOSIBILIDAD DE SEPARACIÓN REGULADA EN EL ARTÍCULO 81 LC

La separación no es posible en caso de *perecimiento del bien* o cuando el bien *ha salido del patrimonio del concursado* y se encuentre en poder de un tercero, dado que la pretensión de separación se dirige *contra el concurso* para reducir la masa activa (art. 80 LC). Ello haría preciso determinar los derechos que le corresponden al propietario en sustitución de la facultad de separación. El artículo 81 LC solo regula el supuesto de que los bienes y derechos hubieran sido enajenados por el deudor *antes de la declaración de concurso* a tercero de quien no pueden reivindicarse, quedando huérfanos de regulación otros supuestos (perecimiento de la cosa, enajenación posterior a la declaración de concurso, por la administración concursal o por el concursado), los cuales deberán resolverse por aplicación analógica del artículo 81 LC o bien mediante la aplicación de otros artículos de la LC[24].

1. Ámbito de aplicación del artículo 81 LC

Para que proceda la separación de un bien frente a la masa activa del concurso, como hemos indicado, el bien debe estar en poder del deudor (art. 80 LC). Si el

bien hubiera sido ya enajenado y entregado a tercero, no será posible la separación. La norma del artículo 81 LC presupone un negocio jurídico oneroso de disposición sobre el bien o derecho y la buena fe del adquirente «entendida como confianza diligente en que el transmitente era su titular, buena fe que, en principio, se presume», así como la inscripción registral en el caso de inmuebles (art. 34 LH)[25].

Para la aplicación, pues, del artículo 81 LC será preciso que haya habido una enajenación (no autorizada por el verdadero titular), anterior a la declaración de concurso, que determine una posición irreivindicable para el tercero, según las reglas del Derecho común[26]. La cuestión es si tal irreivindicabilidad debe ser probada por el reclamante, pues ello haría casi inviable en la práctica la aplicación de tal precepto, inclinándose ARIAS VARONA por entender que la reivindicabilidad debería operar como una excepción en beneficio del concurso, cuando se produjese la reclamación del *verus dominus*[27].

En todo caso, como se ha indicado, la enajenación debe haberse realizado sin autorización del titular. «Solo en tal caso se justifica que se ofrezca una especial tutela al separante. Por el contrario, si el negocio de disposición se realizó con la autorización de quien podía pretender la separación, a este solo le corresponderá un crédito concursal ordinario por el valor del citado bien, crédito que deberá incluir en la masa pasiva»[28].

2. Derechos concedidos por el artículo 81 LC al reclamante

El titular del derecho de separación perjudicado por la irreivindicabilidad puede optar bien por reclamar la contraprestación pendiente de pago por el tercero, o bien por insinuar un derecho de crédito en el concurso por el perjuicio sufrido.

En el primer caso, el titular del derecho de separación exige la cesión del crédito que el concursado ostenta frente al tercero, con sus elementos y derechos accesorios (art. 1528 del Código Civil), siempre que en el momento de solicitar la aplicación del artículo 81 LC tal contraprestación esté pendiente de pago[29].

En el segundo caso, el titular del derecho de separación puede insinuar un crédito en el concurso, pudiendo optar por el correspondiente al valor que tuviere el bien en el momento de la enajenación o en otro posterior, más el interés legal[30]. El artículo 81.2 LC indica que en caso de ejercitarse el derecho a la insinuación, tal derecho de crédito será clasificado como crédito ordinario, parecería que con independencia de la clasificación que correspondiera en aplicación del régimen general. El precepto también resolvería el problema de que el crédito no pudiera comunicarse en el plazo legalmente establecido, disponiendo que los efectos de la falta de comunicación oportuna se producirán desde un *dies a quo* específico, esto es, desde la aceptación del derecho por la administración concursal o desde la firmeza de la resolución judicial que hubiera reconocido los derechos del titular perjudicado. Lo que haría referencia al doble procedimiento previsto en el artículo 80 para ejercitar el derecho de separación. En este caso, *strictu sensu,* al derecho derivado *ex artículo 81 LC,* por no ser posible la separación[31] [32].

3. La imposibilidad de separación en otros supuestos diversos del regulado en el artículo 81 LC

En caso de destrucción de la cosa (edificio o nave industrial siniestrada, por ejemplo), si el hecho se produjo antes del concurso y el deudor concursado

tenía derecho a una indemnización (por la compañía de seguros o por el causante de la pérdida), el titular del derecho de separación podrá exigir que se le ceda el citado derecho de crédito (crédito que se separa de la masa) o insinuar en el concurso un crédito por el valor del bien (art. 81 LC, por analogía). Si no existiese derecho alguno a una indemnización frente al asegurador o frente al causante de la pérdida, el titular del derecho de separación solo podrá comunicar su crédito por el valor del bien para su inclusión en el concurso. También serían aquí aplicables las normas sobre el plazo establecido para la comunicación del crédito en el artículo 81.2 LC[33].

Cuando la destrucción de la cosa fuera posterior a la declaración de concurso y se debiera a una conducta del concursado o de los administradores concursales, «el derecho a la indemnización se configura como un crédito frente a la masa. En efecto, la masa debe responder de aquellos actos ilícitos que hubieran realizado los administradores concursales infringiendo el deber que sobre ellos recae de conservar y administrar diligentemente los bienes de la masa (art. 43 LC). Si los créditos que nacen de obligaciones nacidas de la ley o de responsabilidad extracontractual por actos del concursado realizados con posterioridad a la declaración del concurso son créditos contra la masa [art. 84.2.10.º LC], el mismo carácter deben tener los créditos por responsabilidad extracontractual provenientes de actos realizados por quienes sustituyen al deudor en la administración de sus bienes o intervienen los actos de administración que este deudor realiza»[34].

Parecida solución merecen los supuestos en que la inexistencia del bien en poder del deudor no se debe a la destrucción de la cosa, *sino a que esta se encuentra en poder de un tercero, pudiendo distinguirse tres situaciones*: el bien fue entregado al tercero en virtud de una relación jurídica duradera durante la cual puede conservar la posesión; la cosa se encuentra ilegítimamente en poder del tercero que no tiene derecho a conservar el bien; el tercero al que se transmitió el bien lo ha adquirido *a non domino*[35].

En el primer caso, el concursado es un poseedor mediato y el separante puede pretender, como hemos indicado, una declaración del mejor derecho que le corresponde o bien que los administradores concursales le cedan el derecho a la restitución del bien que correspondía al deudor concursado frente al tenedor del bien. Ejecutada la cesión, el separante ocupará en la relación jurídica que vinculaba al concursado (poseedor mediato) con el inmediato, la posición de aquel. Lo que no puede pretender el separante es que la masa reclame del tercero la entrega del bien para que, a su vez, los administradores concursales se lo devuelvan al separante[36].

En el segundo caso, si el bien se encuentra en poder del tercero como consecuencia de una privación ilegítima al concursado, o por un acto dispositivo de este sin tener facultad para ello, no ostentando el tercero una posición inatacable por falta de algún requisito para ello (p.ej., buena fe), el propietario podrá reivindicar directamente el bien en poder del tercero[37]. Si su separación no se apoya en el dominio, sino en un derecho de crédito a la restitución, su titular podrá pretender que el concursado le ceda el derecho a la recuperación de la cosa que retiene ilegítimamente el tercero[38] (p.ej., caso en que el separante es arrendador pero no propietario y el concursado es subarrendador, reteniendo la cosa ilegítimamente el subarrendatario por haberse extinguido el arrendamiento).

Cuando el bien se encontrase en poder de un tercero que hubiese efectuado una adquisición *a non domino, pero el acto de disposición se hubiese efectuado después de la declaración de concurso, el supuesto es diverso del contemplado en el artículo 81 LC*. Hay que tener en cuenta que los administradores concursales

pueden realizar actos de disposición en los términos del artículo 43 LC. Los bienes separables transmitidos por los administradores concursales, cuando estos hubieran sustituido al deudor en sus facultades de administración y disposición, o por el deudor, con la intervención de los administradores concursales, habrán sido adquiridos *a non domino* por el tercero si reunía los requisitos para ello (art. 464 del Código Civil, 85 CCom, 34 LH). En estos casos, si estuviera pendiente de satisfacer la contraprestación debida por el tercero (precio de la adquisición), el derecho de separación se extendería al crédito del concursado por tal deuda, para evitar un enriquecimiento injusto del concurso (art. 81 LC por analogía). El separante también podría reclamar el valor del bien enajenado, debiéndose calificar su crédito como crédito contra la masa y no como crédito concursal ordinario. Ello es debido a que el acto de enajenación sería un acto de administración del concurso, que da lugar a un crédito contra la masa al igual que los créditos generados por la continuación en el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor (art. 82.5.º LC)[39].

VII. CONCLUSIONES

I. Los bienes y derechos que integran la masa activa son aquellos que aparentemente pertenecen al concursado, apariencia de titularidad que derivará del asiento de inscripción, o de la posesión en concepto de dueño, o de la posesión del crédito.

II. La determinación de la masa activa del concurso exige extraer de tales bienes los que no deben quedar afectos al concurso por ser de pertenencia ajena, para lo cual su titular cuenta con un derecho de separación o acción reivindicatoria concursal, que cumple en el proceso de ejecución universal un papel similar al que cumple la tercería de dominio en la ejecución singular.

III. Cabe separar los bienes inmuebles identificados (y no inmatriculados) bajo posesión inmediata o mediata del deudor concursado, así como fincas inmatriculadas incorrectamente incluidas en la masa activa, bien por estar inscritas a nombre del separante (caso en que la aplicación del art. 38.3 LH excluiría la necesidad de hacer uso del derecho de separación regulado en el art. 80 LC), o bien porque, aun no estando inscritas a nombre del tercero-titular del derecho de separación, sino solo del deudor concursado, la inscripción es inexacta, siendo el titular real conforme al Derecho civil puro el separante.

IV. Si la Administración concursal excluye de la masa activa una finca doblemente inmatriculada a favor del concursado y del titular del derecho de separación, aplicando el artículo 38.3 LH, la cuestión podrá resolverse de forma definitiva por vía extrajudicial (art. 209 LH y 51.2 y 3 LC en lo relativo a la transacción), mediante expediente tramitado ante el Registrador de la Propiedad, o bien en vía judicial. Si se determinase judicialmente el mejor derecho del concursado (con arreglo al Derecho civil puro, o bien por ser tercero hipotecario), el bien se incorporaría a la masa activa y el *verus dominus,* en su caso, no tendría derecho de separación, dada la adquisición *a non domino* del concursado.

V. Si la finca aparece inscrita a nombre del concursado y el que pretende la impugnación de la inscripción es el titular del dominio o derecho real no inscrito o que resulte lesionado por el asiento inexacto, la rectificación registral (y consecuente separación) *se sustanciará por los trámites del juicio declarativo correspondiente (art. 40 LH),* pudiendo solicitarse, de acuerdo con el artículo 598 LEC, la práctica de una anotación preventiva de prohibición judicial de disponer,

para cerrar el Registro, mientras dure la sustanciación del proceso, a todos los actos dispositivos *inter vivos* sobre la finca anotada, otorgados por el concursado con posterioridad a la anotación. Si la finca no estuviese inmatriculada, el derecho de separación se ejercitará por la vía del incidente concursal (art. 80 LC).

VI. La separación no es posible cuando el bien *ha salido del patrimonio del concursado* lo cual hace preciso determinar los derechos que le corresponden al propietario en sustitución de la facultad de separación, teniendo presente que el artículo 81 LC solo regula el supuesto de que los bienes hubieran sido enajenados por el deudor *antes de la declaración de concurso* a tercero de quien no pueden reivindicarse.

VII. Aplicando la tesis de la adquisición *a non domino* por el tercero hipotecario (a quien el luego concursado enajenó un bien de ajena pertenencia antes de la declaración de concurso), la readquisición por el concursado como consecuencia de herencia o donación, no permitiría el juego del derecho de separación del artículo 80 LC al *verus dominus, por aplicación del artículo 34.3 LH. Pero si el separante defendiese que el artículo 34 LH dispensa una protección* consistente en una irreivindicabilidad que desemboca en una adquisición *a non domino* relativa, la readquisición por el concursado permitiría el uso del artículo 80 LC al *verus dominus*. Esta posición, sin embargo, dejaría en segundo término los derechos de los acreedores del concursado.

VIII. Al separante le basta justificar que hay una adquisición inscrita en el Registro de la Propiedad a nombre de un tercero que contrató a título oneroso con el concursado, antes de la declaración de concurso, dado que la buena fe de este tercero se presume, para que opere en favor del separante el artículo 81 LC. Corresponde a la administración concursal demostrar la ausencia de alguno de los requisitos para la protección de la fe pública, esto es la reivindicabilidad.

IX. Presentada la certificación registral en los términos indicados, la Administración concursal deberá reconocer el derecho del *verus dominus* perjudicado a separar del concurso (mediante cesión del concursado) el crédito por la contraprestación pendiente que ha de pagar el tercero hipotecario, o su derecho a insinuar en el concurso un crédito, que tendrá la calificación de ordinario, por el valor del bien al tiempo de la enajenación o al tiempo de ejercitar el derecho del artículo 81 LC, a elección del solicitante, más el interés legal. Si la Administración concursal no reconociere voluntariamente este derecho, cabrá exigirse por vía judicial, computándose el plazo de 1 mes para la comunicación del crédito, desde la aceptación por la Administración concursal o desde la firmeza de la resolución judicial que hubiere reconocido los derechos al titular perjudicado.

X. Si el concursado, que no es titular registral, hubiese enajenado el bien con anterioridad a la declaración de concurso, primero al separante, y luego a un tercero que hubiese inmatriculado la finca, este tercero no ostentaría una posición irreivindicable y el bien podría ser reclamado del mismo, no operando el artículo 81 LC. Es posible mantener esta conclusión incluso después de la introducción en la LH, por Ley 13/2015, del nuevo expediente reanudador del tracto sucesivo interrumpido, cuyo artículo 208.5.ª LH se refiere a dos inscripciones, la del solicitante que reanuda el tracto y la del tercero de buena fe que adquiere del mismo, en favor del cual ha sido practicada *la inscripción resultante del expediente, en cuanto esta produce en su beneficio la presunción* iuris et de iure *de exactitud e integridad del Registro*. El legislador simplemente habría querido aclarar mediante este precepto que *en este expediente (que produce un reingreso de la finca en el Registro y se tramita por la vía del artículo 203 LH, con las especialidades indicadas en el artículo 208 de la misma) no operaría la suspensión de*

efectos prevista en el artículo 207 LH para ciertos procedimientos inmatriculadores, del mismo modo que no opera en la inmatriculación por expediente de dominio.

VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 26 de febrero de 1949
- STS de 24 de abril de 1962
- STS de 22 de noviembre de 1963
- STS de 2 de julio de 1965
- STS de 12 de noviembre de 1970
- STS de 31 de enero de 1975
- STS de 23 de mayo de 1989
- STS de 21 de enero de 1992
- STS de 8 de marzo de 1993
- STS de 25 de marzo de 1994
- STS de 22 de abril de 1994
- STS de 25 de julio de 1996
- STS de 3 de julio de 1997
- STS de 6 de abril de 1999
- STS de 7 de abril de 2000
- STS de 15 de enero de 2001
- STS de 22 de junio de 2001
- STS de 17 de octubre de 2001
- STS de 5 de diciembre de 2002
- STS de 4 de mayo de 2006
- STS Sala 2.ª, de 13 de febrero de 2007
- STS de 5 de marzo de 2007 (Pleno)
- STS de 16 de marzo de 2007
- STS de 20 de marzo de 2007
- STS de 7 de septiembre de 2007 (Pleno)
- STS de 5 de mayo de 2008
- STS de 13 de noviembre de 2008
- STS de 22 de enero de 2010
- STS de 20 de julio de 2010
- STS de 3 de junio de 2011
- STS de 11 de julio de 2012
- STS de 13 de mayo de 2013
- STS de 12 de enero de 2015
- STS de 10 de abril de 2015
- STS de 19 de mayo de 2015

IX. BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ OLALLA, P. (2004): Comentario al artículo 80 LC. En: Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (dir.), *Comentarios a la Ley Concursal,* Madrid: Tecnos, (952-957).

— (2004): Comentario al artículo 80 LC. En: Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (dir.), *Comentarios a la Ley Concursal,* Madrid: Tecnos, (pp. 958-962).

ARIAS VARONA, F. J. (2001). *El Derecho de separación en la quiebra.* Elcano (Navarra): Editorial Aranzadi.
— (2007): Imposibilidad de separación y derecho a la contraprestación pendiente en el concurso. En: *Estudios de Derecho de Sociedades y Derecho Concursal. Libro Homenaje al Profesor García Villaverde.* Tomo III. Madrid - Barcelona - Buenos Aires: Marcial Pons, (1711-1735).
— (2016) (1): Comentario al artículo 80 LC. En: J. Pulgar Ezquerra (dir.), *Comentario a la Ley Concursal, Madrid: Wolters Kluwer,* (1066-1071).
— (2016) (2): Comentario al artículo 81 LC. En: J. Pulgar Ezquerra (dir.), *Comentario a la Ley Concursal,* Madrid: Wolters Kluwer, (1071-1075).
CASTÁN TOBEÑAS, J. (1992). *Derecho Civil español, común y foral.* Tomo II. Derecho de cosas. Vol. 1. Madrid: Reus.
GARCÍA, J. M. (2016). *La finca registral y el catastro.* Cizur Menor (Navarra): Editorial Aranzadi.
GASCÓN INCHAUSTI, F. (2000). La tercería concursal: el ejercicio del derecho de separación *ex iure domini* en los procesos concursales. *Tribunales de Justicia,* núm. 2, 155-180.
JIMÉNEZ GALLEGO, C. (2016). *La nueva coordinación realidad - Catastro - Registro.* Valencia: Tirant lo Blanch.
JIMÉNEZ PARÍS, T. A. (2005). *El tercero de los artículos 32 y 34 de la LH.* Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.
— (2006). *El momento de la buena fe.* Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.
LORENTE, M. (2010): El derecho de separación. En: A. Fernández Rodríguez y M. M.ª. Sánchez Álvarez (coord.). *Crisis empresarial y concurso: Comentarios legales.* Cizur Menor (Navarra): Editorial Aranzadi, (511-528).
NÚÑEZ LAGOS, R. (1949). El Registro de la Propiedad Español en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* de abril de 1949, núm. 251, 217-257.
PÉREZ RAMOS, C. (2016). ¿Jaque mate al dualismo? en *El Notario del siglo XXI,* núm. 69, 146-151.
RECALDE, A. (2004) (1): Comentario al artículo 80 LC: En A. Rojo y E. Beltrán (dir.), *Comentario de la Ley Concursal,* Madrid: Thomson-Civitas, (1441-1466).
— (2004) (2): Comentario al artículo 80 LC: En A. Rojo y E. Beltrán (dir.), *Comentario de la Ley Concursal,* Madrid: Thomson-Civitas, (1467-1474).
ROCA SASTRE, R. M.ª y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. (1995) (1). *Derecho Hipotecario.* Tomo II. Barcelona: Bosch, Casa Editorial.
— (1995) (2). *Derecho Hipotecario.* Tomo III. Barcelona: Bosch, Casa Editorial.
SÁNCHEZ CALERO, F. J. y SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B. (2015). *Manual de Derecho Inmobiliario Registral.* Valencia: Tirant lo Blanch.
VALLET DE GOYTISOLO, J. B. (2003) *Metodología de la Ciencia expositiva y explicativa del Derecho.* II. Vol. 2.º. Madrid: Fundación Cultural del Notariado.
VILLORIA RIVERA, I. (2014): Capítulo 7. La masa común. Epígrafes I y II. En: *Memento Práctico Concursal.* Madrid: Ediciones Francis Lefebvre.

NOTAS

[1] VILLORIA RIVERA, 2014, 277.

[2] VILLORIA RIVERA, 2014, 278. Parece que la ejecución separada en el más estricto sentido del término solo existiría en el caso de la hipoteca de buques y aeronaves (art. 76.3 LC). En el caso de las garantías reales (art. 55.4, 56 y 57 LC), el privilegio especial puede

hacerse efectivo en el concurso (en la liquidación colectiva), o separadamente, pero la ejecución separada tiene ciertas limitaciones derivadas del devenir del concurso (paralización temporal si se trata de bienes necesarios para la actividad empresarial). En todo caso, si el montante obtenido en la enajenación excediera del valor del crédito garantizado, la cantidad sobrante se incluirá en la masa activa, para satisfacer al resto de acreedores. *Vid*., también en este sentido el artículo 76.3.1.º *in fine* LC. El derecho de ejecución especial sobre un bien difiere así del derecho de separación de la masa activa, caso en el que se tiene derecho a que el bien no forme parte en ningún caso de la masa activa del concurso (*Cfr.*, RECALDE, 2004 (1), 1444).

[3] VILLORIA RIVERA, 2014, 278-279.

[4] VILLORIA RIVERA, 2014, 282-283.

[5] «Este sistema es más práctico que el que existía con anterioridad en el caso de la quiebra (CCom de 1829), en el que se exigía para la separación el consentimiento de los acreedores reunidos en junta, lo que en la práctica hacía muy difícil la recuperación del bien por sus legítimos propietarios. El nuevo sistema es mucho más racional, pues no hay razón para poner trabas a la restitución de bienes que no tienen por qué continuar en poder del concursado» (VILLORIA RIVERA, 2014, 283).

[6] RECALDE, 2004 (1), 1443.

[7] Artículo 80 LC: «1. Los bienes de propiedad ajena que se encuentren en poder del concursado y sobre los cuales este no tenga derecho de uso, garantía o retención serán entregados por la administración concursal a sus legítimos titulares, a solicitud de estos. 2. Contra la decisión denegatoria de la administración concursal podrá plantearse incidente concursal».

[8] Artículo 81 LC: «Si los bienes y derechos susceptibles de separación hubieran sido enajenados por el deudor antes de la declaración de concurso a tercero de quien no puedan reivindicarse, el titular perjudicado podrá optar entre exigir la cesión del derecho a recibir la contraprestación si todavía el adquirente no la hubiera realizado, o comunicar a la administración concursal, para su reconocimiento en el concurso, el crédito correspondiente al valor que tuvieran los bienes y derechos en el momento de la enajenación o en otro posterior, a elección del solicitante, más el interés legal. 2. El crédito que resulte a favor del titular perjudicado tendrá la consideración de crédito concursal ordinario. Los efectos de la falta de comunicación oportuna del crédito se producirán transcurrido un mes desde la aceptación por la administración concursal o desde la firmeza de la resolución judicial que hubiere reconocido los derechos del titular perjudicado».

[9] ARIAS VARONA, 2016, 1067.

[10] *Cfr.*, VILLORIA RIVERA, 2014, 283. «La estructura de la separación es muy parecida a la de… [la acción reivindicatoria], hasta el punto de que es la propiedad el primer derecho que justifica la separación. Los requisitos de la separación son también similares a los que deben concurrir en el ejercicio de la acción reivindicatoria. A partir de ahí se podría llegar a la conclusión de que la separación es una acción de naturaleza real…». Pero aunque los derechos que fundamentan la separación son preferentemente los de carácter real, también ciertos derechos personales pueden fundamentar la separación. Por otro lado mientras una acción de naturaleza real tiene efectos *erga omnes,* la separación solo opera entre quien pretende ejercitarla y el deudor o los administradores concursales (RECALDE, 2004 (1), 1445-1446).

[11] ARIAS VARONA, 2016, 1068-1069.

[12] De acuerdo con el artículo 38.3 LH, siempre que un bien inmueble embargado figure inscrito en el Registro de la Propiedad a nombre de persona distinta del ejecutado (por ejemplo, por causa de doble inmatriculación) y esta presenta la certificación registral correspondiente, se alzará inmediatamente el embargo. Este mandato legal, consecuencia del principio de legitimación registral (*cfr.* también art. 593.3 y 658 LEC), es aplicable en el ámbito del proceso de ejecución universal que es el concurso de acreedores. Así lo señala GASCÓN INCHAUSTI sobre la base del «carácter inderogable y "horizontal" de la normativa registral. Además, el propio tenor literal del precepto [artículo 38.3] deja abierta su aplicabilidad a cualquier procedimiento del que pueda resultar la enajenación forzosa de bienes inmuebles o derechos reales sobre bienes inmuebles, utilizando de modo genérico el término

"vía de apremio", y hay vía de apremio, indudablemente, en los procesos concursales…» (GASCÓN INCHAUSTI, 2000, 25). De acuerdo con el artículo 82.2 y 3 LC, corresponde a la Administración concursal solicitar al Registro de la Propiedad la información sobre los bienes inmuebles inscritos a nombre del concursado. Si de la información registral recabada resultase, por ejemplo, la existencia de una doble inmatriculación (cosa que puede de oficio hacer constar el Registrador en los folios abiertos a la finca, mediante nota marginal expresiva de la misma, art. 209 LH), la Administración concursal de oficio (una vez notificada de la existencia de la doble inmatriculación, art. 209.3.ª LH), y sin necesidad de intervención del tercero separante, deberá excluir el bien en cuestión del inventario de la masa activa. Propiamente hablando, en tal caso no habría uso del derecho de separación del artículo 80 LC, como no es necesario al titular registral, en un procedimiento de ejecución ordinario, el planteamiento de la tercería de dominio. La doble inmatriculación a favor del concursado y del titular del derecho de separación podrá resolverse de forma definitiva por vía extrajudicial (arts. 209 LH y 51.2 y 3 LC, en lo relativo a la transacción), mediante expediente tramitado ante el Registrador de la Propiedad, o bien en vía judicial. En el ámbito judicial, las soluciones a aplicar, según ROCA SASTRE y ROCA SASTRE-MUNCUNILL, serían las siguientes: 1.º. *Prevalece la hoja registral de la inmatriculación más antigua*. Se aplicaría este criterio cuando antes de practicarse la segunda inmatriculación, el titular registral de la primera inmatriculación, aunque no sea el verdadero dueño, ha transmitido la finca a un tercero protegido por la fe pública registral. Entonces la adquisición de este tercero hipotecario prevalece sobre el asiento de inmatriculación posterior del dueño y frente a los adquirentes de este. *2.º. Prevalece la hoja registral que recoja el dominio de mejor derecho según las normas del Derecho civil puro (Código Civil).* Este criterio se aplica si la segunda inmatriculación se practica antes de que haya transmisión a tercero hipotecario por el primer inmatriculante. Entonces, al figurar en los libros dos asientos contradictorios de dominio, ningún tercero puede ampararse en ninguno de ellos para hacer su adquisición inatacable. *Los asientos se neutralizan recíprocamente y no operan los principios hipotecarios, por lo tanto, no opera la fe pública registral* (ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, 1995 (2) 263-272). El problema se resolverá según el Código Civil. El dominio que venza determinará el folio que permanecerá. El otro será cerrado. En este sentido, STS de 13 de noviembre de 2008, en *obiter dicta*. Recientemente, sin embargo, el TS ha matizado esta posición en STS de 19 de mayo de 2015. La Audiencia Provincial había considerado aplicable la doctrina del TS acerca de la neutralización recíproca de los principios registrales en los supuestos de doble inmatriculación, debiendo acudirse a las reglas del Derecho civil, particularmente a la prevalencia de la inscripción de la finca *cuyo dominio sea de mejor condición conforme al Derecho civil puro,* omisión hecha de las normas de índole hipotecaria sobre la materia. Conclusión que extraía del artículo 313 RH y de la STS de 3 de junio de 2011. El TS señala, en cambio, que esta doctrina puede ser aplicada cuando se confronten varios titulares registrales con la condición de tercero hipotecario. Pero en aquellos supuestos en donde la doble inmatriculación dé lugar a la confrontación de un titular registral frente a otro que ostente la condición de tercero hipotecario, resultará preferido este último. A favor de esta solución «no solo juega la *"vis atractiva"* que tiene el principio de fe pública registral, sino también la posición central que ocupa este principio en orden a la seguridad del tráfico». *Por lo tanto, en este segundo supuesto, si se confrontasen dos terceros hipotecarios en los respectivos folios, se neutralizaría la fe pública registral, y debería resolverse la cuestión con arreglo al Derecho civil puro, pero si se confrontase un tercero hipotecario y un titular registral, el folio donde constase el asiento de aquel deberá prevalecer.* Si se determinase judicialmente, pues, el mejor derecho del concursado (con arreglo al Derecho civil puro, o bien por ser tercero hipotecario), el bien se incorporaría a la masa activa y el *verus dominus,* en su caso, no tendría derecho de separación. El TS señaló en la mencionada Sentencia que: a) el único artículo que se refiere a la doble inmatriculación en el ordenamiento jurídico español era el 313 RH [ahora también el art. 209 LH], el cual no contempla un criterio de solución del conflicto; b) de acuerdo al interés casacional que se alega en el presente recurso, debe precisarse el alcance de la doctrina jurisprudencial sobre la neutralización recíproca de los principios registrales en estos casos [de doble inmatriculación]. *Esta doctrina no puede ser aplicada de un modo absoluto, como condicionante de la vigencia del principio de fe*

pública, sino que debe aplicarse en atención a las limitaciones que presente su desarrollo lógico-jurídico en el recorrido en que se proyecte, de acuerdo con las circunstancias y datos registrales del caso objeto de examen. *Lo que podrá llevar a que en determinados casos su recorrido resulte agotado cuando se confronten varios titulares registrales con la condición de tercero hipotecario. Pero su curso no resultará agotado en aquellos supuestos, como el caso que nos ocupa, «en donde la doble inmatriculación dé lugar a la confrontación de un titular registral frente a otro que ostente la condición de tercero hipotecario, resultando preferido este último»*; c) a favor de esta solución no solo juega la "vis atractiva" que tiene el principio de fe pública registral, sino también la posición central que ocupa este principio en orden a la seguridad del tráfico; d) la doctrina de la neutralización de los principios registrales tampoco puede suponer una ruptura o total separación del Derecho registral y del Derecho civil «puro», como a veces se alude; sino más bien lo contrario, «si se tiene en cuenta que [en] la determinación del titular dominical con mejor derecho no parece que puedan excluirse las normas hipotecarias de contenido material que, como tales, deben considerarse desarrollos del Derecho civil, casos, entre otros, del citado artículo 34 o de los artículos 35 y 36 de la LH que regulan la adquisición del dominio y de derechos reales a través de la prescripción adquisitiva (usucapión) en relación con el Registro de la Propiedad».

[13] *Cfr.*, RECALDE, 2014 (1), 1458-1462.

[14] *Cfr.:* ARIAS VARONA, 2016, 1069-1070.

[15] VILLORIA RIVERA, 2014, 283.

[16] RECALDE, 2004 (1), 1454-1455.

[17] RECALDE, 2004 (1), 1446-1447. Artículo 82.5 LC «los bienes de propiedad ajena en poder del concursado y sobre los que este tenga derecho de uso, *no serán incluidos en el inventario, ni será necesario su avalúo, …*».

[18] ARIAS VARONA, 2016, 1071.

[19] VILLORIA RIVERA, 2014, 283. «Es cierto que los rigurosos términos legales (art. 97) parecen impedir que fructifique cualquier pretensión que finalmente desembocara en una modificación del inventario, si no se ejercita a través del procedimiento previsto para la impugnación de aquel documento. Pero no es menos cierto que la Ley ha previsto un plazo extraordinariamente reducido para impugnar el inventario…, por lo que exigir que la separación se realice mediante la impugnación del inventario limitaría muy seriamente la tutela de los titulares del derecho de separación y contradiría radicalmente su condición de persona ajena al concurso que no se ve afectada por este ni soporta sus consecuencias. Además, la exigencia de la impugnación del inventario se opondría a la función meramente informativa que cumple este documento, al que no hay razón alguna para que se le reconozcan efectos materiales de fijación definitiva y no contradecible de los bienes del deudor afectos al pago de sus obligaciones. Por esta razón, deberá admitirse la presentación de demandas de separación sobre bienes o derechos integrados ordinariamente en el inventario pero que en realidad no pertenezcan al deudor *incluso aunque hubiera transcurrido el plazo para la impugnación del informe,* de la misma manera que son posibles las acciones de reintegración después del citado momento, a pesar, una vez más, de los términos literales del artículo 97, que exige la impugnación del inventario o de la lista de acreedores para cualesquiera "pretensiones de modificación de estos documentos". *El plazo aplicable al ejercicio de la acción de separación será, por tanto, el ordinario que rige la acción en que se apoya la pretensión de separación, en función de la naturaleza y características del derecho en que se fundamenta*» (RECALDE, 2004 (1), 1466).

[20] RECALDE, 2004 (1), 1463. Si fuere así, de acuerdo con el artículo 51 LC, el juicio declarativo seguirá sustanciándose ante el mismo tribunal que estuviere conociendo del mismo, hasta la firmeza de la Sentencia. En caso de suspensión de las facultades de administración y disposición del deudor, la administración concursal, en el ámbito de sus competencias, sustituirá al deudor en el procedimiento judicial en trámite, necesitando la autorización del juez del concurso para desistir, allanarse y transigir. En caso de intervención, el deudor conservará la capacidad para actuar en juicio, pero necesitará la autorización de la administración concursal para desistir, allanarse, y transigir. La demanda podrá anotarse preventivamente en el Registro de la Propiedad. Al formarse el inventario, de acuerdo con el artículo 82.4 LC se añadirá una relación de todos los litigios (y por lo tanto del derivado

del ejercicio de la acción reivindicatoria o declarativa del dominio), cuyo resultado pueda afectar a su contenido, informándose sobre viabilidad, riesgos, costes y posibilidades de financiación de las correspondientes actuaciones judiciales.

[21] Señala RECALDE que existen «argumentos de fondo y de Derecho positivo que podrían conducir a la conclusión de que la separación debería desarrollarse a través del procedimiento ordinario aplicable a la acción derivada del derecho en que se basa la separación, sin que esa reclamación procesalmente se viera, por tanto, afectada por el concurso. En efecto, con la institución de la separación se pretende que un bien que está en poder del deudor quede al margen del concurso y que el titular del derecho de separación no soporte las consecuencias de un concurso que debe solo afectar a los bienes del deudor. …La Ley reconoce esta posición extraconcursal desde una perspectiva sustantiva, pero su eficacia se vería muy limitada si no operara en el ámbito procesal. Por otro lado, la misma Ley precisa que la competencia exclusiva y excluyente del juez del concurso afecta solo a "las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del deudor" (art. 8.1.º LC), mientras que la separación se define, precisamente por referirse a bienes y derechos "de propiedad ajena", es decir, que no forman parte del patrimonio del deudor. …Por otro lado, si sobre las ejecuciones de garantías basadas en derechos reales limitados debe ciertamente conocer el juez del concurso, pero en pieza separada y "acomodando las actuaciones a las normas propias del procedimiento judicial o extrajudicial que corresponda" (art. 57.1 LC), no parece razonable que otras acciones de mayor trascendencia y cuyo fundamento ya no se sitúa en derechos reales de carácter limitado sino, eventualmente, en el mismo derecho pleno de propiedad, deban sustanciarse por la vía del incidente concursal. …*A pesar de todas estas razones de fondo y sistemáticas que conducirían a estimar que la demanda de separación debería quedar sometida al procedimiento ordinario previsto para el derecho subjetivo en que se basa la separación, la literalidad de la norma obliga a concluir que el procedimiento aplicable a la separación es el incidente concursal*. En efecto, en el conflicto entre el conjunto de los acreedores concursales y el titular de un bien o derecho que no pertenecen al deudor, la Ley se ha inclinado por favorecer a los primeros. De ahí que se haya pretendido una acumulación de todos los procesos que se interpusieran contra el deudor, fuera de los casos concretos para los que expresamente hubiera previsto un cauce especial. De hecho, cuando la Ley describe las secciones del proceso concursal, indica que la tercera pretende, entre otras cuestiones, determinar la masa activa, así como sustanciar, decidir y ejecutar "las acciones de reintegración y de reducción" (art. 183.3.º) y la separación precisamente tiene el objetivo de reducir la masa. Y sobre todo debe recordarse que la Ley prescribe expresamente la vía del incidente como el cauce procesal que se debe seguir frente a la denegación de la separación por parte de la administración concursal cuando la petición se ejercitó extrajudicialmente (art. 80). No parece razonable, por ello, que el titular del derecho de separación deba actuar por el cauce del incidente concursal cuando se denegara su reclamación extrajudicial y que, sin embargo, pueda actuar al margen de este trámite procesal —previsto con carácter general para todas las cuestiones que se suscitan durante el concurso (art. 192.1)— cuando directamente solicite ante los órganos judiciales la separación de un bien o de un derecho. Es cierto que la Ley solo señala que "contra la decisión denegatoria de la administración concursal *podrá* plantearse incidente concursal" (art. 80.2), lo que podría llevar a la conclusión de que serían posibles otras vías procedimentales; pero el término "podrá" se debe entender como la facultad de ejercitar la acción de separación y no como una vía —entre otras— de proceder. …*[No obstante] "…cuando la separación se dirija a la modificación de inscripciones que consten en un registro público oficial, habrá de seguirse el procedimiento legal establecido en la correspondiente legislación especial para la modificación de los datos registrales"*» (RECALDE, 2004 (1), 1464-1465).

[22] ARIAS VARONA, 2016, 1071.

[23] El procedimiento para la práctica de esta anotación es el mismo establecido para la anotación preventiva de embargo, o sea, se practica en virtud de mandamiento judicial, librado a instancia del demandante, que haya obtenido resolución judicial imponiendo al concursado demandado la prohibición de disponer.

[24] RECALDE, 2004 (2), 1468.

[25] RECALDE, 2004 (2), 1469-1470. Para obtener la protección registral de los artículos 32 y 34 LH (sobre que el tercero del artículo 32 LH es el mismo tercero que el del artículo 34 LH, *vid*., JIMÉNEZ PARÍS, 2005) y verificar una adquisición *a non domino*, *el tercero, a quien el concursado enajenó el bien inmueble antes de la declaración de concurso no siendo el verdadero propietario, deberá reunir los siguientes requisitos*: 1) Debe tratarse de un tercer adquirente a título oneroso, pues de acuerdo con el artículo 34.3 LH, los adquirentes a título gratuito no gozarán de más protección registral que la que tuviera su causante o transferente. El título oneroso en virtud del cual se verifique la adquisición puede ser un negocio jurídico voluntario, o una venta forzosa (art. 594.1 LEC), debiendo ser válido en sí mismo, abstracción hecha del defecto de titularidad del transmitente. STS de 5 de marzo de 2007 (Pleno), 16 de marzo de 2007, 20 de marzo de 2007, 7 de septiembre de 2007 (Pleno), 5 de mayo de 2008 y 20 de julio de 2010. *Cfr.*: STS de 23 de mayo de 1989, 8 de marzo de 1993, 25 de marzo de 1994, 25 de julio de 1996. Si el título fuese inválido, el tercer adquirente no resultaría protegido por el artículo 34 LH, sino que se aplicaría el artículo 33 LH («la inscripción no convalida los actos o contratos nulos con arreglo a las leyes»), y ya no estaríamos en el ámbito del artículo 81 LC. 2) Ser un adquirente de buena fe. De acuerdo con el artículo 34.2 LH la buena fe del tercero hipotecario consiste en el desconocimiento de la inexactitud del Registro. O sea, el convencimiento de que el Registro es exacto y por lo tanto que el titular registral (luego concursado) es el verdadero dueño y tiene poder de disposición para transmitir. En los casos de representación legal, la buena fe la debe tener el representante; en los casos de representación voluntaria, la buena fe debe concurrir también en el representado. Se ha discutido doctrinalmente si sobre el tercero hipotecario recaía o no un deber de diligencia, esto es, si no sería protegido si tuvo medios racionales y motivos suficientes para conocer que el Registro era inexacto o que existía un poseedor de hecho y en concepto de dueño diverso de su transmitente (art. 36 LH). Para algunos autores, el artículo 36 LH era un precepto excepcional, pensado exclusivamente para la *usucapión contra tabulas,* y el artículo 34 LH no exigiría que la buena fe-desconocimiento tuviera que adicionarse con una diligencia razonable. Aunque el TS mantenía esta posición de forma dominante, lo cierto es que recientemente ha acogido una concepción de buena fe-desarrollo de la diligencia debida en STS de 7 de septiembre de 2007 (Pleno). *Vid*.: STS de 13 de mayo de 2013. En relación con la buena fe registral, la STS de 19 de mayo de 2015, con cita de la STS de 12 de enero de 2015, señala que en la configuración de la buena fe se han desarrollado dos líneas enfrentadas: la que considera que la buena fe responde a un estado psicológico del tercero en orden a la creencia de que el titular registral es verdadero dueño y ostenta poder de disposición, de manera que la ignorancia de la realidad jurídica no desvirtúa la protección otorgada con base en esa creencia; y la que considera que la buena fe responde a una actuación diligente conforme a unos criterios o pautas de comportamiento socialmente aceptados; de ahí que, a diferencia de la anterior concepción, sea suficiente (para ser protegido), padecer un error excusable, esto es, que no hubiera podido ser vencido actuando diligentemente. Así pues, en el ámbito de la adquisición de los derechos reales, no basta la creencia a que se refiere literalmente el artículo 1950 del Código Civil, sino que se requiere del complemento de un «estado de conocimiento» del adquirente acerca de la legitimación del transmitente para poder transmitir el dominio; aspecto al que igualmente le es aplicable una carga ética de diligencia «básica» que haga, en su caso, excusable el error que pudiera sufrir el adquirente respecto del conocimiento de la realidad del curso transmisivo operado y, en su caso, de la discordancia con la información ofrecida por el Registro. La cuestión, pues, dada la presunción de buena fe del artículo 34 LH, es la medida o grado de diligencia exigible que hubiera permitido salir del error o desconocimiento de la situación y conocer la discordancia existente entre la información registral y la realidad dominical de que se trate. No puede tal grado de diligencia plantearse en abstracto respecto del examen de cualquier defecto, vicio o indicio que pudiera afectar a la validez y eficacia del negocio dispositivo realizado, sino que debe proyectarse y modularse en el marco concreto y circunstancial que presente la impugnación efectuada por el titular extrarregistral a tales efectos. En el caso de la STS de 11 de julio de 2012, dicha caga de diligencia se consideró que no podía extenderse con relación a cualquier posesión o indicio de la misma que se hubiera debido o podido conocer, sino solo a una

situación posesoria clara y manifiesta que se ejercite en concepto de dueño y que, por tanto, contradiga o ponga en seria duda la exactitud de la información registral, con relación al derecho inscrito [pero, *vid*., art. 14 LAU]. Se ha discutido doctrinalmente también en qué momento debe ostentar buena fe el tercero hipotecario. Si le basta ostentarla en el momento de contratar (como piensa LACRUZ), o en el momento de otorgamiento del título público inscribible (GARCÍA GARCÍA), o debe perdurar al recibir la *traditio* (ROCA SASTRE, ROCA SASTRE-MUNCUNILL, VALLET DE GOYTISOLO, COSSÍO Y CORRAL, DE CASSO ROMERO, MARTÍN BALLESTEROS HERNÁNDEZ, GONZÁLEZ ENRIQUEZ, VALPUESTA FERNÁNDEZ) o debe estar presente también en el momento de presentar el título a Registro (SANZ FERNÁNDEZ, GÓMEZ GÓMEZ) o incluso en el momento de practicarse la inscripción (CLEMENTE MEORO, RUBIO GARRIDO, CANO TELLO, GORDILLO CAÑAS, JIMÉNEZ PARÍS, 2006). El Tribunal Supremo se inclina por el momento de la adquisición (esto es, de recibir la *traditio, en la jurisprudencia de la Sala 1.ª, vid, STS de 2 de julio de 1965, 31 de enero de 1975, 5 de diciembre de 2002 y 4 de mayo de 2006, no así en el caso de la jurisprudencia de la Sala 2.ª, vid, STS de 13 de febrero de 2007*). En nuestra opinión debería perdurar hasta el momento de la inscripción ya que la protección registral se funda en la buena fe, y mal se compagina la buena fe con un conocimiento de la realidad registral previo al momento de la inscripción (que es el momento de la adquisición *a non domino*). Por otro lado, si al adquirir el tercero hipotecario la finca creyese que la adquiría como libre (ya que como tal figuraba en los libros) y resultase que en la realidad jurídica extrarregistral estaba gravada con un derecho real limitado o un embargo trabado y tal derecho o la anotación de embargo accediesen con carácter previo al Registro, el tercero hipotecario tendría que soportarlos (pues lo inscrito antes le perjudica y tiene mejor rango que su derecho). Luego de nada le habría servido ostentar buena fe en el momento de recibir la *traditio*. Es por este motivo que también hay STS que refieren la buena fe al momento de la inscripción (*Vid*., STS de 7 de abril de 2000). Por lo tanto, en nuestra opinión, la buena fe debe ostentarse en el momento de contratar, de adquirir, de presentar el título a Registro, y de inscribirse el título. Esto significa que si por cualquier causa, antes de practicarse la inscripción en el Libro de Inscripciones por el Registrador, el tercero conociese la inexactitud registral se aplicaría el principio *mala fides superveniens nocet* recogido en el artículo 435 del Código Civil, y aplicable en la usucapión ordinaria, y esa mala fe sobrevenida le impediría obtener la protección registral (del mismo modo que impide al usucapiente consumar una usucapión ordinaria, debiendo continuar usucapiendo como extraordinaria, arts. 1940 y 1957 del Código Civil). La buena fe del tercero se presume siempre mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro (art. 34.2 LH) o que no desarrolló la diligencia debida (art. 36.1.a) LH), si bien también cabría sostener que el tercero hipotecario para ser protegido debe probar que desplegó la debida diligencia. 3)— Haber adquirido el derecho de quien en el Registro aparecía con facultades para transmitirlo. Este requisito supone, según el TS, haber celebrado el negocio jurídico adquisitivo *con el titular registral (haber contratado con él)*. (STS de 26 de febrero de 1949, 24 de abril de 1962, 22 de noviembre de 1963, 12 de noviembre de 1970, 25 de marzo de 1994, 22 de abril de 1994, 3 de julio de 1997, 6 de abril de 1999, 22 de junio de 2001, 17 de octubre de 2001), requisito que no se cumple si el título del transferente está meramente presentado o si el título del transferente no consta ni tan siquiera presentado en el momento de otorgar la escritura y es presentado después junto con el título del tercero (caso en que se cumple el requisito del tracto sucesivo, art. 20 LH, pero no el del art. 34 LH). 4) Haber recibido *traditio* si el negocio jurídico dispositivo la exigía (al menos mediante el otorgamiento de escritura pública (art. 1462.2.º del Código Civil) o mediante el otorgamiento del testimonio del decreto de aprobación de remate o de la adjudicación (en las ventas forzosas). 5. Haber inscrito su derecho. Cumplido este requisito el tercer adquirente se convierte en tercero hipotecario, obteniendo la protección de la fe pública registral. Si simplemente se practicase un asiento de presentación o una anotación preventiva por defecto subsanable, pero no llegase a practicarse la inscripción, no operaría la fe pública registral, porque es requisito ineludible para ello ser titular registral (art. 38 LH). Sobre que los requisitos del artículo 34 LH deben interpretarse de forma estricta, *vid.*, STS de 10 de abril de 2015 (*Cfr*., SÁNCHEZ CALERO y SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, 2015, 159-163; JIMÉNEZ PARÍS, 2006).

[26] La LC prefiere utilizar una expresión más cercana a la irreivindicabilidad que a la adquisición *a non domino* en su artículo 81. Es indudable que el artículo 34 LH, en coordinación con otros preceptos, dispensa al tercer adquirente una protección que excepciona el *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse haberet* (Digesto, Libro L, Tit. 17, *De regulis iuris,* frag. 54) y su consecuencia: *ubi rem meam invenio, ibi vindico*. ¿Pero en qué consiste esta protección; en qué consiste la inmunidad del tercero? Como dice CASTÁN TOBEÑAS, «la inmunidad del tercero, ligada a la fe pública del Registro, es, en el Código alemán, un modo de *adquirir (a non domino),* mientras que en la ley española es un modo de *retener o mantener*» (CASTÁN TOBEÑAS, 1992, 439). El autor sigue en este sentido a Rafael NÚÑEZ LAGOS, quien ya escribió en octubre de 1948 lo siguiente: «Se ha dicho en España que el efecto del artículo 34 de la Ley es la adquisición *a non domino.* El texto de la ley únicamente dice que el tercero será *mantenido* en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho. No cabe duda que para que este derecho sea mantenido, la adquisición tendrá que llegar a ser irrevocable *en manos* del tercero. Pero una cosa es la irreivindicabilidad y otra cosa diferente la adquisición *a non domino.* Es decir, se puede hablar de adquisición *a non domino* como consecuencia de la irreivindicabilidad; como en Alemania se puede hablar de irreivindicabilidad como un efecto de la adquisición *a non domino.* … En los Derechos austríaco, suizo y español, no hay *directamente* adquisición *a non domino.* Únicamente, por vía de *consecuencia* y rebote de la *negatio actionis.* Solo en el Derecho alemán existe la adquisición *a non domino* entre los medios de adquirir el dominio. La irreivindicación es una *consecuencia* en el BGB; y un *principio* en Austria, Suiza y España» (NÚÑEZ LAGOS, 1949, 248-249). Esta misma posición es la mantenida por VALLET DE GOYTISOLO quien afirma: «Recordemos que —como dijo y explicó NÚÑEZ LAGOS…— en el Derecho español como en el austríaco y en el suizo no hay *directamente* adquisición *a non domino*, sino por rebote de la *negatio actionis,* característica de la *irreivindicabilidad* contra el titular inscrito que posea como dueño. Y aún debe añadirse que lo obtenido por la *adquisitio a non domino* es una propiedad o dominio *relativo…*» (VALLET DE GOYTISOLO, 2003, 929). «…es decir, tan solo [hay adquisición *a non domino*] frente a quien no sea el verdadero dueño, quien, no obstante, no podrá reivindicar del tercero inscrito a título oneroso y de buena fe mientras este conserve su titularidad registral y posea o pueda recuperar la posesión en los supuestos que admite el artículo 36 b) LH» (Ibídem, 930). ¿Qué contempla el artículo 34 LH? ¿Una adquisición *a non domino* directa o una irreivindicabilidad que desemboca en una adquisición *a non domino* relativa? Desde luego no estamos ante una usucapión instantánea, como ha pretendido algún autor, usucapión instantánea que implica de suyo una *contradictio in terminis*. La letra del precepto abona más la tesis de la irreivindicabilidad pues no se afirma que el tercero «adquirirá irrevocablemente», sino simplemente que «será mantenido en su adquisición», como pone de relieve CASTÁN TOBEÑAS (*Vid*., también arts. 73 LC y 594 LEC). La discusión en torno a si el artículo 34 LH produce una adquisición *a non domino* o una irreivindicabilidad que da lugar a una *adquisición a non domino* relativa no es baladí sino que tiene sus repercusiones prácticas. Según esta última posición el *verus dominus* conserva un dominio que podrá hacer efectivo en numerosos casos. Según la primera posición el *verus dominus* pierde definitivamente su dominio salvo los casos particulares de algunas readquisiciones por el no legitimado para disponer (ROCA-SASTRE MUNCUNILL). Hemos dicho que para la tesis de la irreivindicabilidad la cosa no puede ser reivindicada por el *verus dominus* mientras el tercero hipotecario sea titular registral y posea o pueda poseer con arreglo al artículo 36 b) LH. Pero puede ocurrir que el tercero hipotecario pierda su posesión como hecho y como derecho por efecto de un despojo. En tal caso el *verus dominus* podrá ejercitar su acción reivindicatoria para recuperar la cosa. Puede ocurrir también que el *verus dominus* recupere de algún modo la posesión de la cosa, y si tal hizo, sin fuerza y sin engaño, como decían las Partidas (Ley XXI, Tit. XXIX, Partida 3.ª), podrá retener la cosa suya para sí. Puede ocurrir asimismo que readquiera la cosa el que efectuó el acto traslativo al tercero hipotecario sin estar legitimado para disponer (en nuestro caso, el concursado, por ejemplo, por título de herencia o de donación). En tal caso el *verus dominus* también podría hacer valer sus acciones frente al readquirente concursado y recuperar la cosa, mediante el ejercicio del derecho de separación (art. 80 LC). Según la tesis doctrinal de ROCA-SASTRE MUNCUNILL el tercero hipotecario adquiere directamen-

te *a non domino,* perdiendo su derecho y acciones el *verus dominus* (o sea, el separante), y «cualquier persona de la serie sucesiva de derechohabientes de un adquirente inscrito protegido por la fe pública registral podrá invocar en su provecho la pretérita actuación de la fe pública del Registro» (art. 34. 3.º LH, referido a los adquirentes a título gratuito pero aplicable por analogía a las posteriores adquisiciones que no reúnan todos los requisitos para gozar de la protección registral). (ROCA SASTRE, y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, 1995, 285 y 286). El problema surgiría en caso de readquisición de la finca por parte del titular registral no legitimado para disponer. Como consecuencia de lo expuesto anteriormente, el readquirente (concursado) será protegido frente al separante a menos que se tratase de supuestos particulares, como, por ejemplo, en caso de retracto convencional o cuando interviniese en el juego de readquisición confabulación fraudulenta pues habría una continuidad dolosa (*Cfr.:* Ibídem. 285, 286 y 287). Según ROCA SASTRE, pues, la readquisición por el concursado como consecuencia de herencia o donación, no permitiría el juego del derecho de separación del artículo 80 LC, al *verus dominus, por aplicación del artículo 34.3 LH. Ahora bien, hay que pensar que al separante le interesa defender que aun* en la hipótesis de que en la letra del artículo 34 LH cupiera tanto la adquisición *a non domino* como la irreivindicabilidad, la consideración de que el artículo 34 LH es norma excepcional y que «*exceptio est strictissimae interpretationis*», conduciría a la conclusión de que el precepto habría de tomarse de forma que alterase lo menos posible las reglas que rigen las adquisiciones derivativas y, por lo tanto, como dispensador de una protección consistente en una irreivindicabilidad que desemboca en una adquisición *a non domino* relativa. La adquisición *a non domino* se produciría de hecho, como dice VALLET, cuando nadie puede reivindicar. De manera que la readquisición por el concursado permitiría el uso del artículo 80 LC al *verus dominus*. Esta posición, sin embargo, deja en segundo término los derechos de los acreedores del concursado.

[27] ARIAS VARONA, 2016 (2), 1073. Parece, pues, que al separante le bastaría justificar que hay una adquisición inscrita en el Registro de la Propiedad a nombre de un tercero que contrato a título oneroso con el concursado, antes de la declaración de concurso, pues la buena fe de este tercero se presume, debiendo, en todo caso, demostrar la administración concursal la ausencia de alguno de los requisitos para la protección de la fe pública, esto es la reivindicabilidad. De lo contrario, es decir, de no aportarse tal prueba, tal inscripción bastará para que deba operar en favor del separante el artículo 81 LC.

[28] RECALDE, 2004 (2), 1469-1470.

[29] En este caso se está admitiendo, excepcionalmente, la facultad de separar el derecho a la contraprestración que aún se debe al deudor concursado por el citado bien, permitiendo su extracción de la masa. Se trata de una estricta separación del crédito debido por el tercero, al que no se aplicarán las reglas del concurso, pues se podrá hacer valer directamente por el propietario frente al tercero (RECALDE, 2004 (2), 1470).

[30] Esta segunda opción se ejercitará cuando el tercero no deba ninguna contraprestación, por haberla ya satisfecho al concursado, «pero la Ley no excluye la posibilidad de reclamar en el concurso el crédito por el valor del bien, incluso cuando subsistiera el deber del tercero de satisfacer la contraprestración» (RECALDE, 2004 (2), 1470). A la hora de determinar el valor del bien la Ley atribuye al separante un *ius electionis* pudiendo fijarse dicho valor por el que tuviera el bien en el momento de la enajenación (aunque este valor resultara menor tras la declaración de concurso), o por el valor que tuviera el bien en el momento de ejercitarse el derecho del artículo 81 LC (*Op. cit.,* Loc. Cit.).

[31] *Cfr.,* ARIAS VARONA, 2016 (2), 1073-1075.

[32] Señala RECALDE que la aplicación del plazo general de comunicación de los créditos (arts. 21.1.5.º y 92.1.º LC) no es razonable en el caso del artículo 81 LC, «pues este precepto presupone la susceptibilidad de la separación de un bien que ya no se puede separar y esta facultad tuvo que haber sido reconocida. Por ello la ley ha optado para fijar como *dies a quo* para el cómputo del plazo de un mes en el que se debe comunicar el crédito, el de la fecha en que, habiéndose solicitado la separación de un bien o derecho, esta hubiera sido reconocida. La Ley ha tenido en cuenta que la separación se puede reconocer extrajudicialmente, por la administración concursal, o judicialmente, sea directamente o como consecuencia de la denegación de la separación por la administración concursal (art. 80.2 LC), de modo que

el *dies a quo* será respectivamente, el de "la aceptación por la administración concursal" o el de "la firmeza de la resolución judicial que hubiere reconocido los derechos del titular perjudicado". Transcurrido el plazo de un mes se producirán las consecuencias establecidas con carácter general para la comunicación tardía del crédito» (RECALDE, 2004 (2), 1471).

[33] RECALDE, 2004 (2), 1472.

[34] RECALDE, 2004 (2), 1472.

[35] RECALDE. 2004 (2), 1473.

[36] RECALDE, 2004 (2), 1473.

[37] Así, por ejemplo, si el tercero no ha contratado con titular registral. Si el concursado, que no es titular registral, hubiese enajenado el bien con anterioridad a la declaración de concurso, primero al separante, y luego a un tercero que hubiese inmatriculado la finca, este tercero no ostentaría una posición irreivindicable y el bien podría ser reclamado del mismo, no operando el artículo 81 LC (*Vid*, a este respecto, JIMÉNEZ PARÍS, 2005, 331-509). Defendiendo la tesis monista tras la reforma operada en la LH por Ley 13/2015, de 24 de junio, de reforma de la LH y del TR de la Ley del Catastro Inmobiliario, *vid.*, JIMÉNEZ GALLEGO, 2016, 151-154 y 398-400. Defendiendo la tesis dualista del tercero hipotecario tras dicha reforma, *vid.,* GARCÍA GARCÍA, 2016, 929-932; 947 y 1141-1142. Sobre la interpretación de los artículos 207 y 208.5.ª LH, *vid.,* PÉREZ RAMOS, 2016, 146-151. *Vid,* también STS de 21 de enero de 1992; 15 de enero de 2001; 13 de noviembre de 2008 y 22 de enero de 2010. El artículo 208.5.ª LH señala que «no perjudicarán *al titular de buena fe a cuyo favor hubieran sido practicadas las inscripciones resultantes del expediente a que se refiere este artículo*, *cualquiera que fuese la naturaleza del título en que se funde*, los títulos de dominio o de otros derechos reales contradictorios con el del solicitante que no hubieran sido inscritos en el Registro con anterioridad». Este precepto parecería recoger la regla del artículo 32 LH, interpretado en sentido dualista, en favor del titular del expediente que fuese de buena fe (ya hubiese adquirido su derecho a título oneroso o gratuito). Sin embargo, una lectura más detenida del precepto lleva a las siguientes conclusiones. La regla del artículo 203.7.ª LH, ordenando la publicación de edictos, tras practicar la inscripción reanudadora del tracto sucesivo, es perfectamente aplicable según lo dispuesto en el artículo 208.2.ª LH, cuando remite al expediente del artículo 203 LH, no estableciendo ninguna especialidad al respecto. Tal publicación carece de sentido si va a aplicarse en todo su rigor la regla del artículo 32 LH. Además, el artículo 208.5.ª LH habla de que los derechos reales no inscritos no perjudicarán al titular de buena fe *a cuyo favor hubieran sido practicadas las inscripciones,* plural que se refiere a dos inscripciones, la del solicitante que reanuda el tracto y la del tercero de buena fe que adquiere del mismo (que por lo tanto, tiene que ser un tercero del art. 34 LH), en favor del cual ha sido practicada *la inscripción resultante del expediente, en cuanto esta produce en su favor la presunción iuris et de iure de exactitud e integridad del Registro.* Esto es, el legislador querría aclarar, que en este expediente no opera la suspensión de efectos prevista en el artículo 207 LH para ciertos procedimientos inmatriculadores, pese a que podríamos considerar que estamos en presencia de un reingreso de la finca cuyo tracto se ha roto en el Registro, precisamente porque el procedimiento se basa en las reglas del expediente de dominio inmatriculador y en este no opera tal suspensión de efectos de la fe pública registral (art. 207 LH *a sensu contrario*).

[38] RECALDE, 2004 (2), 1473.

[39] RECALDE, 2004 (2), 1473-1474.

2. DERECHO MERCANTIL

La imperatividad de los plazos de pago en la Ley de medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales y su tratamiento en los contratos internacionales

The imperative nature of payment terms under the Spanish Act on measures to combat delinquency in commercial transactions and its treatment in international contracts.

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación
Profesor de Derecho Civil y Abogado

RESUMEN: El Tribunal Supremo en Sentencia de 23 de noviembre de 2016 ha reconocido el carácter imperativo de los plazos de pago previstos en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, resultando que pueden existir ciertas complicaciones en la práctica para la aplicación de dicha imperatividad en el sector de la contratación internacional, en función de la legislación y jurisdicción aplicable al caso, así como en razón a la posible consideración como ley de policía de la misma.

ABSTRACT: The Supreme Court's ruling of 23 November 2016 recognises the imperative nature of the payment terms set in Act 3/2004 of 29 December establishing measures to combat delinquency in commercial transactions. In practice, applying imperative payment terms in international contracts may involve certain complications, depending on the legislation and jurisdiction applicable in each case, as well as the possible consideration of the act as a police law.

PALABRAS CLAVE: Derecho de Contratos. Morosidad en las operaciones comerciales. Contratos internacionales.

KEY WORDS: Contract law. Delinquency in commercial transactions. International contract.

SUMARIO: I. LA IMPERATIVIDAD DE LOS PLAZOS DE PAGO Y LA SANCIÓN DE NULIDAD.—II. LA CUESTIÓN EN LA CONTRATACIÓN INTERNACIONAL.—III. BIBLIOGRAFÍA.—IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. LA IMPERATIVIDAD DE LOS PLAZOS DE PAGO

La reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2016 núm. 688/2016 de 23 de noviembre de *(RJ* 2016, 5839), ha reconocido el carácter imperativo de los plazos de pago previstos en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, razonando lo siguiente:

> «En primer término, con relación al alcance de la limitación de la determinación del plazo para el pago, debe precisarse que la posibilidad, por el legislador nacional, de configurar dicha limitación con carácter imperativo para las partes contratantes encuentra un claro encaje con lo dispuesto en la Directiva 2011/7/UE (LCEur 2011, 220), pues su artículo 12.3 expresamente prevé que los Estados miembros puedan «mantener o establecer disposiciones que sean más favorables para el acreedor que las necesarias para cumplir la presente Directiva».
>
> Sentado lo anterior, hay que señalar que la opción por el carácter imperativo de la limitación del plazo (como norma de *ius cogens*) fue la que ya ejercitó nuestro legislador con la modificación introducida por la Ley 5/2010, de 5 de julio. Opción que reflejó no solo el propio tenor del artículo 4.1 de dicha Ley, sino también el Preámbulo de la misma en atención a las finalidades y objetivos que informaban las modificaciones operadas respecto del texto inicial de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre. Carácter imperativo de la limitación del plazo que, a su vez, ha sido respetado por la posterior reforma introducida por la LMAE, de 2013, en donde el artículo 4.3 dispone con claridad que «Los plazos de pago indicados en los apartados anteriores podrán ser ampliados mediante pacto de las partes sin que, en ningún caso, se pueda acordar un plazo superior a 60 días naturales».
>
> En esta línea, la interpretación sistemática de la normativa aplicable debe ajustarse a esta razón de imperatividad de la limitación del plazo para el pago. Razón que no solo encuentra fundamento en la ordenación o estructuración de la norma, en donde el artículo 4 regula específicamente la determinación del plazo, sino también y, sobre todo, en que la limitación prevista constituye una de las finalidades u objetivos queridos por el legislador a tenor del propio Preámbulo de la norma. En este sentido, además, la antinomia existente entre el artículo 4 y 9 de la citada Ley 5/2010, que 5 de julio, ha dejado de tener consistencia tras la modificación de este último artículo por la LMAE que ha suprimido la perturbadora referencia al «carácter subsidiario» de los plazos fijados por LLCM, con lo que la razón de imperatividad de la limitación del plazo para el pago resulta fortalecida en el plano de la interpretación sistemática de la normativa aplicable, conforme también a la última reforma llevada a cabo por el legislador.
>
> De lo anteriormente señalado, pueden extraerse los siguientes criterios de interpretación. Así, en primer lugar, el carácter imperativo para las partes de la limitación temporal establecida por la norma para el plazo del pago comporta que todos aquellos pactos que exceden de dicho límite temporal, 60 días naturales, resulten nulos de pleno derecho por contravención de lo dispuesto en la norma imperativa (art. 6.3 del Código Civil [LEG 1889, 27]). En segundo lugar, esta limitación legal del

> plazo, como regla general, presenta como única excepción, prevista en el propio artículo 4.2 LLCM, aquellos supuestos de contratación que bien por mandato legal, o bien por pacto expreso, comporten procedimientos de aceptación o comprobación que verifiquen la conformidad con los bienes o servicios prestados, pues en tales supuestos el límite legal del plazo se puedan extender hasta los 90 días naturales contados desde la fecha de la entrega de los bienes o la realización de la prestación de los servicios. Por último, de acuerdo con lo señalado, el control de abusividad previsto en el artículo 9 LLCM ópera, necesariamente, dentro del plazo marcado por la limitación temporal establecido por la norma, pues más allá del mismo la sanción contemplada no es otra que la nulidad del pacto por ser contrario a la norma imperativa. Conclusión acorde tanto con la función tuitiva de la norma, como con la conveniencia de una interpretación que fije con claridad los criterios de aplicación normativa».

Conforme al razonamiento anterior del Tribunal Supremo y la interpretación que el mismo realiza sobre esta cuestión, hemos de tener presente lo que a continuación exponemos, en cuanto a lo que en este momento nos ocupa:

i) El carácter imperativo del genérico plazo de pago de 60 días naturales a que hace referencia el artículo 4.1 de la Ley no solo se deduce de una interpretación literal del mismo, sino del carácter que imprimió el legislador a la reforma operada en dicha norma en el año 2010, según el Preámbulo de dicha reforma legislativa, resultando dicho ámbito de protección el espíritu y finalidad de la referida reforma legal.

ii) El ámbito de protección imperativo que ha otorgado el legislador español al plazo de pago de 60 días *ex* artículo 4.1 de la Ley 3/2004, es conforme a la Directiva 2011/7/UE (LCEur 2011, 220), pues su artículo 12.3 expresamente prevé que los Estados miembros puedan «*mantener o establecer disposiciones que sean más favorables para el acreedor que las necesarias para cumplir la presente Directiva*».

iii) La sanción derivada del incumplimiento de esta imperatividad de los plazos de pago es la nulidad de pleno derecho del acuerdo al respecto, por aplicación de lo previsto en el artículo 6.3 del Código Civil, ya que el control de abusividad a que hace referencia el artículo 9 de la Ley 3/2004 solo puede operar dentro del margen del plazo legalmente permitido, es decir, dentro de los 60 días naturales a que hace referencia el meritado artículo 4.1 de la Ley 3/2004.

Coincidimos con el Tribunal Supremo en el fallo de esta Sentencia, es decir, la sanción de nulidad de la contravención de la norma imperativa de los plazos de pago previstos en el artículo 4.1 de la Ley 3/2004, aunque alguna matización podría realizarse en cuanto a la calificación de la mencionada imperatividad en lo que respecta a la contratación internacional, por las repercusiones que sobre la materia pudieran tener las cláusulas de elección de ley y jurisdicción aplicables.

En el ámbito de los *Principles European Contract Laww* (PECL), los contratos que vulneren normas imperativas se encuentran regulados en el artículo 15:102 al disponer lo siguiente:

> «*(i) Cuando un contrato vulnere una norma imperativa aplicable conforme al artículo 1:103 de los presentes Principios, los efectos de dicha infracción sobre el contrato serán los que hubiese previsto expresamente, en su caso, dicha norma imperativa. (2) En los casos de normas impera-*

> *tivas que no hubiesen previsto expresamente los efectos de su infracción respecto de un contrato, este podrá declararse plenamente eficaz, parcialmente eficaz, ineficaz o someterse a modificación. (3) Cualquier decisión que se adopte conforme al apartado (2) deberá constituir una respuesta adecuada y proporcionada a la infracción, a la vista de todas las circunstancias relevantes, entre las que se incluyen: (a) la finalidad de la norma infringida; (b) las personas a quienes trate de proteger dicha norma; (c) toda sanción que quepa imponer conforme a la norma vulnerada; (d) la gravedad de la infracción; (e) la intencionalidad de la infracción; y (f) la mayor o menor relación entre la infracción y el contrato».*

Por lo tanto, el sistema de los PECL es similar a nuestro artículo 6.3 del Código Civil, artículo 294 del Código Civil portugués, artículo 174 del Código Civil griego y 134 del BGB alemán, al disponerse que los actos contrarios a una prohibición legal serán nulos salvo que de la propia ley quepa deducir la intención contraria del legislador.

De esta forma, CARRASCO[1] distinguió hasta seis modelos propuestos por nuestro Tribunal Supremo para la aplicación del artículo 6.3 del Código Civil.

«Primer modelo. Es el propuesto por la Sentencia de 19 de octubre de 1944. Según este modelo, "el artículo (6,3.°) se limita a afirmar un principio de gran generalidad, lo que restringe mucho su aplicación práctica (…); no ha de ser interpretado con criterio rígido… sino flexible, y teniendo en cuenta que no es preciso que la validez sea ordenada de modo expreso y textual, sin que quepa pensar que toda disconformidad con una ley cualquiera o toda omisión de formalidades legales, que pueden ser meramente accidentales con relación al acto de que se trate, haya siempre de llevar consigo la sanción extrema de nulidad (…)" y más cuando el conflicto recae sobre una materia de gran complejidad, que no puede quedar resuelto por la nuda y aislada aplicación del artículo 4 del Código Civil».

Segundo modelo. Se construye a partir de la Sentencia de 28 de enero de 1958. El Tribunal Supremo repite aquí los criterios elaborados en 1944, pero añade una nueva regla de exclusión de aplicación del artículo 4 del Código Civil. Esta norma no se aplicará «cuando haya una legislación especial en la materia».

Tercer modelo. Lo inaugura la Sentencia de 27 de febrero de 1964. Después de repetir rutinariamente la doctrina de 1944, el Tribunal Supremo añade ahora que los actos nulos tienen que clasificarse en tres categorías: aquellos cuya nulidad se funda en un precepto específico y terminante; aquellos que, siendo contrarios a la ley, esta dispone, con todo, su validez; y, por fin, actos que contrarían un precepto legal, sin que este diga expresamente nada sobre su validez o nulidad. En este último caso, «el juzgador ha de extremar aquí su prudencia, en uso de una facultad hasta cierto punto discrecional, analizando la índole y finalidad del precepto y la naturaleza y los móviles, circunstancias y efectos previsibles de los actos (…) y será válido el acto si la levedad del caso así lo aconseja (…) y habrá que sancionar con nulidad si median trascendentales razones que patenticen al acto como gravemente contrario a la ley, la moral o el orden público, encontrándose infeccionados de lo que el Código Civil llama causa torpe».

Cuarto modelo. En la Sentencia de 26 de mayo de 1964, el Tribunal Supremo ofrece un criterio de aplicación del artículo 6, 3° del Código Civil tal que reduce la norma al mínimo de su significación posible, hasta el punto de hacerla un precepto inútil. «El artículo 4 del Código Civil no es, de por sí, bastante para fundar en él mismo una declaración de nulidad».

Quinto modelo. Lo elabora la Sentencia de 10 de noviembre de 1964 y es confirmado por otras posteriores. Hace suyos los criterios anteriormente expuestos, pero especifica ahora un criterio nuevo, a partir del cual el Tribunal habrá de decidir en favor de la nulidad: «a cuando se trate de acto constitutivo de estado o condición para cuya eficacia exija la ley determinados requisitos, y falte alguno esencial en el evento de que se trata».

Sexto modelo. La Sentencia de 17 de octubre de 1987 no discrimina ninguno de los criterios de decisión suministrados por el propio Tribunal Supremo desde 1944. Ofrece todos al lector, prueba manifiesta de que ninguno de ellos tiene la suficiente capacidad para suministrar una decisión generalizable en base a reglas. La novedad de esta Sentencia es que el propio Tribunal declara que la doctrina existente «se completa» con la nulidad parcial de los contratos en los que solo algún pacto resulte contrario a la ley, y «siempre que conste, además, que se habría concertado aún sin la parte nula».

Más recientemente y con carácter general, la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 2010 *(RJ* 2010, 2677), tras la nueva doctrina de las nulidades por infracción de normas administrativas que sentó la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Pleno) de 10 de octubre de 2008 *(RJ* 2008, 56871), resume la doctrina jurisprudencial sobre la nulidad del negocio jurídico, del siguiente tenor:

> «*La Sentencia de 9 de octubre de 2007, con cita de otras, ha declarado que "Por lo que atañe a la jurisprudencia de esta Sala, la Sentencia de 25 de septiembre de 2006 (RJ 2006, 6577) (recurso núm. 4815/99), citando las de 18 de junio de 2002 (RJ 2002, 5224) y 27 de febrero de 2004 (RJ 2004, 1316), declara en relación con el artículo 6 3, de un lado, que 'el juzgador debe analizar la índole y finalidad de la norma legal contrariada y la naturaleza, móviles, circunstancias y efectos previsibles de los actos realizados, para concluir con la declaración de la validez del acto contrario a la Ley si la levedad del caso lo permite, reservando la sanción de nulidad para los supuestos en que concurran trascendentales razones que hagan patente el carácter del acto gravemente contrario a la Ley, la moral o el orden público'"*»[2].

Es decir, entendemos que el análisis de la índole, espíritu y finalidad de la norma (primer criterio interpretativo legal, *ex* artículo 3.1 del Código Civil) son trascendentales para otorgar la sanción de nulidad a la contravención de lo previsto en el artículo 4.1 de la Ley 3/2004.

De esta forma, consideramos sumamente reveladoras las siguientes palabras del legislador en el Preámbulo de Ley 15/2010, de 5 de julio, de modificación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales:

> «Cinco años después de la entrada en vigor de la Ley 3/2004 contra la morosidad en las operaciones comerciales, esta legislación ha de adaptarse a los cambios que se han producido en el entorno económico y modificarse para que sea ampliamente aplicable, tanto en el ámbito de las empresas españolas, como en el del sector público.
>
> Los efectos de la crisis económica se han traducido en un aumento de impagos, retrasos y prórrogas en la liquidación de facturas vencidas, que está afectando a todos los sectores. En especial, está afectando a las

pequeñas y medianas empresas, que funcionan con gran dependencia al crédito a corto plazo y con unas limitaciones de tesorería que hacen especialmente complicada su actividad en el contexto económico actual.

Con este objetivo, resulta particularmente importante en la presente Ley, suprimir la posibilidad de "pacto entre las partes", la cual a menudo permitía alargar significativamente los plazos de pago, siendo generalmente las Pymes las empresas más perjudicadas.

La reforma tiene por objeto corregir desequilibrios y aprovechar las condiciones de nuestras empresas con el fin de favorecer la competitividad y lograr un crecimiento equilibrado de la economía española, que nos permita crear empleo de forma estable, en línea con una concepción estratégica de la economía sostenible.

En este sentido, y desde el punto de vista de los plazos de pago del sector público, se reduce a un máximo de treinta días el plazo de pago, que se aplicará a partir del 1 de enero de 2013, siguiendo un periodo transitorio para su entrada en vigor. Por otra parte, se propone un procedimiento efectivo y ágil para hacer efectivas las deudas de los poderes públicos, y se establecen mecanismos de transparencia en materia de cumplimiento de las obligaciones de pago, a través de informes periódicos a todos los niveles de la Administración y del establecimiento de un nuevo registro de facturas en las Administraciones locales.

En lo que se refiere a los plazos de pago entre empresas, se establece un plazo máximo de pago de 60 días por parte de empresas para los pagos a proveedores. Este plazo de pago no podrá ser ampliado por acuerdo entre las partes, con el fin de evitar posibles prácticas abusivas de grandes empresas sobre pequeños proveedores, que den lugar a aumentos injustificados del plazo de pago. A este efecto se establece un calendario transitorio que culminará el 1 de enero de 2013. Por otra parte, se refuerza el derecho a percibir indemnización, se amplía la posibilidad de que las asociaciones denuncien prácticas abusivas en nombre de sus asociados y se promueve la adopción de códigos de buenas prácticas en materia de pagos».

Es decir, *la reforma tiene por objeto corregir desequilibrios y aprovechar las condiciones de nuestras empresas con el fin de favorecer la competitividad y lograr un crecimiento equilibrado de la economía española, que nos permita crear empleo de forma estable, en línea con una concepción estratégica de la economía sostenible.*

En honor a la verdad, no es menos cierto que la reforma fue objeto de crítica y de hecho destacamos opiniones como la de CARRASCO[3], quien incluso vaticinaba ante la misma, supuestos en los que fracasaría la imperatividad perseguida por el legislador.

«Conculcando lo dispuesto en la Directiva 2000/35 (LCEur 2000, 2084), la Ley 15/2010 (*RCL* 2010, 1810) ha modificado el artículo 4 de la Ley Antimorosidad (Ley 3/2004 [*RCL* 2004, 2678]), para prohibir acuerdos contractuales de alargamiento de plazos de pago comerciales más allá de sesenta días a contar desde la entrega de la cosa o prestación del servicio. Esta prohibición es asombrosa no habiendo consumidores por medio. Dejo al margen otras observaciones que se pueden hacer, para pasar a exponer dos escenarios en los que la pretensión del legislador fracasará.

Primero. El legislador ha prohibido pactos de extensión del plazo, pero no ha prohibido, ni pudiera haber prohibido, que el acreedor y el deudor pacten

distintos precios en función del plazo de pago, y que las partes puedan, por ende, acordar que habrá un precio más ventajoso para el acreedor si acepta el pago a cien días y que habrá otro precio menor para los pagos a sesenta días. En el fondo, es inocuo prohibir pactos privados sobre el tiempo de cumplimiento si no se prohíben (y no se pueden prohibir) pactos privados sobre el precio. El precio x + 1 a cien días no es una cláusula que pueda ser anulada por un juez; si se quitan los cien días, se quita también el precio de suplemento, que el comprador no podría conservar si el plazo se reduce; si se ha pagado x + 1 a cien días, el pago es lícito y ninguna de las partes puede impugnar. Pues pudo el deudor haber pagado x - 1, si el acreedor se hubiera empeñado en que no se sobrepasara el plazo legal. Alguien dirá que esto es fraude ley. Pero no lo es, y la estructura de esta "opción compensatoria de plazo" es la misma que la viejísima cautela sociniana que los tribunales han considerado válida forma de "sortear" la añeja prohibición de lesión cualitativa de la legítima sucesoria.

Segundo. Salvo que todos los elementos relevantes de la controversia se encuentren en España, las partes de un contrato sujeto a la Ley Antimorosidad pueden pactar una ley extranjera para regir el contrato. Si no lo hacen, la ley se determinará en la forma que hoy se recoge en el artículo 4 del Reglamento europeo Roma I. La novedosa prohibición de la Ley 15/2010 no es una «ley de policía» en el sentido del artículo 9 del Reglamento, por lo que no puede ser aplicada universalmente por el juzgador español cuando no sea la española la ley aplicable. Tampoco forma parte la prohibición del "orden público" español que, conforme al artículo 21 del Reglamento, permitiera al juez español excluir la ley extranjera aplicable. En consecuencia, España no podrá exportar su Derecho, ni los operadores comerciales ni abogados españoles podrán convencer a la otra parte de someter el contrato a la ley española. Serán nuestros empresarios los que padezcan los costes de esta ley, porque detrás de la cláusula de ley aplicable irá también el pacto de sumisión a jurisdicción extranjera, por el temor de que un juez español pudiera aplicar incondicionalmente la norma española».

Pues bien, como se ha demostrado en contra de lo que afirmaba CARRASCO la imperatividad no ha resultado contraria a la Directiva Comunitaria, pudiendo ser considerado como un claro fraude ley la solución que proponía el referido autor para eludir la imperatividad legal (aunque esto debería ser objeto de otro análisis más detallado) y sin que coincidamos en la solución al conflicto internacional que propone, según argumentaremos posteriormente.

Por su parte, GÓMEZ LIGÜERRE[4], en un trabajo dedicado a la reforma legislativa, nos ofrecía la siguiente opinión:

«Se limita, de este modo, el acceso al crédito comercial en todas las operaciones, para todo tipo de operadores y con carácter general. Y, precisamente, en la generalidad de la reforma llevada a cabo por la Ley 15/2010 radican la mayor parte de los problemas prácticos que supone su aplicación. Es absurdo pretender que todos los pagos de una economía sigan un mismo ritmo y que todos los operadores comerciales deban ajustar sus ritmos de tesorería a un mismo calendario impuesto por Ley.

(…)

La medida puede llegar a tener sentido para los pequeños y medianos operadores cuyas dificultades de acceso al crédito financiero les hacen especialmente vulnerables al crédito comercial. De hecho, la reforma se justificó en que "Los efectos de la crisis económica se han traducido en un aumento de impagos, retrasos y prórrogas en la liquidación de facturas vencidas que está afectando a todos los sectores. En especial, está afectando a las pequeñas y medianas em-

presas, que funcionan con gran dependencia al crédito a corto plazo y con unas limitaciones de tesorería que hacen especialmente complicada su actividad en el contexto económico actual", como se afirma en la breve Exposición de Motivos de la Ley 15/2010.

Sucede, sin embargo, que las situaciones que llevan a los pequeños y medianos operadores a sufrir tensiones de tesorería por los retrasos de pagos de sus deudores tienen su origen bien en el abuso de quien les impone aplazamientos excesivos como condición para contratar, bien en los problemas de liquidez de quien debe pagar. Ninguno de los problemas se soluciona limitando la autonomía contractual e imponiendo un mismo régimen de pago a todos los operadores. El abuso de la posición contractual tiene su solución natural en las normas de protección de la libre competencia y los retrasos en el pago podrían resolverse con un sistema ágil y eficaz de reclamación judicial y de ejecución de las condenas a pagar. En ninguno de los dos casos la solución pasa necesariamente por limitar la libertad contractual a todos los operadores de una economía. Así lo haya hecho, sin embargo, el legislador español».

Por lo tanto, con mayor o menor acierto por parte del legislador español en la reforma que de la Ley 3/2004 efectuó en 2010, de lo que no podemos dudar y así lo confirma el Tribunal Supremo en su Sentencia el 23 de noviembre de 2016 es del carácter indisponible para las partes contractuales del genérico plazo de pago de 60 días a que hace referencia el artículo 4.1 de la Ley 3/2004[5], lo que a nuestro juicio supone una medida absolutamente desproporcionada con la finalidad perseguida con la misma y desmesurada al no prever ningún tipo de excepción para determinadas empresas y situaciones donde sí sería conveniente el acceso a crédito comercial con plazos de pagos flexibles.

II. LA CUESTIÓN EN LA CONTRATACIÓN INTERNACIONAL

Ante la reforma legislativa de 2010, estimamos que la cuestión de la indisponibilidad de los plazos de pago a que hace referencia el artículo 4.1 de la Ley 3/2004 ha sido tratado con acierto por TORRALBA MENDIOLA[6] desde la óptica de la posible consideración de la indisponibilidad de los plazos de pago que prevé el artículo 4.1 de la Ley 3/2004 como una «Ley de Policía» en los términos previstos en el artículo 9.1 del Reglamento (CE) núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) a raíz de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera) Caso United Antwerp Maritime Agencies (Unamar) NV contra Navigation Maritime Bulgare. Sentencia de 17 de octubre de 2013 (TJCE 2013, 359).

Al margen de la opinión de CARRASCO a la que hemos hecho antes referencia, es cierto que el asunto tratado desde la óptica del concepto de «Ley de Policía» no deja de ser polémico. GARCIMARTÍN ALFÉREZ[7] es de la siguiente opinión: «La Ley 3/2004 (modificada por la Ley 15/2010), establece una serie de medidas de lucha contra la morosidad que atañen, entre otros aspectos, a los plazos de pago: fija un plazo de pago máximo e imperativo de 60 días. Esta norma transpone al Derecho español la Directiva 2011/7/UE. En la práctica, su ámbito de aplicación internacional ha planteado bastantes problemas. La solución debe partir de una idea muy sencilla: ese ámbito viene determinado por el Reglamento Roma I. Por consiguiente: (i) la Ley 3/2004 se aplicará siempre que conforme al Reglamento el contrato se someta a la ley española como

lex contractus o, en su defecto, cuando el vendedor o el prestador de servicios tengan su residencia en España. (ii) También puede resultar aplicable cuando se den las condiciones recogidas en los artículos 3.3 y 3.4 del Reglamento. (iii) Resulta muy difícil concluir, en cambio, que cuando el contrato se someta a una ley extranjera, la ley española pueda calificarse como ley de policía o como parte del orden público internacional».

Evidentemente, si todos los elementos del contrato se encuentran en España (contrato interno) y sin embargo se pacta la aplicación de una legislación extranjera, entraría en juego la aplicación del artículo 3.3 del Reglamento (CE) núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), que prevé expresamente lo siguiente:

> «*3. Cuando todos los demás elementos pertinentes de la situación estén localizados en el momento de la elección en un país distinto de aquel cuya ley se elige, la elección de las partes no impedirá la aplicación de las disposiciones de la ley de ese otro país que no puedan excluirse mediante acuerdo*».

En este caso, no podría dejar de aplicarse por acuerdo entre las partes el artículo 4.1 de la Ley 3/2004, digamos por el momento que por la falta de disponibilidad del plazo de pago regulado en el mismo (60 días naturales)[8].

Por otro lado, si todos los elementos de la situación contractual se encuentran dentro de la Unión Europea (contrato intracomunitario) y las partes contractuales acuerdan la aplicación al contrato de la legislación de un tercer Estado, no puede dejarse de aplicar la normativa europea, según lo previsto en el artículo 3.4 del Reglamento (CE) núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), que prevé expresamente lo siguiente:

> «*4. Cuando todos los demás elementos pertinentes de la situación en el momento de la elección se encuentren localizados en uno o varios Estados miembros, la elección por las partes de una ley que no sea la de un Estado miembro se entenderá sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones del Derecho comunitario, en su caso, tal como se apliquen en el Estado miembro del foro, que no puedan excluirse mediante acuerdo*»[9].

Pero como expone TORRALBA MENDIOLA (*vid. op. cit.*, 3), puede haber situaciones contractuales que no se remedien mediante la aplicación de los artículos 3.3 y 3.4 del Reglamento (CE) núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), en cuyo caso, cobra importancia el análisis de la cuestión desde la óptica del concepto «ley de policía» propio de la contratación internacional: «Como se ha señalado, el artículo 3.3 del Reglamento Roma I parte de la base de que todos los elementos de un contrato se sitúan en un Estado, por ejemplo España, y solo la elección de una ley conecta el supuesto con otro Estado distinto (el artículo 3.4 prevé el mismo criterio, si bien para el ámbito de la UE). Si ese no fuera el caso y las partes pactaran, junto a la aplicación de un Derecho extranjero, la entrega de la mercancía en un Estado distinto de España (o de la UE, en el caso del apartado cuarto) eso sería suficiente para considerar que el contrato no es meramente interno, o intraeuropeo, y que no estamos en las situaciones contempladas en los apartados 3 y 4 del artículo 3».

Nos estamos refiriendo, pues, a contratos cuyos elementos no se encuentren todos dentro del territorio nacional español o del territorio de la Unión Europea.

Es en este tipo de situaciones, cuando procede el planteamiento de si efectivamente la no disponibilidad del plazo de pago previsto en el artículo 4.1 de la Ley 3/2004 pudiera tener la consideración de «Ley de policía», ya que incluso este concepto es diferente en cuanto a sus efecto al de la cláusula de orden público, aunque ambos puedan configurarse dentro de lo que conocemos como orden público internacional[10].

BOUZA VIDAL, configura a las leyes de policía de la siguiente forma: «Las leyes de policía son normas imperativas de naturaleza predominantemente publico administrativa que con el fin salvaguardar intereses generales obligan a los particulares a observar determinadas conductas en sus relaciones jurídicas privadas. Los ejemplos son numerosos y se encuentran en los más diversos sectores del ordenamiento. Por lo que respecta a los contratos estos pueden verse afectados, entre otras, por las leyes reguladoras del mercado (leyes sobre libre competencia y sobre competencia desleal) y por leyes destinadas a controlar el comercio exterior de determinados bienes o servicios (leyes de protección del patrimonio histórico y cultural, leyes sobre exportación de tecnologías de doble uso, leyes sobre comercio de residuos peligrosos, tóxicos o altamente contaminantes). Las leyes de policía están dotadas de un ámbito de aplicación en el espacio propio y especifico. Mediante esta delimitación unilateral (en la que se indica el vínculo que debe existir entre el supuesto de la norma y el ordenamiento jurídico al que dicha norma pertenece), las leyes de policía se imponen en las relaciones jurídico-privadas (por ejemplo, un contrato) sea cual sea la ley designada por la norma de conflicto».

Mientras que para la caracterización del concepto de orden público, acudimos a DE CASTRO[11] quien nos enseñó que existen dos clases de orden públicos, ya que «El orden público jurídico se basa en normas extrapositivas, no expresadas en textos legales y su específica finalidad se centra en evitar que, por medio de la libertad de contratar, los órganos del Estado se encuentren obligados a imponer algo que repugne al buen sentido de lo justo o de la moral. De ahí que su eficacia sea negativa, la de declarar nulos ciertos convenios, los que por contrarios al orden público tiene un propósito, objeto o una causa ilícita. El orden público económico se exterioriza en mandatos legales imperativos, cuya ejecución y exigencia está encomendada a la Administración, la que actúa por delegación expresa o tácita, mediante el arbitrio de sus funcionarios, por reglamentos, órdenes e instrucciones. Se manifiesta con eficacia positiva, imponiendo haceres para establecer la prevista ordenación económica. La que puede tener motivaciones de interés general, pero también clasistas o a favor de ciertos particulares. En ocasiones cabe que origine la nulidad total de los convenios que la contradigan, en otros casos, la nulidad relativa o parcial, o bien su reforma o acomodación; pudiendo dar lugar a sanciones penales y multas administrativas».

Más recientemente, se ha afirmado que el orden público económico es el conformado por la «constitución económica». De esta forma, DÍEZ-PICAZO[12], (expone lo siguiente: «En otro plano, es indiscutible que existe lo que con aciertos se ha denominado constitución económica de una sociedad, que designa el marco jurídico fundamental de la actividad económica o dicho de otro modo el orden del proceso económico. Entendido de este modo, existe una constitución económica que está contenida dentro la constitución política. A esta idea responde el artículo 38 de la Constitución y la referencia a la libre empresa en el marco de una economía social de mercado. Sin embargo, existe también una

«constitución económica» más profunda, que no se refleja necesariamente en la constitución política, pero que comprende un conjunto de principios y de líneas de inspiración sobre las cuales la actividad económica de la sociedad se desarrolla. Es a este conjunto de principios al que llamamos en sentido estricto orden público económico».

Pues bien, como adelantábamos los efectos de la ley de policía y de la cláusula de orden público (ambos integrantes de lo conocido como orden público internacional) son distintos, siendo más estrictos los de la ley de policía. BOUZA VIDAL (*vid. op. cit.,* 79), se refiere gráficamente a esta distinción de la siguiente forma: «La cláusula de orden público afecta de forma menos radical a las normas de conflicto y su aplicación es más flexible, ya que se limita a excluir la ley extranjera designada por la norma de conflicto (o a denegar el reconocimiento de una decisión extranjera) cuando el resultado de su aplicación resulta incompatible con los principios y valores esenciales del ordenamiento jurídico del foro. Así pues, mientras las leyes de policía españolas se imponen cualquiera que sea la ley designada por las normas de conflicto del Reglamento "Roma I" en aquellos supuestos que entran dentro de su ámbito de aplicación espacial, las cláusulas de orden público se limitan a excluir o corregir el resultado al que conduce la aplicación de la ley extranjera designada por la norma de conflicto (art. 20 del Reglamento "Roma I") o a denegar el reconocimiento de una decisión extranjera (art. 46 a) de la Ley 29/2015 de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, en cada caso concreto».

Como habíamos adelantado *la reforma tiene por objeto corregir desequilibrios y aprovechar las condiciones de nuestras empresas con el fin de favorecer la competitividad y lograr un crecimiento equilibrado de la economía española, que nos permita crear empleo de forma estable, en línea con una concepción estratégica de la economía sostenible,* por lo que en nuestra opinión sí se trata de una Ley (Ley 15/2010, imperatividad del plazo de pago) que pretende llevar una determinada regulación del mercado a través de la eliminación de la tradicional libertad de empresa para configurar el plazo de pago en el mercado de productos y servicios propio de la Ley 3/2004, más allá, reiteramos, de lo desacertado de la política legislativa efectuada a cabo con dicha reforma normativa.

Pues bien, al hilo de lo anterior y para una mejor comprensión del concepto de «ley de policía» existente en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, conviene a traer a colación el asunto tratado y fallado en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera) Caso United Antwerp Maritime Agencies (Unamar) NV contra Navigation Maritime Bulgare. Sentencia de 17 de octubre de 2013 (TJCE 2013, 359)[13], donde se razona lo siguiente:

> *«29*
>
> *Mediante la cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pide sustancialmente que se dilucide si los artículos 3 y 7, apartado 2, del Convenio de Roma (LCEur 1980, 398) deben interpretarse en el sentido de que la ley de un Estado miembro que garantiza la protección mínima prescrita en la Directiva 86/653, ley elegida por las partes en un contrato de agencia comercial, puede dejar de ser aplicada por el tribunal que conoce del asunto, radicado en otro Estado miembro, para aplicar en su lugar la* lex fori, *basándose para ello en el carácter imperativo que, en el ordenamiento jurídico de este último Estado miembro, tienen las normas que regulan la situación de los agentes comerciales independientes.*
>
> *(…)*

33

Según NMB, no puede considerarse que la Ley relativa al contrato de agencia comercial «rija imperativamente» el litigo principal, en el sentido del artículo 7, apartado 2, del Convenio de Roma (LCEur 1980, 398), dado que el litigio principal versa sobre una materia a la que se aplica la Directiva 86/653 (LCEur 1986, 4697) y que la ley elegida por las partes es precisamente la ley de otro Estado miembro de la Unión que también ha transpuesto dicha Directiva en su ordenamiento jurídico interno. Así pues, según NMB, los principios de autonomía de la voluntad de las partes y de seguridad jurídica se oponen a que, en circunstancias como las del litigio principal, se deje de lado el Derecho búlgaro para aplicar en su lugar el Derecho belga.

(…)

34

El Gobierno belga, por su parte, sostiene que las disposiciones de la Ley relativa al contrato de agencia comercial tienen carácter imperativo y pueden ser calificadas de leyes de policía. A este respecto, el Gobierno belga señala que, a pesar de haberse adoptado como medida de transposición de la Directiva 86/653 (LCEur 1986, 4697), la Ley relativa al contrato de agencia comercial atribuye al concepto de agente comercial un carácter más amplio que el contenido en la Directiva, en la medida en que dicha Ley se refiere a todo agente comercial encargado "de negociar y, en su caso, concluir operaciones". En sus observaciones, el Gobierno belga insistió asimismo en el hecho de que la citada Ley amplió las posibilidades de indemnización en beneficio del agente comercial en caso de Resolución del contrato, lo que tiene como consecuencia, según dicho Gobierno, que el litigio principal ha de sustanciarse ateniéndose a la ley belga.

(…)

47

A este respecto, debe recordarse que la calificación de disposiciones nacionales de leyes de policía y de seguridad por un Estado miembro se refiere a las disposiciones nacionales cuya observancia se ha considerado crucial para la salvaguardia de la organización política, social o económica del Estado miembro de que se trate, hasta el punto de hacerlas obligatorias para toda persona que se encuentre en el territorio nacional de ese Estado miembro o con respecto a toda relación jurídica localizada en él (Sentencia Arblade y otros [TJCE 1999, 278], antes citada, apartado 30, y de 19 de junio de 2008 [TJCE 2008, 139], Comisión/Luxemburgo, C-319/06, Rec. p. I-4323, apartado 29).

(…)

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Tercera) declara:

Los artículos 3 y 7, apartado 2, del Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980 (LCEur 1980, 398), deben interpretarse en el sentido de que la ley de un Estado miembro de la Unión Europea que garantiza la protección mínima prescrita en la Directiva 86/653/CEE del Consejo, de 18 de diciembre de 1986 (LCEur 1986, 4697), relativa a la coordinación de los derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes, ley elegida por las partes en un contrato de agencia comercial, podrá dejar de ser aplicada por el tribunal que conoce del asunto, radicado en otro Estado

> *miembro, para aplicar en su lugar la* lex fori, *basándose a tal efecto en el carácter imperativo que, en el ordenamiento jurídico de este último Estado miembro, tienen las normas que regulan la situación de los agentes comerciales independientes, pero ello únicamente si dicho tribunal comprueba de manera circunstanciada que, en el marco de la transposición, el legislador del Estado del foro consideró crucial, en el seno del correspondiente ordenamiento jurídico, conceder al agente comercial una protección más amplia que la protección prevista en la citada Directiva, teniendo en cuenta a este respecto la naturaleza y el objeto de tales disposiciones imperativas*».

Por tanto, de esta STJUE podemos extraer como conclusión que el Juez del foro (Bélgica) puede dejar de aplicar la legislación de un Estado Miembro (Bulgaria) sobre la base de considerar la imperatividad de la normativa aplicable y en función del interés público de salvaguarda que pretendió el legislador nacional (Bélgica, sometiendo a su derecho la actividad del agente comercial en Bélgica) desde un punto de vista de política legislativa en el que se ha de primar el interés general sobre el particular, con independencia de que el nivel de protección del legislador nacional (Bélgica) sea superior al otorgado por la Directiva aplicable (Directiva del contrato de agencia) y frente a la legislación elegida por las partes (Bulgaria) que traspuso correctamente la Directiva[14].

Por lo tanto, en nuestro caso coincidimos con TORRALBA MENDIOLA (*vid. op. cit.,* 3), cuando afirma lo siguiente: «Si se extrapola esta Sentencia al supuesto que nos ocupa se pueden extraer inmediatamente consecuencias: (i) no es descartable que las normas españolas antimorosidad puedan ser consideradas leyes de policía en el sentido del artículo 9 del Reglamento; (ii) si se admite esa calificación, la elección de un Derecho extranjero no impide que un juez español pueda, en aplicación del artículo 9, aplicar la ley española como ley de policía; (iii) esa aplicación imperativa se produciría incluso frente a la aplicación de las leyes de otros Estados miembros que fueran también correcta aplicación de la Directiva».

Ahora bien, la cuestión sobre la aplicabilidad práctica del plazo imperativo de pago y su consideración como Ley de Policía no se antoja tan sencilla ya que el artículo 9 del Reglamento (CE) núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), prevé expresamente lo siguiente:

> «*Artículo 9*
> *Leyes de policía*
> *1. Una ley de policía es una disposición cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que fuese la ley aplicable al contrato según el presente Reglamento.*
> *2. Las disposiciones del presente Reglamento no restringirán la aplicación de las leyes de policía de la ley del foro.*
> *3. También podrá darse efecto a las leyes de policía del país en que las obligaciones derivadas del contrato tienen que ejecutarse o han sido ejecutadas en la medida en que dichas leyes de policía hagan la ejecución del contrato ilegal. Para decidir si debe darse efecto a estas disposiciones imperativas, se tendrá en cuenta su naturaleza y su objeto, así como las consecuencias que se derivarían de su aplicación o de su inaplicación*».

Es decir, el Juez español ha de aplicar las leyes de policía del foro (España) y tener en cuenta las leyes de policía extranjeras si parte del contrato se ejecuta en este país extranjero y, viceversa, el Juez de un Estado Miembro aplicará su norma de policía y solo tendrá en cuenta la norma de policía española si existen obligaciones derivadas del contrato que se ejecuten o hayan de ejecutarse en este Estado Miembro, resultando que un Juez de un Tercer Estado no estará vinculado por la norma de policía española y ni tendrá que tenerla siquiera en cuenta, por lo que las cláusulas de elección de la jurisdicción aplicable al contrato, pueden jugar un papel importante, en este caso, como de hecho reconoce TORRALBA MENDIOLA.

En relación con lo anterior, cabe tener presente que la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de octubre de 2016 C-135/15 (Grigorios Nikiforidis), ha interpretado extensivamente el artículo 9.3 del Reglamento (CE) núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), tal y como sigue:

> «*El artículo 9, apartado 3, del Reglamento núm. 593/2008 debe interpretarse en el sentido de que excluye que el juez del foro pueda aplicar, como normas jurídicas, leyes de policía que no sean las del Estado del foro o las del Estado en el que las obligaciones derivadas del contrato tienen que ejecutarse o han sido ejecutadas, pero no se opone a que dicho juez tome en consideración esas otras leyes de policía como circunstancia de hecho en la medida en que el Derecho nacional aplicable al contrato en virtud de las disposiciones de ese Reglamento lo prevea. Esta interpretación no queda desvirtuada por el principio de cooperación leal consagrado en el artículo 4 TUE, apartado 3*».

No obstante, si por orden público han de estimarse aquel conjunto de principios, normas rectoras generales y derechos fundamentales constitucionalizados en el Ordenamiento Jurídico español, siendo sus normas jurídicas básicas e inderogables por la voluntad de las partes, tanto en lo social como en lo económico (Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala 2.ª, núm. 54/1989 (*RTC* 1989, 54), de 23-2), no estimamos que pudiera denegarse el reconocimiento y ejecución de una Sentencia extranjera en España que no hubiera aplicado, debiéndolo haber hecho, la imperatividad de plazos de la Ley 3/2004, en base al artículo 20 del Reglamento (CE) núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), al artículo 45 del Reglamento (UE) núm. 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, y al artículo 46 a) de la Ley 29/2015 de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil[15].

III. BIBLIOGRAFÍA

ALFARO ÁGUILA REAL. Posición del Parlamento europeo sobre la Directiva de morosidad: el legislador español se la tendrá que envainar. http://derechomercantilespana.blogspot.com.es/2010/11/posicion-del-parlamento-europeo-sobre.html

BOUZA VIDAL. La salvaguarda del orden público en los contratos internacionales: enfoque de derecho internacional privado y su adaptación en el derecho

europeo. El orden público interno, europeo e internacional civil. *Indret,* de abril de 2017.
CARRASCO PERERA. *Comentarios al Código Civil.* Editorial Edersa, 1992. Tomo I, Vol 1.º: artículos 1 a 7 del Código Civil.
— Plazos de pago imperativos en la nueva Ley Antimorosidad. *Actualidad Jurídica Aranzadi* num. 805/2010.
— Contra la nulidad de negocios de autocartera de participaciones sociales en la STS de 1 de marzo de 2012. *Revista de Derecho de Sociedades,* núm. 39, 2012.
CEBRIÁN SALVAT. Agencia comercial, leyes de policía y Derecho Internacional Privado europeo. *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo de 2014), vol. 6, núm. 1.
DE CASTRO Y BRAVO. Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad. *Estudios Jurídicos del Profesor Federico de Castro.* Centro de Estudios Registrales, t. II, 1997.
DÍEZ-PICAZO. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I.* Introducción. Teoría del Contrato) Sexta edición. Thomson-Civitas, 2007.
GARCIMARTÍN ALFÉREZ. *Derecho Internacional Privado.* Thomson Reuters. Civitas. Tercera Edición 2016.
GÓMEZ LIGÜERRE. El nuevo régimen de la morosidad en las operaciones comerciales. *Indret,* 4/2011.
TORRALBA MENDIOLA. Sobre la posibilidad de pactar la aplicación de un Derecho extranjero con unos plazos de pago distintos de los de la Ley Antimorosidad. *Análisis GA&P,* de octubre de 2014.

IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STJ de la Unión Europea (Sala Tercera) Caso United Antwerp Maritime Agencies (Unamar) NV contra Navigation Maritime Bulgare. Sentencia de 17 de octubre de 2013 (TJCE 2013, 359).
- STJ de la Unión Europea de 18 de octubre de 2016 C-135/15 (Grigorios Nikiforidis).
- STC, Sala 2.ª, núm. 54/1989 (RTC 1989, 54).
- STS (Sala de lo Civil, Pleno) de 10 de octubre de 2008 *(RJ* 2008, 56871).
- STS de 11 de junio de 2010 *(RJ* 2010, 2677).
- STS de 23 de noviembre de 2016 núm. 688/2016 de 23 de noviembre de *(RJ* 2016, 5839).

NOTAS

[1] CARRASCO PERERA. *Comentarios al Código Civil.* Editorial Edersa, 1992. Tomo I, Vol 1.º: artículos 1 a 7 del Código Civil. Título preliminar. De las normas jurídicas, su aplicación y eficacia. Capítulo III. Eficacia general de las normas jurídicas.

[2] Para una exposición más completa de la doctrina jurisprudencial de las nulidades y una crítica a la misma, *vid.* CARRASCO PERERA, Contra la nulidad de negocios de autocartera de participaciones sociales en la STS de 1 de marzo de 2012. *Revista de Derecho de Sociedades,* núm. 39, 2012, pp. 339-355.

[3] CARRASCO PERERA. Plazos de pago imperativos en la nueva Ley Antimorosidad. *Actualidad Jurídica Aranzadi,* num. 805/2010 parte Tribuna.

[4] GÓMEZ LIGÜERRE. El nuevo régimen de la morosidad en las operaciones comerciales. *Indret,* 4/2011.

[5] La crítica a la imperatividad impuesta por la reforma legislativa ha sido la tónica general. En este sentido, ALFARO ÁGUILA REAL, proponía lo siguiente: «Así que nuestros parlamentarios trasladan a los jueces ahora dos problemas. Primero, plantear ante el Tribunal Constitucional una cuestión de inconstitucionalidad del artículo 4.1 a) *in fine* de la Ley de Morosidad por restringir injustificada y desproporcionadamente la libertad de empresa y la libertad contractual. Y, segundo, plantear una cuestión prejudicial para determinar si el legislador español incumple la Directiva al prohibir los pactos de aplazamiento de los pagos de más de 60 días sin excepciones cuando, es la voluntad del legislador europeo la de permitir a las empresas europeas seguir concediendo "crédito comercial" a sus clientes. No es, por tanto, y nuevamente que la Directiva sea de mínimos y los Estados puedan incrementar la protección de las empresas acreedoras. Es que se disminuye el efecto útil de la Directiva que, como el párrafo de los Considerandos transcrito, quiere que *"las partes"* sigan teniendo la posibilidad de acordar plazos más largos». Posición del Parlamento europeo sobre la Directiva de morosidad: el legislador español se la tendrá que envainar. http://derechomercantilespana.blogspot.com.es/2010/11/posicion-del-parlamento-europeo-sobre.html.

El razonamiento anterior cobra gran sentido si analizamos el Considerando (13) de la Directiva 2011/7/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, que expresamente prevé lo siguiente: «*(13) En consecuencia, debe preverse que, como norma general, los plazos de pago contractuales entre empresas no excedan de 60 días naturales. No obstante, pueden darse casos en que las empresas necesiten plazos de pago más amplios, por ejemplo cuando las empresas desean conceder créditos comerciales a sus clientes. Por consiguiente, las partes deben seguir teniendo la posibilidad de acordar expresamente plazos de pago superiores a 60 días naturales, siempre que esta ampliación no sea manifiestamente abusiva para el acreedor*».

[6] TORRALBA MENDIOLA. Sobre la posibilidad de pactar la aplicación de un Derecho extranjero con unos plazos de pago distintos de los de la Ley Antimorosidad. *Análisis GA&P,* de octubre de 2014.

[7] GARCIMARTÍN ALFÉREZ. *Derecho Internacional Privado.* Thomson Reuters. Civitas. Tercera Edición 2016, p. 381.

[8] GARCIMARTÍN ALFÉREZ (*vid. op. cit.,* 358) propone el siguiente ejemplo didáctico de aplicación del artículo 3.3 del Reglamento (CE) núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I): «Ejemplo. Un contrato entre dos españoles, domiciliados y residentes en España, celebrado en España, redactado en idioma español, y cuyas obligaciones deben cumplirse íntegramente en España no presenta, en principio, vínculos o conexiones relevantes con ningún otro país. Si las partes escogen la ley francesa como ley aplicable a ese contrato, la elección será válida pero dentro de los límites de las normas dispositivas del ordenamiento español. Es como si las partes hubieren decidido sustituir todo el Derecho dispositivo español, que pueden hacerlo, pero en lugar de haber redactado un clausulado sustitutivo completo, hubiesen incorporado las normas francesas. El concepto de "disposiciones que no puedan excluirse mediante acuerdo" está pensado en todo el Derecho imperativo interno».

[9] De nuevo, GARCIMARTÍN ALFÉREZ (*vid. op. cit.,* 359) propone el siguiente ejemplo didáctico de aplicación del artículo 3.4 del Reglamento (CE) núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I): «Ejemplo. Imaginemos un contrato en el cual todos los elementos relevantes de la situación se localizan en España, Portugal y Francia; las partes, sin embargo, han escogido el Derecho de Nueva York. En este caso, si hay normas europeas imperativas aplicables a ese contrato o a alguno de sus aspectos, la remisión a la ley neoyorquina no puede impedir la aplicación de dichas normas. Si estuviéramos ante una Directiva y esta ha sido transpuesta de forma distinta en España, Portugal y Francia es necesario determinar cuál de estas tres leyes de transposición se aplica. El Reglamento resuelve esta cuestión ordenando la aplicación de la norma de transposición de la autoridad que está conociendo del litigio».

[10] *Vid.* al respecto, BOUZA VIDAL. La salvaguarda del orden público en los contratos internacionales: enfoque de derecho internacional privado y su adaptación en el derecho europeo. El orden público interno, europeo e internacional civil. *Indret,* de abril de 2017, p. 79.

[11] *Vid.* DE CASTRO Y BRAVO. Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad. *Estudios Jurídicos del Profesor Federico de Castro.* Centro de Estudios Registrales, t. II, 1997, 1306 y 1307. En consecuencias prácticas sobre los dos conceptos de orden público, DE CASTRO, razona que: «…Las diferencias señaladas se traducen en la distinta situación en que se halla el Juez, respecto de cada orden público. El orden público jurídico otorga al Juez un papel de protagonista, el de concretar e interpretar los criterios básicos de la moral, de las buenas costumbre y de lo justo, inmanentes o trascendentes, del sistema jurídico en vigor, los que vienen a limitar o moderar la libertad de los contratantes; ello corresponde a su estricto oficio de administrar justicia. En cambio, no le corresponde ser un experto en economía, ni adivinar, ni colaborar con las arcanas o abiertas intenciones de quienes manejan, para bien o para mal, la economía del país; todo ello es extraño al propio contenido judicial. Respecto al llamado orden público económico, el Juez habrá de limitarse a cumplir lo mandado expresamente por el legislador o por el funcionario en quien aquel delegue (interpretación estricta)».

[12] DÍEZ-PICAZO. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I. Introducción. Teoría del Contrato)* Sexta edición. Thomson-Civitas, 2007, p. 54.

[13] *Vid.,* para un comentario a esta STJUE, CEBRIÁN SALVAT. Agencia comercial, leyes de policía y Derecho Internacional Privado europeo. *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo de 2014), vol. 6, núm. 1, 357-366.

[14] CEBRIÁN SALVAT (*vid. op. cit,* 366), concluye lo siguiente: «Las leyes de policía pueden ser normas protectoras de la parte considerada débil por el legislador nacional, siempre que dicha protección se haya considerado de "interés público" por el legislador en el momento en que se creó la norma, esto es, si dicha protección se debe a la salvaguarda del orden político, económico o social de ese Estado. Así, el control por el juez de instancia se reduce a lo siguiente: en un primer nivel, el juez habrá de realizar un control de imperatividad de la norma, y en un segundo nivel, un control de que esa imperatividad protege un interés público "crucial", independientemente que dicho interés conviva con la protección de un interés privado».

[15] Con dudas, TORRALBA MENDIOLA (*vid. op. cit.,* 3): «Si la Sentencia dictada por alguno de estos tribunales extranjeros debiera ejecutarse en España, no parece que pudiera oponer a ello su contrariedad con el orden público español (aunque la Sentencia del TJUE en el asunto Unamar, citado, podría arrojar alguna duda sobre la cuestión)».

3. URBANISMO

El requisito de firmeza de los actos administrativos de naturaleza urbanística

The requirement of firmness of the administrative acts of planning and development nature

por

EUGENIO-PACELLI LANZAS MARTÍN
Abogado

RESUMEN: En este comentario se analizan los requisitos de los actos administrativos de naturaleza urbanística para su acceso al Registro de la Propiedad así como de las certificaciones administrativas que documentan tales actos, en particular el requisito de firmeza del acto.

ABSTRACT: Analysis of the requirements of the administrative acts of planning and development nature in order to acces to the Land Registry, and the requirements of the administrative certification of this kind of acts, specially the firmness of the act.

PALABRAS CLAVE: Acto de naturaleza urbanística. Requisitos. Certificación administrativa. Firmeza. Registro de la Propiedad.

KEY WORDS: Act of planning and development. Requirements. Administrative certification. Firmness. Land Registry.

RESOLUCIÓN de 25 de abril de 2017, de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

SUMARIO: I. RESUMEN DE LOS HECHOS.—II. FUNDAMENTOS DE DERECHO.—III. COMENTARIOS: 1. Planteamiento. 2. Breve referencia al sistema de recursos contra los actos administrativos: *A) La vía administrativa de recursos. B) La vía jurisdiccional de recursos.* 3. El concepto de acto que pone fin a la vía administrativa. 4. Delimitación conceptual de la firmeza de los actos administrativos: *A) La concepción tradicional unitaria sobre la firmeza del acto. B) Hacia una concepción dualista de la firmeza del acto administrativo: en vía administrativa y en vía jurisdiccional.* 5. La aplicación de los conceptos anteriores a los actos administrativos de naturaleza urbanística: *A) La distinción entre la firmeza en vía administrativa y en vía jurisdiccional. B) Referencias legislativas a la firmeza del acto como requisito de inscripción. C) El Real Decreto 97 y el TRLS 15: la regla general de firmeza en vía administrativa. D) Excepciones a la regla general: la firmeza jurisdiccional.* 6. Reflexiones finales sobre la plena razonabilidad de la solución apuntada.

I. RESUMEN DE LOS HECHOS

Mediante instancia suscrita por los representantes de una sociedad mercantil, como agente urbanizador de determinado sector, constando su firma legitimada notarialmente, se solicitó la constancia registral de la modificación de las cuotas de urbanización correspondientes a la cuenta de liquidación provisional del Proyecto de Reparcelación previamente inscrito.

Presentada la anterior documentación en el Registro de la Propiedad junto con varias certificaciones administrativas acreditativas de los extremos cuya toma de razón se solicita, se suspendió la inscripción por no constar que los actos administrativos objeto de las certificaciones presentadas han sido notificados a todos los propietarios y titulares de derechos y cargas de las fincas de que se trata y son firmes, habiendo puesto fin a la vía administrativa, cumpliendo así las garantías legales de las personas afectadas (arts. 1, 18, 20, 40 y 82 de la Ley Hipotecaria y 99 de su Reglamento y número 2 del artículo 2 y artículo 7 y siguientes del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las Normas Complementarias al Reglamento para la Ejecución de la Ley Hipotecaria sobre Inscripción en el Registro de la Propiedad de Actos de Naturaleza Urbanística, y criterios contenidos en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de marzo del 2007 y 28 de abril del 2008, entre otras).

Contra la anterior calificación, los representantes de la compañía mercantil aludida interpusieron recurso mediante escrito en el que, resumidamente, exponen: «(…) El documento objeto de calificación viene constituido por el acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento (…) así como el Decreto de la Alcaldía (…), por los que se aprueba la Memoria de cuotas de Urbanización del Sector (…) y por los que se modifican las cantidades en la cuenta de liquidación provisional del Proyecto de Reparcelación de dicho Sector, previamente inscrito en el Registro de la Propiedad (…). La calificación que recurrimos requiere que los acuerdos administrativos cuya inscripción se pretenden vengan acompañados de la declaración administrativa en que se acredite que «han sido notificados a todos los propietarios y titulares de derechos y cargas de las fincas de que se trata y son firmes, habiendo puesto fin a la vía administrativa» (…). A nuestro entender, la exigencia relativa a la firmeza de los actos administrativos cuya inscripción se pretende no resulta conforme a derecho en el supuesto que nos ocupa, en la medida que los preceptos que se toman como fundamento para tal exigencia (art. 2.2 y 7 Real Decreto 1093/1997) no resultan de aplicación en nuestro caso. Así el artículo 2.2 reseñado regula las reglas a las que se debe someter el título inscribible de los actos administrativos enumerados en el artículo 1 del propio Real Decreto 1093/1997, que son (…). En nuestro caso, no nos encontramos ante ninguno de los supuestos enumerados por el precepto reproducido, ya que el acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento (…) así como el Decreto de la Alcaldía (…), por los que se aprueba la Memoria de cuotas de Urbanización del Sector (…) no tienen por objeto el establecimiento «*ex novo*» de afecciones o garantías reales que aseguren la obligación de ejecutar o de conservar la urbanización, sino la mera modificación de las cantidades fijadas en la cuenta de liquidación provisional en que se concreta aquella afección, previamente establecida en el Proyecto de Reparcelación de dicho Sector, inscrito en el Registro de la Propiedad (…). Por otra parte, el artículo 7 del Real Decreto 1093/1993 ninguna referencia hace a la exigencia de la firmeza del acto administrativo cuya inscripción se pretenda. Más bien al contrario, como esta parte sostiene, el citado precepto a la hora de establecer las circunstancias que debe contener el título inscribible,

exige en su apartado primero la referencia a la «aprobación definitiva» del Plan que se ejecuta, muy distinta a su «firmeza» en términos jurídico-administrativos. En iguales términos se pronuncia el artículo 6 del tan nombrado Real Decreto que, a la hora de regular el Titulo Inscribible de los instrumentos de equidistribución, establece: «Será título idóneo para la inscripción de la reorganización de la propiedad la certificación de la Administración actuante acreditativa de la aprobación definitiva del proyecto». Precepto, este último que si entendemos de aplicación al supuesto que nos ocupa y que requiere, no la «firmeza» del acto administrativo aprobatorio de la equidistribución, sino la constancia de su «aprobación definitiva». Circunstancia que, en nuestro caso, consta sobradamente acreditada con los actos administrativos presentados por esta mercantil para su inscripción. Por todo ello entendemos que la exigencia de firmeza contenida en la calificación registral que aquí recurrimos resulta disconforme derecho en base a los motivos anteriormente expuestos».

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

«(…) 2. En el presente recurso, el Registrador en su nota de calificación señala que para proceder a la toma de razón en el Registro de la Propiedad de los acuerdos municipales en virtud del cual se modifican las cantidades en la cuenta de liquidación provisional de una parcelación urbanística, es preciso que hayan sido notificados todos los propietarios y titulares de derechos y cargas de las fincas de que se trata y que dichos acuerdos sean firmes, habiendo puesto fin a la vía administrativa. El escrito de recurso hace referencia únicamente a este último punto.

Es necesario abordar la diferencia, entre actos administrativos firmes y actos administrativos que agotan o ponen fin a la vía administrativa.

Un acto administrativo es firme cuando ya no cabe recurso alguno contra el mismo, ni recurso administrativo (ante la Administración) ni recurso contencioso-administrativo (ante los tribunales).

Ahora bien, no es suficiente la mera existencia de un acto administrativo para que contra él pueda interponerse recurso contencioso-administrativo ante los tribunales. Es necesario, además, que ese acto administrativo ponga fin a la vía administrativa.

El fin de la vía administrativa se produce con los denominados actos administrativos definitivos pero también es posible la existencia de actos de trámite que sin acabar con el procedimiento inciden en el fondo del asunto, hacen imposible seguir con el procedimiento o causan indefensión o un perjuicio irreparable en los derechos o intereses legítimos del interesado, contra los que cabe la impugnación en vía contencioso-administrativa tal y como señala el artículo citado. Es además un presupuesto procesal que no se puede ignorar en base al principio de tutela judicial efectiva, ya que esta exigencia, la de que es preciso que el acto sea firme y haya agotado la vía administrativa, no constituye una formalidad ritual y literalista que deba desecharse en aras de la tutela judicial efectiva, como indica la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 1993, y su incumplimiento supone la inadmisión del recurso contencioso-administrativo que se pretende formular conforme a la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 2005.

A su vez, un acto es firme en vía administrativa cuando contra el mismo ya no cabe recurso ordinario alguno ante la Administración. La única vía para recurrirlos sería la representada por el recurso extraordinario de revisión, siem-

pre que se den las causas tasadas que justifican su interposición. Solo cuando el acto sea firme, conforme se ha visto anteriormente, será susceptible de recurso contencioso ante los tribunales.

En cuanto al alcance de los actos administrativos en relación a su inscripción en el Registro de la Propiedad, como ha reiterado este Centro Directivo, ver Resoluciones citadas en «Vistos», la firmeza de la resolución administrativa es un requisito esencial para practicar cualquier asiento en el Registro que implique una mutación jurídico real inmobiliaria, siempre que el acto o resolución cuya inscripción se pretenda haya agotado la vía administrativa, por más que sea susceptible de revisión en vía judicial, ya ante los tribunales contencioso-administrativos ya ante los tribunales ordinarios. En definitiva, con carácter de regla general el acto debe poner fin a la vía administrativa y además es necesaria, pero suficiente, la firmeza en dicha vía, ya que con la innegable posibilidad de anotación preventiva de la demanda del recurso contencioso-administrativo quedan garantizados los derechos de los titulares registrales.

3. Evidentemente, los mismos criterios son aplicables a los actos administrativos de naturaleza urbanística, como sucede en el supuesto de este expediente, que por su objeto y efectos tienen especial incidencia en el ámbito registral.

En este caso, en los acuerdos municipales consta expresamente que cabe la interposición de recurso de reposición. Por otro lado, el hecho de que los acuerdos municipales cuyo reflejo registral se pretende no tengan por objeto el establecimiento «ex novo» de las afecciones o garantías reales que aseguren la obligación de ejecutar o de conservar la urbanización, sino su modificación, no supone, como alega el recurrente, excepción alguna a la exigencia de tal requisito para su constancia registral.

Respecto a la necesidad de que dichos acuerdos hayan puesto fin a la vía administrativa, se trata de una exigencia que resulta tanto del artículo 1.1 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre Inscripción en el Registro de la Propiedad de Actos de Naturaleza Urbanística, cuando regula los actos inscribibles, en cuanto se refiere al establecimiento de afecciones o garantías reales que aseguren la obligación de ejecutar o de conservar la urbanización, como del artículo 2.2 del mismo texto legal cuando establece los requisitos que deben constar en los títulos que documenten los citados actos entre los que figura que se exprese que el acto ha puesto fin a la vía administrativa.

En igual sentido se pronuncian el artículo 65.1.a) del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, y el artículo 92.5 de la Ley 5/2014, de 25 de julio, de la Generalitat, de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje, de la Comunitat Valenciana aplicable a este supuesto.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación del Registrador».

III. COMENTARIOS

1. Planteamiento

El punto de partida del presente comentario está constituido por el contraste existente entre los artículos 1.1 y 2.2 del Real Decreto 1093/1997 (en adelante, Real Decreto 97), citados en la Resolución, en lo relativo a los requisitos del acto

administrativo que se incorpora a la certificación administrativa como título inscribible de los actos de naturaleza urbanística y, en definitiva, a los requisitos que ha de reunir dicha certificación.

El primero de los preceptos citados, el 1.1, se refiere al requisito de «firmeza» del acto administrativo al establecer la inscribibilidad de los actos firmes de aprobación de los expedientes de ejecución del planeamiento. Lo mismo resulta del artículo 65.1.a) del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana (en adelante, TRLS 15).

Por su parte, el artículo 2.2 del citado Real Decreto 97, relativo a la certificación administrativa como título inscribible, no hace referencia al requisito de firmeza del acto administrativo pero sí exige, entre otros extremos, que la certificación exprese que el acto ha puesto «fin a la vía administrativa», salvo lo dispuesto para acuerdos determinados.

En el Derecho Administrativo no cabe identificar en modo alguno los actos administrativos firmes y los que ponen fin a la vía administrativa, ya que un acto que pone fin a la vía administrativa puede ser firme, pero también es posible que no haya adquirido firmeza[1]. Por lo tanto, ante el contraste existente entre los dos preceptos antes citados es necesario precisar el alcance de los requisitos que han de cumplirse en orden a la inscripción del acto administrativo documentado mediante la certificación de la misma naturaleza.

Consciente de las imprecisiones en que con frecuencia incurren las leyes en este punto, GARCÍA-TREVIJANO[2] afirma que las variadas acepciones de estas y otras expresiones relativas a las diferentes categorías de actos administrativos «provocan grandes perplejidades para el estudioso de esta materia, hasta el extremo de que muchas veces sería preferible que se definiese normativamente el verdadero significado de los vocablos, técnica muy utilizada por la legislación de los países anglosajones, que definen «a los efectos de la norma en cuestión el sentido de las palabras que utilizan».

Trasladando esta problemática al ámbito de la inscripción de actos administrativos de naturaleza urbanística, se plantea la duda razonable sobre los requisitos que deben reunir tales actos para que puedan acceder al Registro mediante la oportuna certificación, y en particular, de los que constituyen el objeto de la Resolución comentada, es decir, los de aprobación de los expedientes de equidistribución.

Con el fin de acercarnos a la cuestión planteada, comenzaremos con una breve referencia a los recursos de que son susceptibles los actos administrativos para después delimitar los conceptos de acto firme y de acto que pone fin a la vía administrativa y, finalmente, tratar de ofrecer una interpretación adecuada de los requisitos que deben reunir los actos administrativos de naturaleza urbanística para su acceso al Registro mediante la oportuna certificación administrativa.

2. Breve referencia al sistema de recursos contra los actos administrativos

El acto administrativo está sujeto a una doble vía de recursos: la vía administrativa y la jurisdiccional.

A) La vía administrativa de recursos

Se regula en los artículos 112 y siguientes de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en

adelante, LPAC). Dejando de lado las especialidades propias de determinados procedimientos administrativos y el recurso extraordinario de revisión, se distinguen dos clases de recursos administrativos ordinarios: el recurso de alzada y el recurso potestativo de reposición.

El recurso de alzada tiene por objeto un acto administrativo que no agota la vía administrativa, es resuelto por el órgano superior jerárquico del autor del acto y es de carácter preceptivo si se quiere acudir a la vía jurisdiccional para la impugnación del acto. Por ello, transcurridos los plazos legalmente establecidos para su ejercicio sin que este se haya verificado, el acto deviene firme e inatacable, con la sola excepción del recurso extraordinario de revisión en los supuestos en que proceda.

Por el contrario, el recurso de reposición recae sobre actos que sí ponen fin a la vía administrativa, es resuelto por el mismo órgano autor del acto que se impugna y tiene carácter meramente potestativo como indica su nombre. Esto significa que para la impugnación de un acto que ponga fin a la vía administrativa el interesado puede optar libremente entre acudir a este recurso administrativo o directamente al contencioso-administrativo; en el primer caso, si se desestima el recurso potestativo de reposición (sea expresa o tácitamente), cabe acudir igualmente al recurso contencioso-administrativo.

B) La vía jurisdiccional de recursos

Su régimen jurídico se contiene en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

Los actos que ponen fin a la vía administrativa (incluidas, por tanto, las resoluciones de los recursos de alzada) son susceptibles de recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa, bien directamente o bien de forma subsidiaria tras la desestimación o inadmisión del recurso potestativo de reposición que, en su caso, se hubiera interpuesto.

3. El concepto de acto que pone fin a la vía administrativa

La doctrina suele hablar indistintamente de actos que «ponen fin a la vía administrativa», que «agotan la vía administrativa» o que «causan estado»[3]. GALLEGO ANABITARTE y MENÉNDEZ REXACH[4] señalan que un acto pertenece a esta categoría «cuando se dicta por un órgano cuyas decisiones no están sometidas a una posible revisión (como consecuencia de un recurso) por otro órgano administrativo superior jerárquicamente que ejerce funciones de tutela del primero». En sentido inverso, PARADA[5] afirma lo siguiente: «actos que no causan estado son aquellos que no expresan de manera definitiva la voluntad de la organización administrativa en que se producen, porque contra los mismos puede y debe interponerse un recurso ante el superior jerárquico del órgano que los dictó, antes de acudir a la vía judicial». Es clara la referencia en ambos casos al recurso de alzada.

Para completar el concepto, se dice, con GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, que la distinción entre los actos que agotan la vía administrativa y los que no la agotan es «capital a los efectos de abrir el acceso a la vía jurisdiccional, solo disponible con respecto a aquellos actos que constituyen la "última palabra" de la Administración por proceder de órganos o autoridades a cuyas decisiones reconoce la ley esa trascendencia»[6].

La LPAC recoge una enumeración de los actos administrativos que ponen fin a la vía administrativa en su artículo 114.

Como se adelantó, el artículo 2.2 del RD 97 se refiere expresamente a los actos que ponen «fin a la vía administrativa», expresión cuyo empleo aquí será matizado más adelante.

4. Delimitación conceptual de la firmeza de los actos administrativos

En nuestra opinión, el concepto de acto firme admite una doble acepción: una omnicomprensiva o unitaria y otra dualista, según se distingue seguidamente.

A) La concepción tradicional unitaria sobre la firmeza del acto

PARADA[7] define los actos firmes como aquellos «actos que, al margen de que hayan causado o no estado, se consideran manifestaciones indiscutibles de la voluntad de un órgano administrativo porque su recurribilidad resulta vetada por el transcurso de los plazos establecidos para su impugnación sin que la persona legitimada para ello haya interpuesto el correspondiente recurso administrativo o jurisdiccional».

Así pues, el transcurso de los plazos para la interposición de recursos, tanto administrativos como judiciales, es el que determina la firmeza del acto. Sin embargo, GALLEGO ANABITARTE y MENÉNDEZ REXACH[8] parecen dar un paso más al definir el acto administrativo firme como «aquel contra el que no cabe ya recurso alguno (ni de alzada, ni de reposición, ni contencioso-administrativo), por haberse desestimado todos los recursos interpuestos o por haber transcurrido el plazo para interponerlos»[9], añadiendo, a la inversa, que «un acto no es firme cuando frente a él cabe interponer algún recurso (alzada, reposición o contencioso-administrativo) o se está tramitando alguno de ellos».

Como se observa, la concepción que del acto firme tienen los dos últimos autores citados es más amplia que la del primero. Sea como fuere, la doctrina administrativista tradicional comparte la idea de que la firmeza del acto depende de que no quepan contra él ni un recurso administrativo ni un recurso judicial.

B) Hacia una concepción dualista de la firmeza del acto administrativo: en vía administrativa y en vía jurisdiccional

Frente a la anterior concepción unitaria, la legislación administrativa se ha ido decantando por un desenvolvimiento del requisito de firmeza de los actos administrativos distinguiendo dentro de él las dos vías en las que puede apreciarse su concurso: cabe contemplar el concepto de firmeza desde esta doble perspectiva, distinguiéndose así entre la firmeza en vía administrativa y la firmeza en vía jurisdiccional. La primera se produciría respecto de los actos que no fueran susceptibles de recurso alguno ante la Administración, bien por haber transcurrido los plazos para su interposición sin que esta hubiera tenido lugar o bien porque, habiéndose interpuesto recurso administrativo, este hubiera sido totalmente desestimado o inadmitido, quedando tan solo pendiente, en su caso, la vía judicial. Si, además de lo anterior, no pudiera derivarse recurso alguno contra el acto ante la jurisdicción contencioso-administrativa, el acto sería firme en la vía jurisdiccional.

Obsérvese que la firmeza en vía jurisdiccional presupone necesariamente la firmeza en vía administrativa, por lo que en realidad la primera se identificaría con el concepto tradicional unitario a que se refiere el apartado A) precedente. En el caso de interposición del recurso contencioso-administrativo antes de terminar el plazo del de reposición, sería precisamente tal interposición la que por sí cerraría la vía administrativa, al menos para el recurrente porque puede ser que el acto hubiera sido recurrido en vía administrativa por otros interesados, para quienes no estaría cerrada dicha vía.

En la LPAC encontramos numerosas referencias a la firmeza en vía administrativa como concepto diferente del de firmeza en vía jurisdiccional (por ejemplo, en sus arts. 90, 113 y 125).

La jurisprudencia se muestra reacia a admitir la distinción, al menos desde el punto de vista terminológico, decantándose por la existencia de un concepto único de firmeza que comprendía tanto la vía administrativa como la jurisdiccional. Como muestra cabe citar, entre otras, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 1986 *(RJ* 1986, 1141), que considera que el objeto del recurso contencioso-administrativo está constituido por «los actos de la Administración que no sean susceptibles de ulterior recurso ordinario en vía administrativa, es decir, contra actos definitivos o de trámite cuando estos cierren aquella, pero que racionalmente no se califican de firmes, dado que cabe el recurso jurisdiccional». No se admite, pues, la calificación como firme en vía administrativa de un acto que, aun no siendo susceptible de recurso administrativo, sí lo es de recurso judicial. En idéntico sentido, la Sentencia de la misma Sala de 26 de marzo de 1986 (*RJ* 1986, 1160), se refiere a una resolución administrativa en estos términos: «estando impugnada la primera de ellas ante esta Jurisdicción Contencioso-Administrativa, es evidente que no ha quedado firme o consentida, y por lo tanto, su ejecución lo sería de un acto administrativo aún sujeto a revisión jurisdiccional»[10]. En cambio, la Sentencia de 20 de mayo de 1997 *(RJ* 1997, 3689), parece vislumbrar la distinción al definir los actos consentidos y firmes: «Un acto es consentido cuando el interesado deja transcurrir el plazo establecido en la Ley para recurrirlo en vía administrativa. El acto consentido cierra el paso a la vía jurisdiccional por ser un acto propio del justiciable».

Más clara es la Dirección General de los Registros y del Notariado a la hora de aceptar la distinción. Así, la Resolución de 26 de marzo de 2007 se refiere abiertamente a la firmeza en vía administrativa: «habiendo ganado firmeza en vía administrativa el acuerdo de aprobación definitiva de un proyecto de reparcelación (…)». Por su parte, la Resolución de 29 de enero de 2009 expresa que «el órgano administrativo puede acordar la resolución del contrato, poniendo fin a la vía administrativa, y siendo tal acuerdo inmediatamente ejecutivo, sin perjuicio de la vía Contencioso-Administrativa. (…) La firmeza de la resolución administrativa (…) en nuestro caso debe predicarse del procedimiento en vía administrativa, de manera que no lo impedirá el hecho de que se hubiera interpuesto recurso Contencioso-Administrativo»[11].

Finalmente, el Consejo de Estado se refiere con toda nitidez a la distinción que nos ocupa en varios Dictámenes, como el número 89/2014, de 3 de abril, que habla expresamente de «actos firmes en vía administrativa» para referirse a los «actos administrativos firmes, contra los que no cabe, por tanto, recurso ordinario en vía administrativa —y ello con independencia de que sí sea posible su impugnación en vía jurisdiccional, tal y como reiteradamente ha declarado el Consejo de Estado (por todos, Dictamen 1920/95)». El Dictamen invocado por el anterior, número 1920/95, de fecha 28 de septiembre, desenvuelve el contenido

de la firmeza de un acto determinado al afirmar que «se trata de un acto firme, al no caber recurso ordinario frente a él (…), siendo indiferente que la situación de firmeza se haya producido bien porque no se haya presentado recurso de reposición, bien porque, resuelto éste, hubiera sido desestimatorio».

5. La aplicación de los conceptos anteriores a los actos administrativos de naturaleza urbanística

A) La distinción entre la firmeza en vía administrativa y en vía jurisdiccional

En la legislación administrativa en general y en la urbanística en particular desde antiguo se ha puesto de relieve la anterior distinción entre la firmeza en vía administrativa y en vía jurisdiccional.

Ninguna de las Leyes del Suelo del Estado ha exigido históricamente la firmeza jurisdiccional de los actos administrativos urbanísticos para su inscripción en el Registro de la Propiedad. La ley de 12 de mayo 1956 sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana más bien apunta en la dirección contraria ya que, tras referirse en su artículo 209 a la inscribibilidad de «los actos administrativos que se produjeren en el ejercicio de las funciones reguladas en la presente Ley», añade en el artículo inmediatamente posterior que «los actos y acuerdos de las Autoridades, Corporaciones y Organismos urbanísticos que no requieran aprobación gubernativa serán inmediatamente ejecutivos, sin perjuicio de los recursos que establece la Ley».

Por su parte, la Ley 19/1975, de 2 de mayo, de Reforma de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana contenía una referencia expresa a la firmeza en vía administrativa en sus artículos 81.2 y 119, al regular la suspensión de licencias «hasta que sea firme en vía administrativa el acuerdo aprobatorio de la reparcelación», lo cual excluye naturalmente la firmeza en vía jurisdiccional. También hacen referencia a esta clase de firmeza los artículos 98 y 133 del Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, y los artículos 41, 124, 113 y 186 del Real Decreto 3288/1978, de 25 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de Gestión Urbanística.

Hay muchas otras muestras legislativas de la distinción entre la firmeza administrativa y la jurisdiccional, entre las cuales podemos citar, a título de ejemplo, las recogidas en los artículos 90, 113 y 125 de la LPAC.

B) Referencias legislativas a la firmeza del acto como requisito de inscripción

Ninguno de los textos anteriores se pronunciaba de manera expresa, no obstante, sobre el requisito de firmeza del acto administrativo de naturaleza urbanística como presupuesto para la inscripción en el Registro de la Propiedad. Es la Ley 8/1990, de 25 de julio, de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo la que lo hace por primera vez en su disposición adicional décima, luego reproducida por el artículo 370 del Real Decreto legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprueba el texto Refundido de la ley del Suelo, y que establecía en su número 1 la inscribibilidad de «los actos firmes de aprobación de los expedientes de ejecución del planeamiento en cuanto supongan la modificación de las fincas registrales afectadas por el Plan, la atribución del dominio o

de otros derechos reales sobre las mismas o el establecimiento de garantías reales de la obligación de ejecución o de conservación de la urbanización».

No se especifica en la citada norma a qué tipo de firmeza se refiere, lo que en principio podría llevarnos a considerar la necesidad de que el acto la hubiera ganado tanto en vía administrativa como en la jurisdiccional. No obstante, una interpretación sistemática del texto refundido de 1992 nos ofrece la solución, ya que el artículo 169 declara terminantemente que «una vez firme en vía administrativa el acuerdo de aprobación definitiva de la reparcelación, se procederá a su inscripción en el Registro de la Propiedad en la forma que se establece en el artículo 310».

La única conclusión que cabe extraer de la lectura combinada de los artículos 370 y 169 del texto refundido de la Ley del Suelo de 1992 es que cuando el primero, al enumerar los actos de naturaleza urbanística inscribibles, incluye los actos «firmes» de aprobación de los expedientes de ejecución del planeamiento, se está refiriendo exclusivamente a la firmeza en vía administrativa, pero no necesariamente a la jurisdiccional.

C) El Real Decreto 97 y el TRLS 15: la regla general de firmeza en vía administrativa

Como vimos, el artículo 1 del Real Decreto 1093/1997, al enumerar los actos de naturaleza urbanística inscribibles en el Registro de la Propiedad, incluye entre ellos en su apartado 1 «los actos firmes de aprobación de los expedientes de ejecución del planeamiento, en cuanto supongan la modificación de las fincas registrales afectadas por el Plan, la atribución del dominio o de otros derechos reales sobre las mismas o el establecimiento de afecciones o garantías reales que aseguren la obligación de ejecutar o de conservar la urbanización». Con ello se está haciendo referencia directa y expresa al requisito de «firmeza» del acto.

En cambio, el artículo 2.2 del mismo Real Decreto se refiere al otro requisito analizado en el apartado 4 anterior, es decir, al relativo al fin de la vía administrativa, al disponer que «salvo los casos en que la legislación establezca otra cosa, los actos administrativos se inscribirán mediante certificación de la misma naturaleza que cumpla los siguientes requisitos: (…) b) Que exprese que el acto ha puesto fin a la vía administrativa, salvo lo dispuesto en este Reglamento para acuerdos determinados (…)».

Los artículos transcritos contemplan de forma inmediata dos objetos diferentes: el 1.1 del Real Decreto 1093/1997 (y el 65 del TRLS 15) se referiría a los requisitos del acto para que pueda acceder al Registro (al exigir que este sea firme), mientras que el 2.2 regularía los requisitos, no del acto en sí, sino de la certificación como título inscribible (al requerir que exprese que dicho acto pone fin a la vía administrativa). Siendo cierto lo anterior, también lo es que de manera mediata ambos requisitos son directamente predicables del acto administrativo documentado en la certificación.

Por ello, interpretando literalmente estos preceptos cabría entender que los dos requisitos expuestos —que el acto sea firme y que ponga fin a la vía administrativa— son exigibles de forma cumulativa. Teniendo en cuenta la delimitación conceptual que hemos hecho de ellos en el apartado precedente, la consecuencia jurídica de las normas que analizamos se traduciría en una doble exigencia: a) que el acto no sea susceptible de recurso administrativo ante órgano jerárquico superior (alzada), y b) que sea firme. Como puede observarse, aunque en el plano teórico se trataría de dos requisitos distintos, en la práctica el segundo absorbería

el primero, por lo que la exigencia de este resulta superflua, máxime cuando en el ámbito urbanístico los actos inscribibles normalmente no son susceptibles de recurso de alzada, sino sobre todo del de reposición y del contencioso-administrativo en los términos que quedaron expuestos.

Puede concluirse en consecuencia que los requisitos exigidos por los artículos 1.1 y 2.2 del Real Decreto 97 para la inscripción de los actos de naturaleza urbanística se reconducen a uno solo: que el acto sea firme. Así parece entenderlo la Dirección General en la Resolución de 7 de octubre de 2015 cuando, al referirse al citado artículo 2.2, señala que «es preciso que en la certificación administrativa, título formal, se contengan unas determinaciones sujetas a calificación registral: expresión del acto administrativo que fundamenta la imposición de condiciones o limitaciones (…), específica constancia de la firmeza en vía administrativa del acto —Resolución de 12 de febrero de 2014—, descripción indubitada de la finca registral afectada y circunstancias personales del interesado».

Queda en pie la cuestión relativa a la extensión de la firmeza a la que se refieren las normas del Real Decreto 97, es decir, la de determinar si basta con que no quepa contra el acto ningún recurso administrativo o es necesario, además, que esté cerrada la vía judicial de recursos. Como se ha visto, la interpretación literal de los preceptos enunciados no permite llegar a una solución solvente de la cuestión.

Entran en juego entonces los restantes elementos hermenéuticos. El criterio histórico empleado en los apartados precedentes nos lleva a afirmar que no puede generalizarse la exigibilidad de la firmeza en vía jurisdiccional como requisito para la inscripción, sino que más bien la tendencia es la contraria, bastando por tanto con la firmeza en vía administrativa.

Esta primera conclusión se fortalece si se tiene en cuenta nuevamente la literalidad de las palabras empleadas, en especial, por el artículo 2.2 porque, por un lado, aunque no se refiere expresamente al requisito de firmeza (sí de forma implícita en nuestra opinión según lo expuesto), contiene la expresión «en vía administrativa», lo cual acota con claridad la problemática que contemplamos excluyendo la vía judicial.

Acudiendo al criterio interpretativo lógico debe repararse en que el mismo artículo 2.2 está estableciendo una regla general, ya que establece, no una, sino dos salvedades: «salvo los casos en que la legislación establezca otra cosa» y «salvo lo dispuesto en este Reglamento para acuerdos determinados». Este modo de pronunciarse nos lleva al elemento sistemático para comprobar que, siendo la regla general la exigencia de la firmeza en vía administrativa, existen en el propio Real Decreto dos excepciones, en las que, además, es precisa la firmeza en vía jurisdiccional: las contenidas en los artículos 31.4 y 63.1 del Real Decreto 97, a los que luego nos referiremos.

En definitiva, con las dos excepciones señaladas y sin perjuicio de «lo dispuesto en este reglamento para casos determinados» según el artículo 2.2 del Real Decreto 97, la regla general es la inscribibilidad de las certificaciones administrativas en que conste la firmeza del acto en vía administrativa. Esta regla general es la predicable respecto de los proyectos de equidistribución conforme al artículo 6, según el cual «será título idóneo para la inscripción de la reorganización de la propiedad la certificación de la Administración actuante acreditativa de la aprobación definitiva del proyecto (…)». Según lo expuesto hasta aquí, esta aprobación definitiva supone siempre el agotamiento de la vía administrativa, pero no necesariamente la firmeza en esta vía del acto, por lo que para su inscripción registral será necesario que se haga referencia a dicha firmeza.

El artículo 65.1.a) del TRLS 15 reproduce en lo esencial lo dispuesto por el 1.1 del Real Decreto 97, hablando igualmente de firmeza sin especificar a qué vía o vías se refiere. No obstante, no hay gran dificultad en entender que se está limitando a la firmeza en vía administrativa al igual que sucede con el segundo por los motivos que ya han quedado expuestos. Así lo confirma el artículo 23.6 del mismo TRLS 15 respecto de los expedientes de equidistribución, al disponer que «una vez firme en vía administrativa el acuerdo de aprobación definitiva de la distribución de beneficios y cargas, se procederá a su inscripción en el Registro de la Propiedad en la forma que se establece en el artículo 68».

La Dirección General se hace eco de la enunciada regla general en la Resolución de 12 de febrero de 2014, al razonar como sigue: «Con todo, no puede negarse la eficacia rectificatoria de dicha resolución si ha agotado la vía administrativa, por más que sea susceptible de revisión en vía judicial, ya ante los tribunales contencioso-administrativos ya ante los tribunales ordinarios, pues, con carácter de regla general (no exenta de excepciones y de matizaciones importantes: vid. «ad exemplum» artículo 39.4.a del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo, o artículo 29 del Reglamento de Costas), es necesaria y suficiente la firmeza en vía administrativa para que los actos administrativos que implican una mutación jurídico-real inmobiliaria sean susceptibles de inscripción en el Registro de la Propiedad (*vid.*, entre otros, arts. 9.2, 18.6 y 51.1 a *y.g* del citado texto refundido de la Ley de Suelo, 53 de la Ley de Expropiación Forzosa y 27 del Reglamento Hipotecario, y Resoluciones de 22 de junio de 1989, 14 de octubre de 1996 y 27 de enero de 1998)».

No obstante, el Centro Directivo se ha apartado de esta línea al acoger en determinados supuestos la excepción en lugar de la regla general. Nos referimos a la Resolución de 30 de marzo de 2016, relativa a la cancelación de un derecho de reversión expropiatoria exigiendo la firmeza en ambas vías al afirmar que «cabe confirmar la calificación en cuanto a la exigencia de certificación del acto administrativo firme que, con audiencia del interesado, declare la extinción del derecho de reversión, siempre y cuando tal decisión haya adquirido firmeza, también en vía jurisdiccional, por sentencia judicial confirmatoria o por transcurso de los plazos de impugnación ante la jurisdicción contencioso administrativa, lo cual podrá acreditarse por la propia certificación administrativa». Tal exigencia fue comentada por LASO BAEZA y por el autor de estas líneas por considerar dudoso que tuviera plena justificación legal[12].

El Real Decreto 97 nos proporciona una prueba clara de ser la regla general la de considerar exigible solo la firmeza administrativa, al regular en su Capítulo VIII las anotaciones preventivas. Esta regulación presupone la existencia de un acto inscrito en el Registro por haber ganado firmeza en vía administrativa pero no en vía jurisdiccional, al ordenarse la práctica de la anotación precisamente por la autoridad judicial que conoce de un recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el mismo acto inscrito.

Este modo de proceder resulta, además, amparado por los principios tradicionales de ejecutividad y eficacia propios de los actos administrativos así como la presunción de validez de los mismos.

El principio de ejecutividad se recoge en el artículo 38 de la PAC, según el cual «los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo serán ejecutivos con arreglo a lo dispuesto en esta Ley». El artículo 39 siguiente añade en su apartado 1 que «los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa».

Dado que, conforme al segundo de los artículos citados, los actos administrativos producen efectos «desde la fecha en que se dicten», es obvio que su eficacia y su ejecutividad no quedan aplazados hasta el momento en que adquieran plena firmeza, afirmación que queda además bajo la cobertura de la presunción del artículo 38.

La sola interposición de un recurso contencioso-administrativo no produce por sí la suspensión de la ejecutividad del acto impugnado ni afecta a su eficacia, por lo que este continuará surtiendo sus efectos propios a pesar de la iniciación del procedimiento judicial. No obstante, para evitar que la ejecución del acto pudiera obstaculizar o impedir la aplicación de una eventual sentencia estimatoria, se establece la posibilidad de solicitar al órgano judicial que declare dicha suspensión como medida cautelar (arts. 129 y sigs. de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa). Con la misma finalidad de asegurar las resultas del procedimiento judicial caben otras medidas cautelares entre las que destaca la posibilidad de obtener la anotación preventiva de interposición del recurso contencioso-administrativo (arts. 67 y sigs. del Real Decreto 97).

En cuanto a la acreditación de la firmeza del acto, la propia certificación habrá de expresar esta circunstancia, lo que suscita una problemática especial cuando el acto administrativo inscribible no se produjo de forma expresa, sino por silencio administrativo, cuestión que fue abordada de forma exhaustiva por LASO BAEZA en esta misma revista[13].

D) Excepciones a la regla general: la firmeza jurisdiccional

La regla general expuesta en el apartado anterior tiene varias excepciones. En el Real Decreto 97 encontramos dos. La primera es la relativa a la inscripción de cesiones de terrenos en que concurran ciertas circunstancias especiales (las del art. 30.2), estableciendo el artículo 31.4 que en la correspondiente certificación administrativa conste «que la resolución administrativa en la que se acordó la ocupación unilateral no es susceptible de recurso alguno, administrativo o jurisdiccional, salvo el posible recurso de revisión».

La otra excepción del Real Decreto 97 afecta a las anotaciones preventivas de inicio de expediente de disciplina urbanística y se contiene en el artículo 63.1, el cual, además se asienta sobre la distinción entre firmeza en vía administrativa y judicial, al disponer que «cuando adquiera firmeza la resolución de la Administración a cuyo favor se hubiere tomado la anotación, por la que se declare la existencia de la infracción o el incumplimiento de las obligaciones correspondientes, se practicarán, según los casos, los siguientes asientos: 1. Si la resolución impusiere el deber de ceder fincas determinadas o partes concretas de las mismas, se practicará asiento de inscripción, siempre que la certificación correspondiente cumpliese con los requisitos establecidos en el artículo 2 de este Reglamento y el acuerdo no fuese susceptible de recurso jurisdiccional (…)». Es indudable que el inciso inicial del artículo se refiere a la firmeza en vía administrativa y el último de su apartado 1, a la vía jurisdiccional.

Fuera del Real Decreto 97 existen también otras excepciones a la regla general. Así, el artículo 52.4 del TRLS 15 (recogiendo la misma norma que antes contenía el art. 39.4.a del texto refundido de la Ley de Suelo de 2008) regula el acceso al Registro de la Propiedad de las limitaciones, obligaciones, plazos o condiciones de destino de las fincas integrantes de un patrimonio público de suelo, estableciendo que «cuando se hayan configurado como causa de resolución,

esta se inscribirá (…) siempre que dicho acto no sea ya susceptible de recurso ordinario alguno, administrativo o judicial».

6. Reflexiones finales sobre la plena razonabilidad de la solución apuntada

La acreditación de la firmeza administrativa mediante su expresión en la propia certificación como requisito para su inscripción constituye una especialidad del régimen administrativo general de los actos en su aplicación al sistema registral o, más bien, una adaptación a este. Si, como vimos, los actos administrativos son plenamente eficaces desde que se dictan y se presumen válidos conforme a los artículos 38 y 39 de la LPAC, en principio cabría admitir su inscripción en el Registro sin necesidad de ningún requisito adicional. Por ello, al ser preciso que los actos hayan logrado firmeza en vía administrativa para que pueda tomarse razón registral de ellos, se está alterando en cierta medida el régimen normal de eficacia de los mismos.

En nuestra opinión, esta adaptación del régimen ordinario de eficacia de los actos administrativos al sistema registral logra un engarce perfecto entre ambas instituciones. Si no fuera precisa la firmeza en vía administrativa se pondría en peligro la propia esencia del sistema hipotecario, como advierte GARCÍA GARCÍA[14]: «a pesar de la inscripción, cabe, naturalmente, ulterior recurso contencioso-administrativo y la anotación preventiva de esta impugnación, conforme a los artículos 66 y siguientes del Reglamento de 4 de julio de 1997, para evitar así que surjan terceros que no quedarían afectados por el expediente. En cambio, mientras la vía administrativa esté abierta no cabe la inscripción, pues se podría producir indefensión, ya que si se obtiene la inscripción y surgen terceros, el reclamante no podría tomar anotación preventiva de la solicitud de recurso de reposición, al no estar previsto, a diferencia de la impugnación en vía contencioso-administrativa».

Por tanto, de no existir la exigencia de firmeza administrativa, quedaría perturbado de forma inadmisible el tráfico jurídico cuya seguridad constituye el fin último del Registro de la Propiedad. Piénsese, por ejemplo, en el caos jurídico que se produciría si pudiera inscribirse un proyecto de equidistribución aprobado por un acto aún no firme en vía administrativa, en cuyo caso podría suceder que, recurrido este en reposición, se vendieran a terceros las fincas de resultado, inscribiéndose a favor de los mismos antes de recaer la resolución de dicho recurso; mejor no imaginar que este finalmente fuera estimado acordándose la anulación del proyecto.

En otro orden de cosas, si, además de la firmeza en vía administrativa se exigiera la jurisdiccional, la sola interposición de un recurso contencioso-administrativo produciría por sí efectos suspensivos al impedir su acceso al Registro, lo que no solo es contrario a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, sino que supondría un lastre para el tráfico jurídico inmobiliario (al obstaculizar la posibilidad de realizar actos jurídicos inscribibles sobre las fincas afectadas, tales como constituciones de hipotecas para el acceso al crédito). Además, tal posibilidad supondría atribuir al recurrente un privilegio excepcional al permitirle obtener la suspensión de efectos del acto sin la carga de tener que prestar la fianza prevista por dicha Ley, lo que permite recordar las reflexiones de LASO MARTÍNEZ[15] cuando, tras exponer los efectos perniciosos de la anotación preventiva para el titular del inmueble sobre el que pesa, concluye que «por eso tan excepcional y agresiva medida parece que ha de tener una contrapartida obligada:

la exigencia de una caución congruente con el perjuicio que cause, si se parte además de que el objeto del proceso es un acto presumiblemente legítimo».

NOTAS

[1] Una prueba de ello nos la ofrece el artículo 123 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

[2] GARCÍA-TREVIJANO FOS, J.A., *Los actos administrativos*, Civitas, 1986, segunda edición (213).

[3] Equiparan estos conceptos, entre otros, GALLEGO ANABITARTE, A. y MENÉNDEZ REXACH, A., *Acto y procedimiento administrativo,* Marcial Pons, 2001 (75); PARADA, R., *Derecho Administrativo I, Parte General*, Marcial Pons, 2000 (109); GARCÍA DE ENTERRÍA, E., Y FERNÁNDEZ, T.-R., *Curso de Derecho Administrativo I,* Aranzadi, 13.ª edición, 2006 (577); GONZÁLEZ PÉREZ, J. y GONZÁLEZ NAVARRO, F., *Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común,* Civitas, 1993 (690).

[4] *Op. cit.,* 75.

[5] *Op. cit.,* 109.

[6] *Op. cit.,* 577.

[7] *Op. cit.,* 110.

[8] GALLEGO ANABITARTE, A. y MENÉNDEZ REXACH, A., *op. cit.,* 76.

[9] La posibilidad de interposición de recurso de revisión en los limitados supuestos en que es admisible no impide la firmeza del acto dado el carácter extraordinario de este recurso y por presuponer su interposición precisamente la firmeza del acto.

[10] En la misma línea, aboga claramente por un concepto unitario de firmeza la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 1979 *(RJ* 1979, 4176).

[11] En el mismo sentido cabe citar las Resoluciones de 12 de febrero de 2014 y de 24 de marzo de 2015.

[12] LASO BAEZA, V., La doctrina de la Dirección General sobre la reversión en la expropiación de suelos de propietarios no adheridos a una Junta de Compensación, *RCDI* núm. 755, mayo-junio de 2016, 1727 y sigs., y LANZAS MARTÍN, E.P., El derecho de reversión expropiatoria: su clasificación, constancia registral y requisitos para su cancelación, *RCDI* núm. 756, julio-agosto de 2016, 2360 y sigs.

[13] LASO BAEZA, V., Silencio administrativo positivo e inscripción de segregación. Su posible traslación a otros actos urbanísticos con trascendencia registral, *RCDI* núm. 680, noviembre-diciembre de 2003, 3452 y sigs.

[14] GARCÍA GARCÍA. J.M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario. Tomo V. Urbanismo y Registro*, Civitas 1999, 1.ª ed., 104.

[15] LASO MARTTÍNEZ, J.L., Cautelas registrales para el proceso contencioso-administrativo, *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 77, enero-marzo 1993, 88.

4. DERECHO BANCARIO

Gastos e impuestos asociados a la constitución de préstamos hipotecarios a la luz de la STS de 23 de diciembre de 2015 y los ulteriores pronunciamientos de las Audiencias Provinciales. Especial referencia a los aranceles notariales, registrales, Impuesto de Actos Jurídicos Documentados y gastos procesales

Expenses and taxes related to mortgage loans in the light of the judgment of the Supreme Court rendered on December 23th, 2015 and the subsequent case-law of Provincial Appellate Courts. Particular reference to Notary and Property Registry fees, Stamp Duty and costs associated with litigation

por

SERGIO AGUILAR LOBATO
Abogado

RESUMEN: En relación con los préstamos hipotecarios suscritos entre una entidad de crédito y un consumidor, la STS de 23 de diciembre de 2015 sostuvo que la cláusula en virtud de la cual se imputan al prestatario todos los gastos e impuestos asociados al mentado negocio jurídico podría constituir una estipulación abusiva, al ser contraria a ciertos artículos del Derecho de Consumo y Tributario. Teniendo en consideración que el precitado fallo puede constituir una nueva tendencia en el sector financiero, el presente estudio doctrinal se centra en las principales razones esgrimidas por el Alto Tribunal. Asimismo, se analiza la ulterior jurisprudencia que ha recaído sobre este asunto para aclarar si las Audiencias Provinciales están siguiendo el criterio establecido por el Tribunal Supremo.

ABSTRACT: In relation to mortgage loans signed between a bank and a consumer, the judgment of the Supreme Court rendered on December 23th, 2015 construed that a clause whereby all expenses and taxes arisen by the aforementioned contract are passed to the debtor could be abusive since it is against some articles of Consumer Law and Tax law. As the aforementioned judgment could constitute a landmark case in the financial sector, the present academic study is focused on the main arguments invoked by the Supreme Court. Additionally, the subsequent

case-law is analysed in order to determine if the Provincial Appellate Courts are following the approach provided by the Supreme Court.

PALABRAS CLAVE: Gastos e impuestos de hipoteca. Prestamista. Prestatario.

KEY WORDS: Expenses and taxes of a mortgage loan. Lender. Debtor.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. APROXIMACIÓN AL SUSTRATO FÁCTICO E ÍTER PROCESAL.—III. ARANCELES NOTARIALES Y REGISTRALES.—IV. IMPUESTO DE ACTOS JURÍDICOS DOCUMENTADOS.—V. GASTOS PROCESALES, HONORARIOS DE ABOGADO Y ARANCELES DE PROCURADOR.—VI. CONCLUSIONES.—VII. BIBLIOGRAFÍA.—VIII. JURISPRUDENCIA CONSULTADA.

I. INTRODUCCIÓN

Actualmente, un nuevo debate ha surgido en torno a la posible nulidad de una cláusula inserta en multitud de escrituras de préstamo hipotecario cuyos sujetos intervinientes eran entidades de crédito y consumidores. Dicha cláusula, omnicomprensiva en esencia, se caracteriza por hacer cargar al prestatario con todos los gastos dimanantes de dicho negocio jurídico. Pese a ser esta una cuestión ya tratada en nuestro ordenamiento, al haber abordado previamente el Tribunal Supremo asuntos de similar naturaleza[1], su último impulso ha venido provocado por un pronunciamiento del Alto Tribunal, constituido por la STS de 23 de diciembre de 2015, (en adelante, también referida como la «Sentencia»). Este fallo aporta una interpretación ciertamente novedosa en lo que atañe a los gastos e importes vinculados a la constitución de la escritura de préstamo hipotecario, al haber declarado abusiva la repercusión al prestatario de i) los aranceles notariales y registrales, ii) el Impuesto de Actos Jurídicos Documentados (en lo sucesivo, e indistintamente, también «IAJD»)[2] y iii) los gastos procesales y pre-procesales[3], entre otros gastos relacionados con el mentado negocio jurídico, que se universalizaban en una misma cláusula cuyo contenido integral se expone en el presente estudio. Tanto es así, que podría afirmarse que dicho pronunciamiento ha constituido un nuevo hito jurisprudencial en la litigiosidad referida a las entidades de crédito y clientes bancarios[4], y ello por una doble justificación. En primer lugar, por abrir un nuevo frente de reclamaciones en masa, cuyo impacto económico plantea todavía consecuencias inexploradas. En segundo lugar, por los efectos que conlleva haberse dictado por el Pleno del Tribunal Supremo[5].

II. APROXIMACIÓN AL SUSTRATO FÁCTICO E ÍTER PROCESAL

Dado que todo análisis jurídico precisa de su correlativo supuesto de hecho previo sobre el que proceder a la subsunción de la norma aplicable, se expondrá en las siguientes líneas una descripción sucinta, pero ilustrativa, del relato fáctico del que conoció la Sentencia.

Una conocida organización, dedicada a la defensa de los intereses de los consumidores y usuarios, ejercitó una acción colectiva cuyo objetivo principal era la declaración de abusividad de ciertas cláusulas insertadas en hasta cinco tipos de contratos ofrecidos por dos entidades de crédito[6]. Entre las cláusulas impugnadas, se reproducirá a continuación una que presenta particular interés a los efectos del presente estudio, por referirse a los gastos vinculados al préstamo hipotecario. Parte de su contenido era el siguiente: «*Son de cuenta exclusiva de la parte prestataria todos los tributos, comisiones y gastos ocasionados por la preparación, formalización, subsanación, tramitación de escrituras, modificación —incluyendo división, segregación o cualquier cambio que suponga alteración de la garantía— y ejecución de este contrato, y por los pagos y reintegros derivados del mismo, así como por la constitución, conservación y cancelación de su garantía, siendo igualmente a su cargo las primas y demás gastos correspondientes […]*»[7]. Tras el escrito alegatorio de contestación por parte de las demandadas[8], y los correspondientes trámites procesales, el Juzgado de lo Mercantil número 9 de Madrid, en su Sentencia de fecha 8 de septiembre de 2011 estimó parcialmente la demanda[9]. Empero, dicho pronunciamiento fue objeto de recurso de apelación interpuesto por las representaciones procesales de todas las partes. El recurso de apelación fue resuelto por la SAP de Madrid, Sec. 28.ª, de 26 de julio de 2013, estimando parcialmente las pretensiones de la demandante y del Ministerio Fiscal, y desestimando en su integridad los recursos planteados por las entidades crediticias demandadas. Ante esta última resolución, las codemandadas interpusieron, respectivamente, recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

III. ARANCELES NOTARIALES Y REGISTRALES

Como preludio a este apartado, se hace necesario advertir que los gastos analizados son aquellos en los que se incurre en virtud de la escritura de constitución del préstamo hipotecario y su posterior inscripción, quedando desplazados de este estudio los pertenecientes al negocio jurídico que tiene como objeto la escritura de mera compraventa[10].

El Alto Tribunal analiza la cuestión que encabeza el presente epígrafe en su Fundamento Jurídico quinto g), titulado «*Séptimo motivo (cláusula de gastos del préstamo hipotecario)*». Parte, al realizar su labor exegética, de los artículos que regulan la atribución de dichos gastos en la normativa sectorial aplicable a los Notarios y Registradores, apoyándose a continuación, preferentemente, en lo previsto por el artículo 89.3 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 Consumidores y Usuarios (TRLGCU). El mandato contenido en dicho precepto no hace sino consagrar la abusividad de, entre otras cláusulas, aquellas estipulaciones que hagan cargar al consumidor con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al empresario.

Teniendo en consideración la precitada previsión legal, surge la inevitable cuestión acerca de a quién atribuye la normativa sectorial el pago de los gastos notariales y registrales ocasionados por la escritura de constitución del préstamo garantizado con hipoteca. Concretamente, conviene preguntarse si, efectivamente, es o no el empresario quien debe asumir los gastos a los que se refiere la legislación tuitiva de los intereses de los consumidores en el referido artículo 89.3, en orden a determinar o descartar el potencial carácter abusivo de la cláusula litigiosa[11].

En lo atinente a los gastos notariales, para determinar qué sujeto de derecho debe asumirlos, ha de acudirse a lo patentado por el artículo 63 del Decreto de 2 de junio de 1944, por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado (RN), en cuya virtud: «*la retribución de los Notarios estará a cargo de quienes requieran sus servicios*». Otro precepto de naturaleza complementaria al anterior, y al que expresamente se remite este último, se halla en el Anexo II, norma general sexta, del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios (RDAN), según el cual «*la obligación de pago de los derechos corresponderá a los que hubieren requerido la prestación de funciones o los servicios del Notario y, en su caso, a los interesados según las normas sustantivas y fiscales, y si fueren varios, a todos ellos solidariamente*».

Sobre los gastos registrales y su positivización, debe consultarse el artículo 19 bis 6.ª del Decreto de 8 de febrero de 1946, por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria (LH), que se pronuncia del siguiente modo: «*los derechos arancelarios se abonarán por el interesado a cada Registrador en su parte correspondiente*». Comoquiera que dicho artículo presenta cierta ambivalencia, profundizando más en la materia, puede hallarse el desarrollo normativo de este precepto, representado por la norma octava del Anexo II del Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad (RDAR). Dicho texto establece lo siguiente: «*los derechos del Registrador se pagarán por aquel o aquellos a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho […]*».

A modo de conclusión, del contenido establecido por la referida normativa sectorial puede inferirse que los mentados preceptos parecen imputar los aranceles notariales y registrales al solicitante (RN y RDAN) o interesado (LH y RDAR), determinándolo como sujeto obligado a abonarlos. Se echa en falta una mayor precisión, o un contenido más sencillo, que atribuyera expresamente al prestamista o al prestatario, su imputación. Un déficit que, de *lege ferenda*, debería ser subsanado en pos de garantizar una mayor seguridad jurídica en nuestro sistema hipotecario. Por ello, en esta zona gris en la que se posiciona el ordenamiento, surge un interrogante al que se adivina una solución que dista mucho de ser pacífica, al existir una doble interpretación hermenéutica en cuanto al tenor literal de los mismos. Así, en relación a ese debate acerca de quién solicita o está interesado en la constitución de la garantía hipotecaria, es decir, quién es el sujeto deudor de los gastos, destaca la presencia de dos corrientes antagonistas.

La primera de ellas, de carácter formalista, conllevaría la imputación de los aranceles notariales y registrales al prestatario, y propone los siguientes argumentos para refrendar tal postura:

- Es el cliente bancario el protagonista del primer trámite del proceso de concesión del préstamo que finaliza con la constitución de la garantía hipotecaria y su posterior inscripción en el Registro de la Propiedad. Este argumento se refuerza, y halla su máximo exponente, en supuestos como la solicitud de ampliación de hipoteca, donde se puede apreciar con mayor nitidez la iniciativa del prestatario[12].
- También se ha intentado alegar el interés del prestatario en proceder a la constitución del préstamo hipotecario, como una vía de acceder al crédito para financiar la compraventa que subyace a dicho negocio. De esta forma, se justificaría el desplazamiento por parte de la entidad de crédito al

deudor de dichas obligaciones al ser, de acuerdo al concepto utilizado por la legislación sectorial, el verdadero interesado.
- A su vez se ha argumentado que el acreedor hipotecario, al solicitar los servicios del Notario, actúa en calidad de mandatario del prestatario, quien sería, a la sazón, el verdadero interesado en la concesión del préstamo[13].
- Otra fundamentación contraria a cargar al prestamista con la totalidad de los aranceles analizados sería, en algunos casos, la falta de un destinatario claro en las facturas asociadas a dichos gastos.
- Asimismo, en algún procedimiento judicial se ha sostenido por parte del órgano *ad quem* que la aquiescencia prolongada del prestatario a la inicial atribución de dichos gastos, así como a su posterior pago y la nula objeción a esta circunstancia durante un largo periodo de tiempo, podría impedir prosperar cualquier acción en reclamación de los aranceles notariales y registrales, tal y como sugiere la SAP de Asturias, Sec. 6.ª, de 25 de noviembre de 2016.

La segunda interpretación, de naturaleza finalista o teleológica, sostiene que deberá ser el acreedor hipotecario quien asuma los gastos arancelarios, basándose en los siguientes argumentos:

- Es el prestamista quien exige la constitución de la escritura pública, dado que una mera operación de préstamo no precisa tal formalidad[14]. Y tampoco necesita acceder al Registro de la Propiedad[15].
- Es el acreedor quien reclama la intervención del Notario, llegando en ocasiones incluso a enviar la minuta que dará forma a la ulterior escritura[16].

Analizadas ambas corrientes, ha de concluirse que el Alto Tribunal, en la Sentencia, atribuye el pago de estas obligaciones al prestamista. Pese a no ser ajeno al hecho de que el principal beneficiado por la celebración del préstamo sería el cliente bancario, considera que la garantía hipotecaria, a la sazón, un negocio jurídico distinto, se adopta en beneficio del prestamista. Y fundamenta su criterio en el especial interés que el acreedor mantiene en la constitución de la hipoteca, de acuerdo con las siguientes consideraciones:

- En primer lugar, y casi principalmente, porque dicha obligación de garantía otorga al banco título ejecutivo *ex* artículo 517 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC). Por lo anterior, la entidad de crédito sería, en el contexto de la normativa sectorial analizada anteriormente, la parte interesada[17].
- En segundo lugar, y al hilo de lo anterior, el prestamista obtendría y adquiriría a su vez la posibilidad de ejecución especial prevista en el artículo 685 del citado texto.
- Otro argumento que destaca el Tribunal Supremo es la utilidad que supone para la entidad de crédito-acreedora el hecho de documentar e inscribir el precitado negocio jurídico, lo que le sirve para constituir garantía real a la luz del mandato contenido en los artículos 2.2 de la LH y del artículo 1875 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (en adelante el Código Civil).

A la postura esgrimida por la Sentencia también podrían adicionarse, como fundamentos accesorios a sus postulados, otra serie de ventajas que adquiere el acreedor. Así, este se vería beneficiado de los privilegios connaturales al principio

prior tempore, potior iure, brocardo consagrado en el artículo 25 LH, y que constituye uno de los principios sobre los que descansa nuestro Derecho Registral. Por otra parte, la entidad de crédito se vería beneficiada por la generación de negocio que le supone cada formalización de un préstamo hipotecario, circunstancia que viene determinada por la íntima conexión que supone la formalización de operaciones de activo en las cuentas de resultado de las entidades de crédito, al ser tradicionalmente estas uno de los pilares sobre los que se ha asentado su actividad.

Teniendo en cuenta las anteriores conclusiones, que confieren al prestamista el papel de sujeto obligado a pagar los gastos asociados a los aranceles notariales y registrales, cabe preguntarse qué consecuencia debe imponerse a la cláusula litigiosa de referencia. Para dar una respuesta a este interrogante, habrá que acudir a lo dispuesto por el TRLGCU, texto que declara abusiva cualquier estipulación contractual que reúna las notas de la cláusula tratada en el presente estudio, lo que determinaría su expulsión del contrato. El Alto Tribunal plantea los siguientes argumentos para llegar a tal conclusión:

- En primer lugar, y con carácter preferente, se ampara en el catálogo de cláusulas consideradas abusivas por el TRLGCU, citando expresamente el artículo 89.2, si bien parece que se está refiriendo también al punto inmediatamente posterior, es decir, al artículo 89.3, que llega a nombrar al inicio de su disertación, y que parecería más adecuado en el ejercicio de subsumir la estipulación litigiosa con la norma jurídica: este último precepto, determina la abusividad de la cláusula que imponga al consumidor los gastos de documentación y tramitación que, por ley, correspondan al empresario. Más concretamente, el artículo 89.3 TRLGCU, establece en varios de sus apartados unos supuestos específicos de abusividad. Así, en su apartado a), señala como abusiva la cláusula que imponga al consumidor el pago de los gastos derivados de la preparación de la titulación que, por su naturaleza, deban ser abonados por el empresario[18].
- En segundo lugar, también sostiene la Sentencia que este tipo de cláusulas no permite una mínima reciprocidad a la hora de afrontar dichos gastos. Por el contrario, al hacer recaer la totalidad de los mismos sobre el prestatario, se está ocasionando un desequilibrio relevante, postura que ha sido íntegramente refrendada por, entre otras resoluciones, el AAP de Tarragona, Sec. 1.ª, de 1 de junio de 2016 o las SSAP de Málaga, Sec. 6.ª, de 5 de julio de 2016 y de Huelva, Sec. 2.ª, de 21 de noviembre de 2016[19].

En relación al enfoque esgrimido por la jurisprudencia menor tras la publicación del fallo, parece casi unánime el acogimiento de la tesis del Alto Tribunal, siendo la mayoría de pronunciamientos epítomes de la Sentencia, al menos en esta cuestión. Así, respecto a nuestras Audiencias Provinciales, cabe citar, entre otras muchas, las SSAP de La Rioja, Sec. 1.ª, de 16 de junio de 2016, de Bilbao, Sec. 3.ª, de 19 de octubre de 2016 y de Huelva, Sec. 2.ª, de 21 de noviembre de 2016. Los Juzgados de Primera Instancia también se han mostrado favorables a seguir este criterio, sirviendo, a modo de ejemplo, la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 87 de Madrid, de 1 de octubre de 2015, la del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Vitoria, de 31 de marzo de 2016 y la del Juzgado de Primera Instancia número 6 de Granollers, de 21 de diciembre de 2016.

Ello no obstante, algunas excepciones han surgido, como por ejemplo el AAP de Castellón, Sec. 3.ª, de 27 de mayo de 2015. Empero, debe advertirse que, res-

pecto a esta última resolución, fue dictada i) con carácter previo a la Sentencia y ii) en el seno de un procedimiento ejecutivo, cauce procesal por el que no era posible, por la propia naturaleza de dicho procedimiento, un pronunciamiento favorable a reconocer la abusividad de la cláusula relativa a los gastos analizados en este epígrafe.

Para finalizar el apartado concerniente a los gastos notariales y registrales, debe hacerse una breve reflexión acerca de la declaración efectuada por la Sentencia: el pronunciamiento parece abrir la puerta a una eventual posibilidad de que las partes intervinientes en un contrato de préstamo hipotecario acuerden una distribución de los gastos tratados, siempre que sea equitativa, tal y como permite la normativa reglamentaria y siempre que tal transacción esté revestida de una mínima reciprocidad[20].

IV. IMPUESTO DE ACTOS JURÍDICOS DOCUMENTADOS

La cláusula litigiosa de referencia, además de los gastos arancelarios ya estudiados, repercutía también en el cliente bancario-consumidor todos los tributos relacionados con el negocio jurídico de referencia. La Sentencia estima que la prestamista debe soportar el pago del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados[21] al ser el sujeto pasivo de tal impuesto[22].

Antes de analizar el criterio expuesto por la Sentencia, y las corrientes opuestas y favorables a dicho enfoque, surge la necesidad perentoria de determinar quién es el sujeto pasivo del IAJD según la normativa tributaria. El marco regulatorio al respecto lo constituye preferentemente el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (en lo sucesivo, el Texto Refundido), en especial en sus artículos 27 a 44. Es su artículo 29 el que prevé como sujeto pasivo del tributo al i) adquirente del bien o derecho, si bien, en su defecto, establece que será ii) quien inste o solicite los documentos notariales, o iii) aquellos en cuyo interés se expidan. Por si este artículo no fuera suficientemente ambiguo, la norma que desarrolla el Texto Refundido no contribuye a aclarar la situación, regulando el referido impuesto en sus artículos 66 a 87. Así, el artículo 68 del Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (en adelante, el Reglamento), prevé lo siguiente: «*será sujeto pasivo el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan. Cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario*». A decir verdad, es esta última previsión la auténtica razón de ser de toda la controversia que se explica a continuación, y que ha motivado el surgimiento de dos posturas divergentes en la determinación del sujeto pasivo del IAJD en los préstamos hipotecarios[23].

La primera de ellas defiende que debe hacerse cargo del IAJD el prestamista. Los argumentos más relevantes han surgido de la mano de AGÜERO ORTIZ y CASERO BARRÓN, y pueden ser resumidos en los siguientes puntos:

- En lo atinente al hecho imponible gravado por el IAJD, se ha sostenido que, en la constitución de un préstamo con garantía hipotecaria, estaría representado por la emisión de la primera copia de la escritura pública de dicha transacción, de la que es destinatario el prestamista. Considerando

lo previsto por el artículo 28 del Texto Refundido, que patenta la sujeción al IAJD de las escrituras, actas y testimonios notariales de toda clase, recuérdese, que, según el artículo 221 del RN, son escrituras públicas i) la matriz y ii) las copias de las mismas expedidas con las formalidades de derecho, considerándose también las copias de pólizas incorporadas al protocolo. No se hace mención a la copia simple, que es la que recibe el prestatario, por lo que no habría lugar, según esta tesis, a considerar a dicha parte interviniente en el préstamo hipotecario como sujeto pasivo del IAJD. Esta premisa debe conectarse con el artículo 31.2 del Texto Refundido[24] y con el artículo 29 de la misma norma, puesto que, como apuntaba anteriormente, la parte que recibe dicha primera copia, y que tiene interés en su obtención, sería el prestamista. De hecho, una vez se constituye el préstamo garantizado, es el derecho real de garantía (y no la obligación principal), lo que se inscribe en el Registro de la Propiedad[25].

- Respecto a la base imponible del tributo de referencia, se ha argumentado que esta está compuesta no solo por el principal prestado, sino por la suma que representa, además de dicho capital, el valor de los intereses, costas y demás indemnizaciones que conforman la garantía hipotecaria que accede al Registro. A esta conclusión se llega tras analizar la primera de las reglas especiales del artículo 30 del Texto Refundido, regulador de la base imponible[26]. Una tesis reforzada por el criterio emitido por la Consulta de la Dirección General de Tributos de 13 de diciembre de 1999[27]. Ante la referida constatación, ciertas voces de la doctrina, como AGÜERO ORTIZ, han disertado acerca de la posible inconstitucionalidad[28] del tributo por no ajustarse al mandato del artículo 31.1 Constitución Española, al no responder a la capacidad económica del contribuyente-prestatario[29]. Un criterio que no se aleja del planteamiento esbozado por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en sus Autos de 22 de septiembre de 2003 y de 28 de junio de 2004, en los que acordó elevar al Tribunal Constitucional cuestión de inconstitucionalidad relativa al artículo 29 del Texto Refundido, en relación con, entre otros, el segundo párrafo del artículo 68 del Reglamento, alegando que podría contravenir varios artículos de la Carta Magna, entre los que se hallaba el artículo 31.1 CE, por la presunta vulneración del principio de capacidad económica. Enfoque que, sin embargo, se ha descartado por el Tribunal Constitucional, como más adelante se verá[30].
- Otro criterio sería el que alega que el contenido del artículo 68 del Reglamento podría estar incurriendo en una extralimitación de lo patentado por el artículo 29 del Texto Refundido, motivada en el hecho de que en los préstamos hipotecarios no existe adquisición alguna por parte del prestatario[31]. Argumento que podría sostenerse si se pone en relación con el primero de los puntos aquí destacados, es decir, si se argumenta que es la emisión de la primera copia de la escritura pública el verdadero hecho gravado por el IAJD en la constitución de un préstamo hipotecario[32].

Expuestos los precedentes argumentos, se hace necesario advertir que la propia legislación tributaria parece albergar una solución poco predispuesta a ulteriores matices, si nos atenemos al tenor literal de la misma. A decir verdad, puede admitirse que, de una lectura del Texto Refundido, surge una decantación razonable a favor de considerar sujeto pasivo de dicho tributo al acreedor hipotecario. Empero, si se profundiza hasta la norma reglamentaria que desarrolla

el citado texto legal, surge un mandato contenido en el tan reiterado artículo 68 que parece disipar cualquier tonalidad gris en torno a su interpretación, al atribuir de forma expresa e inequívoca la condición de sujeto pasivo al prestatario[33]. Esta previsión que realiza el Reglamento, al contrario de lo que sostienen las opiniones antes descritas, no parece que deba considerarse como una contradicción respecto al Texto Refundido. Más bien al contrario, podría constituir una aclaración que se realiza a un supuesto de hecho tan específico como el apuntado. A mayor abundamiento, parece que la validez jurídica del artículo 68 está plenamente refrendada por la constante jurisprudencia de la Sala Tercera del Alto Tribunal[34] que ha recaído sobre este asunto, cuyos argumentos van a recogerse en las próximas líneas.

- En primer lugar, las SSTS de 17 de noviembre de 2001[35], de 27 de marzo de 2006 y de 31 de octubre de 2006 precisan que el «derecho» al que se refiere el artículo 29 del Texto Refundido (cuando define al sujeto pasivo del IAJD como el adquirente del bien o «derecho»), es el propio préstamo que se refleja en el documento notarial. Esta circunstancia motivaría la consideración de que, efectivamente, el adquirente y, a la sazón, sujeto pasivo del IAJD, ha de ser el prestatario[36]. Asimismo, la referida STS de 17 de noviembre de 2001 no es ajena al contenido del artículo 68 del Reglamento, otorgándole un «*indudable valor interpretativo*» a la hora de establecer al prestatario como sujeto pasivo del IAJD.
- Otro argumento que conferiría la condición de sujeto pasivo al prestatario sería la unidad del hecho imponible en torno al préstamo, tesis secundada por las SSTS de 19 de noviembre de 2001[37], de 23 de noviembre de 2001, de 24 de junio de 2002 y de 14 de mayo de 2004. Aunque, en cuanto a la teoría de la unidad del hecho imponible, surgen ciertas dudas en lo que respecta a qué prevalece, si el préstamo o el negocio jurídico vinculado a la constitución de la garantía hipotecaria.
- También ha de tenerse en cuenta la línea argumental hilvanada por el Acuerdo del Consejo de Ministros de 26 de julio de 2002, desestimatorio de un recurso de alzada que solicitaba la declaración de nulidad de pleno derecho del artículo 68 del Reglamento. Establece el Acuerdo que, el mentado precepto reglamentario, es conforme con el artículo 29 del Texto Refundido. Pero además, considera que, en los préstamos hipotecarios, se gravan conjuntamente i) el contrato de préstamo y ii) el de hipoteca. Considerando como sujeto pasivo de los mencionados negocios jurídicos al prestatario, concluye el Acuerdo, que «*cuando se grava por cualquier modalidad del IAJD una escritura que recoge un préstamo hipotecario, el sujeto pasivo es siempre el prestatario*».
- Una interpretación muy bien construida es la que se recoge en la STS de 20 de enero de 2004. En dicho pronunciamiento de la Sala Tercera del Tribunal Supremo se abordan y se refutan los dogmas sobre los que se inspira la doctrina proclive a imputar el IAJD al prestamista por estimar que es el verdadero adquirente del derecho a los efectos del artículo 29 del Texto Refundido. El Alto Tribunal la contradice al argumentar que, en un préstamo hipotecario, quien protagoniza una adquisición es el prestatario, al ser quien recibe la cantidad prestada, quedando únicamente el acreedor garantizado con el derecho real de hipoteca[38]. Este fallo también ataca el argumento que atribuía la condición de adquirente al acreedor, afirmando que en los negocios jurídicos consistentes en préstamos garantizados con

hipoteca, existen numerosos documentos notariales que se formalizan a instancia del prestatario, citando, como ejemplo, la cancelación parcial del préstamo, la extinción de la hipoteca y su correlativa acta, o el acta de subrogación en un préstamo hipotecario. Asimismo, para destruir la presunción de considerar adquirente al prestamista, se ha alegado por la doctrina tributarista el carácter accesorio de la garantía hipotecaria respecto a la obligación principal, constituida por el préstamo. Esta naturaleza de la hipoteca determinaría que lo que realmente se inscribe en el Registro es el préstamo. Por lo anterior, el adquirente descrito y considerado como sujeto pasivo del IAJD en el artículo 29 del Texto Refundido, sería el prestatario, que adquiere la suma económica representada por el préstamo, siendo además el precitado negocio jurídico lo que se inscribe. Este criterio ha sido defendido por la Resolución del Tribunal Económico Administrativo Central, de 28 de abril de 2004, número 00/4122/2003.

- Finalmente, frente al argumento anteriormente referido acerca de la posible conculcación del principio de capacidad económica consagrado en el artículo 31 de la Constitución por parte del artículo 68 del Reglamento, debe destacarse el ATC de 18 de enero de 2005, dictado por el Pleno[39], ante una cuestión planteada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. En especial, ha de destacarse el concepto de «riqueza potencial» que pergeña el pronunciamiento, cuyo alcance puede servir de cauce para cuestionar esa posible vulneración del mentado principio. Como decía, riqueza potencial debe entenderse como una manifestación de endeudamiento, lo que sería, a la sazón, una capacidad económica merecedora de ser gravada. Continúa el TC diciendo que aquel sujeto de derecho que ofrezca un bien como garantía de devolución de un préstamo, sería acreedor de una riqueza no ya potencial, sino real, que equivaldría al valor del bien sobre el que se asienta la obligación de garantía. Una interpretación similar es la que acoge el ATC de 24 de mayo de 2005. Por otra parte, el Acuerdo del Consejo de Ministros de 26 de julio de 2002 antes mencionado, afirma que su base, al estar constituida por la cuantía del acto que se documenta, estaría indisolublemente ligada a la capacidad económica del sujeto pasivo.

Una vez detalladas ambas posturas, se tratará ahora la tesis sugerida por la Sentencia, abordándose después su impacto en la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales.

La Sentencia, lejos de ser prolija en su argumentación en este aspecto, realiza una exégesis interpretativa en torno al Texto Refundido, sin entrar a valorar la norma reglamentaria que tanta división plantea. De este modo, tras realizar una breve referencia al contenido de los artículos 8 y 15.1 de dicho texto considera que, en virtud de sus artículos 27.1 y 28, la entidad prestamista «*no queda al margen de los tributos que pudieran devengarse con motivo de la operación mercantil, sino que, al menos en lo que respecta al impuesto sobre actos jurídicos documentados, será sujeto pasivo en lo que se refiere a la constitución del derecho y, en todo caso, la expedición de las copias, actas y testimonios que interese*».

Una vez expuesto lo anterior, considera el Alto Tribunal, apoyándose en la infrascrita decantación, que la entidad demandada carga indebidamente dicho tributo sobre la actora, trayendo a colación la declaración del artículo 89.3.c) TRLGCU, que prevé abusiva la cláusula que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo sea el empresario. Nótese, por ello, que la

verdadera causa invocada por la Sentencia para considerar abusiva esta cláusula, respecto a dicho tributo, es el desplazamiento desde la posición del empresario al consumidor de la referida obligación fiscal. Por ello, quedaría en este caso excluida la tesis del control de transparencia[40]. Esta apreciación es ciertamente relevante, y ello porque de nada serviría una cláusula que, pese a cumplir con los requisitos anudados a las obligaciones de transparencia, repercutiera al consumidor el importe de este tributo, puesto que estaría contraviniendo el ya citado artículo 89.3.c) TRLGCU.

Tras la publicación de la Sentencia, puede afirmarse que su doctrina, en cuanto a quién debe asumir el IAJD, no ha gozado de una aceptación pacífica. Para ello, se expondrán los pronunciamientos más significativos de nuestras Audiencias Provinciales.

Comenzaré, en primer lugar, exponiendo la corriente jurisprudencial que se ha mostrado más favorable a acoger el hilo argumental elaborado por la Sentencia, destacando los siguientes pronunciamientos:

• SAP de Murcia, Sec. 4.ª, de 25 de febrero de 2016

«Con arreglo a estas bases legales el TS en la reciente Sentencia de 23 de diciembre de 2015 se enfrenta a una cláusula sobre gastos de tenor similar a la antes trascrita en un contrato de préstamo hipotecario, y sienta la siguiente doctrina, al proceder del Pleno […]» (pasa a reproducir casi íntegramente los postulados de la Sentencia).

Este pronunciamiento sería uno de los más proclives, hasta la fecha, a acoger la tesis planteada en la Sentencia, no solo por hacer referencia al efecto de sentar doctrina por haberse dictado por el Pleno del Alto Tribunal, sino por continuar su argumentación citando el fundamento jurídico de la Sentencia, al que se remite íntegramente, alegando una identidad sustantiva entre la cláusula enjuiciada por la Audiencia Provincial de Murcia y la que se analiza en el presente estudio.

• SAP de Pontevedra, Sec. 1.ª, de 7 de abril de 2016

«La entidad financiera no debía quedar al margen de los tributos que pudieran devengarse con motivo de la operación mercantil, sino que, al menos en lo que respecta al impuesto sobre actos jurídicos documentados podría ser considerada, según los casos, sujeto pasivo en lo que se refiere a la constitución del derecho y, en todo caso, de las copias, actas y testimonios que interese y que, a través de la cláusula litigiosa, carga indebidamente sobre la otra parte contratante. Consideramos además que se está ante normas que en relación a la distribución del pago del impuesto de actos jurídicos, tienen carácter imperativo, lo que determina la nulidad de cualesquiera pactos que en perjuicio del consumidor las contravengan».

Por lo tanto, razona la Sentencia que, al establecer la normativa sectorial que la prestamista es en todo caso sujeto pasivo de los referidos actos (i.e. constitución del derecho y, en todo caso, de las copias, actas y testimonios que interese), no procede su imputación al consumidor, al menos respecto a estos, por lo que, al vulnerarse la normativa de carácter imperativo, sería nula cualquier transacción en contrario. Nótese, empero, que la Sentencia cita únicamente como normativa aplicable el Texto Refundido, olvidándose por ello de la previsión reglamentaria

formada por el mentado artículo 68 del Reglamento. Aunque, al añadir la expresión «según los casos» cuando se refiere a la atribución del IAJD, parece abrir la puerta a no aplicar un criterio automático, por lo que cobrará relevancia la propia casuística jurisprudencial.

• AAP de Zaragoza, Sec. 5.ª, de 5 de enero de 2017

«*En lo que respecta a los tributos que gravan el préstamo hipotecario, nuevamente no se hace distinción alguna […] de tal manera que la entidad prestamista no queda al margen de los tributos que pudieran devengarse con motivo de la operación mercantil, sino que, al menos en lo que respecta al impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados, será sujeto pasivo en lo que se refiere a la constitución del derecho y, en todo caso, la expedición de las copias, actas y testimonios que interese y que, a través de la cláusula litigiosa, carga indebidamente sobre la otra parte contratante*».

Nuevamente se hace una remisión íntegra al fundamento jurídico esgrimido por el Tribunal Supremo en la Sentencia, y pese a citarse numerosos artículos del Texto Refundido (arts. 8, 15, 27.1 y 28), el pronunciamiento no emite valoración acerca del artículo 68 del Reglamento. Por ello, y basándose únicamente en el Texto Refundido, considera nula la cláusula que atribuye el impuesto analizado al prestatario, amén de abusiva, aplicando el artículo 89.3 TRLGCU. En el mismo sentido se posiciona la SAP de Huelva, Sec. 2.ª, de 21 de noviembre de 2016.

• SAP de Pontevedra, Sec. 1.ª, de 13 de febrero de 2017

«*Creemos que el TS ha confirmado esta forma de ver las cosas en su Sentencia 705/2015, de 23 de diciembre al enfrentarse con una cláusula cuyo efecto era coincidente con las contenidas en los apartados 5.1.2 y 5.1.3 de la escritura que nos ocupa ahora, que imponía al prestatario la obligación de sufragar los gastos e impuestos ocasionados por razón del contrato y de su inscripción registral*».

Esta Resolución, al igual que hiciera la SAP de Murcia, Sec. 4.ª, de 25 de febrero de 2016, anteriormente citada, acoge el criterio de la Sentencia por la indisoluble semejanza que guarda la cláusula impugnada en este procedimiento y la declarada abusiva por la Sala Primera del Tribunal Supremo.

• SAP de Alicante, Sec. 8.ª, de 4 de noviembre de 2016

«*En cuanto a los tributos, la cláusula no dice que serán de cuenta del prestatario aquellos que por ley deba pagar por ser el sujeto pasivo del correspondiente impuesto, sino que le asigna genéricamente todos los que origine la escritura y su cancelación […] La estipulación no admite otra interpretación que la que literalmente resulta de sus propios términos, con lo cual se incide de pleno en la abusividad que la norma prohíbe. Efectivamente, la operación está sujeta al Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, cuyo sujeto pasivo es el adquirente, considerándose en este caso por tal al prestatario […]*».

Esta es una de las Sentencias más relevantes y ello porque, advirtiendo de la abusividad de la cláusula litigiosa, entra a valorar la plena vigencia del artículo 68 del Reglamento. Teniendo esto en consideración, el pronunciamiento de la Audiencia Provincial de Alicante da cuenta del contenido de una cláusula

que patenta una asignación genérica del pago de todos los impuestos generados por la constitución del préstamo hipotecario, incluso de aquellos a los que por ley, deba hacerse cargo la entidad de crédito prestamista. A la vista del descrito sustrato fáctico, la Audiencia Provincial admite que el sujeto pasivo del IAJD es el prestatario *ex* artículo 68 del Reglamento, si bien advierte que la mentada cláusula está atribuyendo al prestatario no solamente el IAJD, sino la totalidad de los tributos que graven la operación, lo que determina, a juicio del órgano *ad quem*, el reproche de abusividad aludido[41].

Por otra parte, existen Sentencias que se han mostrado refractarias a aceptar el criterio de la Sentencia. Como ahora se verá, este segundo cuerpo jurisprudencial quizás haya podido encontrar su razón de ser en el propio silencio que guarda la Sentencia respecto al artículo 68 del Reglamento. Deben ser destacados los siguientes pronunciamientos:

• SAP de Asturias, Sec. 6.ª, de 23 de noviembre de 2016

«En efecto, el gasto representado por el pago del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (doc. 3 de la demanda al f. 46 de los autos), se gira en este caso exclusivamente por el concepto de «ampliación de hipoteca» que, ya se ha razonado, lo fue a instancia de los propios actores […] Es por ello claro que en este caso el pago del impuesto cuyo reintegro se postula, solo corresponde a los actores quedando por completo al margen la entidad financiera demandada, pues no se gira el mismo por la constitución de hipoteca que gravaba el inmueble que ya estaba inscrita cuando fue concedida a la promotora y en la que también se subrogaron los actores, ni por expedición de copias actas o testimonios, que pudiera haber solicitado la entidad financiera demandada, sino única y exclusivamente por la ampliación del préstamo interesada por estos últimos».

En este pronunciamiento, la Audiencia Provincial considera, para atribuir al prestatario el pago del IAJD, que el negocio jurídico que contiene la cláusula litigiosa no se trata de una constitución de hipoteca, sino de una ampliación, que además (y esto parece ser la verdadera razón que orienta el fallo), es una operación que se perfecciona a instancia del prestatario. Asimismo, en el cuerpo de la resolución se hace una mención expresa al artículo 68 del Reglamento.

• SAP de Pontevedra, Sec. 1.ª, de 28 de marzo de 2017

«El artículo 68 del Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados al determinar el contribuyente, dice que será sujeto pasivo el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan. Cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario. La norma desarrolla lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley del Impuesto […]».

Esta es, hasta la fecha, la resolución que más claramente se posiciona en contra del criterio sostenido por el Tribunal Supremo, fundando su decisión en la previsión contenida en el artículo 68 del Reglamento, siendo esta norma la causa motivadora del fallo favorable a imputar el IAJD al prestatario. El argumento más relevante sería el tratamiento que esta Resolución hace del precepto reglamentario, al atribuirle el rol de desarrollar la previsión legal.

Como puede apreciarse, y dada la división existente en relación a la atribución del IAJD al prestamista o al prestatario, parece que va a ser necesario esperar a una aclaración de la Sala Primera del Tribunal Supremo, o bien a posteriores Sentencias que puedan arrojar más luz sobre este asunto. Algo, por otra parte, muy necesario, si se tiene en cuenta que el IAJD supone un elevado porcentaje del total de los gastos asociados a la constitución de un préstamo hipotecario.

V. GASTOS PROCESALES, HONORARIOS DE ABOGADO Y ARANCELES DE PROCURADOR

En este apartado, se distinguirá, la imputación al prestatario hipotecante de i) los gastos eminentemente procesales y ii) los gastos relativos a los potenciales honorarios devengados por abogados y procuradores.

Respecto a los gastos procesales, la Sentencia parte de la regulación vigente en la LEC, que establece un marco regulatorio según el tipo de procedimiento. Así, para los declarativos, sería de aplicación lo dispuesto en los artículos 394 y 398 LEC, mientras que para los procedimientos ejecutivos, regirían los artículos 559 y 561 LEC. El Tribunal Supremo continúa su razonamiento reconociendo la plena validez del ya asentado principio del vencimiento objetivo, en cuanto a las costas. Al analizar su aplicación y distribución en el procedimiento ejecutivo, no es ajeno al hecho de que, si bien, como norma general, serán de cuenta del ejecutado, siempre que salga adelante el despacho de la ejecución, existen ocasiones en las que, por aplicación de la LEC, deben imputarse al ejecutante. Estos pueden ser los casos en los que existe un defecto procesal que no se ha subsanado (*v.gr.* el art. 559.2 LEC), cuando existe una oposición de fondo *ex* artículo 561.2 LEC o también si existe una estimación parcial, situación en la que cada parte asumirá las costas devengadas a su instancia.

Tras recordarse el régimen legal aplicable, la Sentencia recuerda que lo patentado por la legislación procesal es materia de orden público, por lo que no cabría pacto en contrario, siendo este nulo *ex* artículo 86 TRLGCU y 8 LCGC. Por si esto no fuera suficiente, el Alto Tribunal también aprecia cierto desequilibrio entre las partes, si bien parece ser la primera de las causas apuntadas la verdadera razón de fondo que determina la invalidez de este tipo de estipulaciones.

Menos prolijo es el contenido de la Sentencia en lo que respecta a los gastos imputados al hipotecante respecto a los honorarios de abogado y aranceles de procurador. Recuérdese que la cláusula impugnada obligaba a asumir al prestatario-consumidor, los honorarios de los profesionales jurídicos que intervendrían en un potencial procedimiento (i.e. abogado y procurador), «*aun cuando su intervención en las actuaciones y procedimientos judiciales y extrajudiciales no fuera preceptiva*». Así, la Sentencia parece vincular la nulidad de tal cláusula cuando la intervención de dichos profesionales no sea preceptiva en el proceso, de acuerdo con la infrascrita estipulación. Un pacto que podría ser contrario a lo previsto por el artículo 32.5 LEC, precepto que excluye expresamente de las costas a pagar por la parte condenada a ello tanto los honorarios de los abogados como los aranceles del procurador, salvo determinados supuestos. Por ejemplo, i) cuando el tribunal aprecie temeridad en la conducta de la parte condenada a pagar las costas, ii) cuando el domicilio del litigante estuviera en lugar distinto a aquel en el que se hubiera tramitado el juicio, o iii) cuando se hubieran utilizado los servicios de dichos profesionales para actuaciones facultativas que pudiera haber tramitado la oficina judicial.

El Alto Tribunal determina que esta cláusula sería, por ello, contraria a dicho artículo (por lo que, aunque sea de modo implícito, estaría otra vez invocando el carácter de *ius cogens* o derecho necesario de la norma procesal, como ya hiciera al juzgar la nulidad de los gastos procesales[42]), además de enfrentarse a lo previsto en el artículo 86 TRLGCU.

El contenido de la Sentencia en esta materia ha sido asimilado de forma pacífica por las distintas Audiencias Provinciales de nuestro país, sirviendo como muestra el AAP de Barcelona, Sec. 1.ª, de 23 de mayo de 2015, el AAP de Granada, Sec. 3.ª, de 30 de junio de 2016, o la SAP de Bilbao, Sec. 3.ª, de 19 de octubre de 2016[43]. También ha desplegado su influencia en la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, habiendo hallado pleno acogimiento a través de su Resolución de 10 de noviembre de 2016.

VI. CONCLUSIONES

I. De acuerdo con la Sentencia, la atribución de los aranceles notariales y registrales al consumidor es nula por dos motivos. En primer lugar, porque corresponden, por su propia naturaleza, al empresario. En segundo lugar, por la presencia de un desequilibrio relevante y la inexistencia de una mínima distribución equitativa entre ambas partes intervinientes.

II. La Sentencia también juzga nula la estipulación que haga soportar al prestatario consumidor el IAJD, al corresponder su pago al prestamista. Nótese, sin embargo, que esta afirmación es la que más división ha planteado en nuestra doctrina y jurisprudencia. Por ello, quizá sea prudente esperar a futuros pronunciamientos de la Sala Primera del Tribunal Supremo que contribuyan a aclarar o afirmar este criterio.

III. En cuanto a la previsión contractual que obligue al prestatario a abonar los gastos pre-procesales y procesales, también sería nula por un doble motivo. Respecto a las costas procesales, por contravenir lo patentado por la legislación procesal civil, y por extensión el carácter de *ius cogens* o derecho necesario de sus mandatos. Sobre los honorarios del abogado y los aranceles del procurador, el mismo criterio debe sostenerse, todo ello conjugado con los preceptos contenidos en la legislación tuitiva de los intereses de los consumidores y usuarios, en especial su artículo 86.

VII. BIBLIOGRAFÍA

AGÜERO ORTIZ, A. (2017). Nulidad de la cláusula de gastos en préstamos hipotecarios: no son solo abusivos los gastos comprendidos en la STS de 23 de diciembre de 2015 (gastos, efectos y plazos). *Publicaciones Jurídicas*, Centro de Estudios de Consumo, Universidad de Castilla-La Mancha.

ALFONSO GALÁN, R. M. (2015). El Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. Tirant lo Blanch, Valencia.

CASERO BARRÓN, R. (2004). Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2004, sección 2, Sala de lo Contencioso Administrativo. Recurso 158/2002. (Sobre la cuota proporcional de la modalidad de actos jurídicos documentados en los documentos fiscales notariales. Especial mención de quien es el sujeto pasivo en los préstamos hipotecarios, *Revista Quincena Fiscal* núm. 20/2004, Aranzadi, 33-48.

GIMÉNEZ ALCOVER, P. (2017). La pretendida abusividad de la cláusula de gastos en las escrituras de préstamo con garantía hipotecaria. *Revista de Derecho vLex* - núm. 153, de febrero de 2017.
PÉREZ-FADÓN MARTÍNEZ, J. J. (2017). Confusión del Tribunal Supremo sobre el sujeto pasivo del AJD de préstamos hipotecarios. *Carta Tributaria*.
ZEJALBO MARTÍN, J. (2017). El sujeto pasivo en Actos Jurídicos Documentados de los Préstamos Hipotecarios. *Notarios y Registradores*.

VIII. JURISPRUDENCIA CONSULTADA

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

- STJUE, de 21 de marzo de 2013 (C-92/11)
- STJUE, de 30 de abril de 2014 (C-143/13)
- STJUE, de 26 de febrero de 2015 (C-143/13)

Tribunal Constitucional

- ATC de 18 de enero de 2005
- ATC de 24 de mayo de 2005

Tribunal Supremo, Sala de lo civil

- STS de 5 de marzo de 1991
- STS de 1 de junio de 2000
- STS de 24 de julio de 2002
- STS de 5 de marzo de 2009
- STS de 8 de junio de 2012
- STS de 9 de mayo de 2013
- STS de 8 de septiembre de 2014
- STS de 24 de marzo de 2015
- STS de 25 de marzo de 2015
- STS de 23 de diciembre de 2015

Tribunal Supremo, Sala de lo contencioso-administrativo

- STS de 17 de noviembre de 2001
- STS de 19 de noviembre de 2001
- STS de 23 de noviembre de 2001
- STS de 24 de junio de 2002
- STS de 20 de enero de 2004
- STS de 14 de mayo de 2004
- STS de 27 de marzo de 2006
- STS de 20 de junio de 2006
- STS de 31 de octubre de 2006

Tribunales Superiores de Justicia

- Auto de 22 de septiembre de 2003, de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña
- Auto de 28 de junio de 2004, de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

Audiencias Provinciales

- SAP de Cádiz, Sec. 5.ª, de 21 de noviembre de 2012
- SAP de Madrid, Sec. 28.ª, de 26 de julio de 2013
- SAP de Barcelona, Sec. 1.ª, de 4 de noviembre de 2013
- SAP de Lugo, Sec. 1.ª, de 15 de abril de 2014
- AAP de Castellón, Sec. 3.ª, de 27 de mayo de 2015
- SAP de Madrid, Sec. 11.ª, de 14 de diciembre de 2015
- SAP de Murcia, Sec. 1.ª, de 29 de diciembre de 2015
- SAP de Asturias, Sec. 5.ª, de 2 de febrero de 2016
- AAP de Barcelona, Sec. 1.ª, de 23 de mayo de 2015
- SAP de Murcia, Sec. 4.ª, de 25 de febrero de 2016
- SAP de Pontevedra, Sec. 1.ª, de 7 de abril de 2016
- AAP de Granada, Sec. 3.ª, de 30 de junio de 2016
- SAP de Bilbao, Sec. 3.ª, de 19 de octubre de 2016
- AAP de Tarragona, Sec. 1.ª, de 1 de junio de 2016
- SAP de Málaga, Sec. 6.ª, de 5 de julio de 2016
- SAP de Alicante, Sec. 8.ª, de 4 de noviembre de 2016
- SAP de Huelva, Sec. 2.ª, de 21 de noviembre de 2016
- SAP de Asturias, Sec. 6.ª, de 23 de noviembre de 2016
- SAP de Asturias, Sec. 6.ª, de 25 de noviembre de 2016
- AAP de Zaragoza, Sec. 5.ª, de 5 de enero de 2017
- SAP de Pontevedra, Sec. 1.ª, de 13 de febrero de 2017
- SAP de Pontevedra, Sec. 1.ª, de 28 de marzo de 2017

Juzgados de lo Mercantil

- SJM número 9 de Madrid de 8 de septiembre de 2011
- AJM número 9 de Madrid de 22 de septiembre de 2011

Juzgados de Primera Instancia

- SJPI número 87 de Madrid, de 1 de octubre de 2015
- SJPI número 1 de Vitoria, de 31 de marzo de 2016
- SJPI número 6 de Granollers, de 21 de diciembre de 2016

Dirección General de los Registros y del Notariado

- Resolución de la DGRN de 10 de noviembre de 2016

Dirección General de Tributos

- Consulta de la DGT de 13 de diciembre de 1999

Tribunal Económico Administrativo Central

- Resolución del TEAC, de 28 de abril de 2004, número 00/4122/2003

NOTAS

[1] Cfr. las SSTS de 1 de junio de 2000, y de 24 de julio de 2002, así como la reiterada doctrina jurisprudencial elaborada por la Sala Tercera del Alto Tribunal desde hace décadas, cuyos pronunciamientos más relevantes serán referenciados a lo largo de este estudio.

[2] La imputación exclusiva al prestatario-consumidor de la totalidad de los gastos relativos a los aranceles de Notario y Registrador y del IAJD, parece haber sido declarada nula por interpretarse que estos, por su propia naturaleza, correspondían al prestamista, lo que determinaría, a la sazón, su posterior declaración de abusividad según lo establecido en el artículo 89.3.a) del TRLGCGU. Más adelante se abordará, con un mayor detalle, dicho asunto, toda vez que no existe unanimidad sobre a quién corresponde la atribución de ambos conceptos.

[3] Este concepto, a diferencia de los señalados en los puntos i) y ii), parece ser nulo por conculcar derechos inderogables de los consumidores y usuarios.

[4] Pese a la existencia de ciertos matices y tonalidades dentro de este amplio campo de conocimiento, dos eran, hasta ahora, los principales cuerpos jurisprudenciales referidos a la mentada conflictividad entre entidades de crédito y clientes bancarios. En primer lugar, i) el relativo a la contratación de productos financieros complejos, elaborado a través de la doctrina del error vicio del consentimiento (como puede verse en las SSAP de Madrid, Sec. 11.ª, de 14 de diciembre de 2015, de Murcia, Sec. 1.ª, de 29 de diciembre de 2015, y de Asturias, Sec. 5.ª, de 2 de febrero de 2016, entre otras muchas —aunque en alguna ocasión, sobre todo durante la génesis de dicha doctrina jurisprudencial, se ha estimado la nulidad radical del negocio jurídico suscrito por vulneración de la normativa imperativa, como interpretaron las SSAP de Cádiz, Sec. 5.ª, de 21 de noviembre de 2012, de Barcelona, Sec. 1.ª, de 4 de noviembre de 2013, y de Lugo, Sec. 1.ª, de 15 de abril de 2014—), y por otro lado, ii) el referido a las condiciones generales de la contratación y la abusividad planteada por el Tribunal Supremo, cuyo fundamento se podía hallar en los controles de incorporación y transparencia alumbrados por las SSTS de 8 de junio de 2012, de 9 de mayo de 2013, de 8 de septiembre de 2014, de 24 de marzo de 2015, de 25 de marzo de 2015 y de 23 de diciembre de 2015, entre otras. El tercer cuerpo jurisprudencial va a desarrollarse en los próximos tiempos, y tiene como denominador común determinados gastos incurridos en la formalización del préstamo hipotecario, cuyos argumentos más relevantes se exponen a continuación.

[5] Una reflexión acerca del verdadero alcance de la previsión contenida en el artículo 1.6 del Código Civil respecto a la jurisprudencia, puede sugerir criterios dispares sobre cuándo una Sentencia emitida por el Tribunal Supremo puede considerarse como doctrina jurisprudencial. En cuando al pronunciamiento que constituye el objeto del presente estudio, para defenderse la no vinculación de los órganos jurisdiccionales de primera instancia y apelación a la Sentencia, puede sostenerse, tal y como ha afirmado la Sala 1.ª del Alto Tribunal en la STS de 5 de marzo de 1991, que «*el juzgador de instancia solo viene obligado a fundamentar sus resoluciones en la ley, pudiendo o no acoger la doctrina de esta Sala, ya se haya manifestado en una o varias resoluciones*». Asimismo, es cierto que, de una interpretación literal del artículo 1.6 del Código Civil, texto que establece que la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo, parece inferirse el requisito de más de una Sentencia para interpretar

como doctrina jurisprudencial una determinada corriente o exégesis interpretativa. Pero, por otro lado, nótese que la cuestión no es tan sencilla como a primera vista pudiera parecer. Y ello porque son varios los motivos que apoyarían la posible sujeción de los demás tribunales civiles a la tesis sugerida por la Sentencia. En primer lugar porque, con motivo de la reforma de, entre otros, los artículos reguladores del recurso de casación contenidos en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), operada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de Medidas de Agilización Procesal el Alto Tribunal, el Alto Tribunal se posicionó al respecto. Así, procedió a la adopción del Acuerdo de la Sala Primera sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal. El Acuerdo reflejaba, en uno de sus puntos, que tratándose de Sentencias del Pleno de la Sala Primera del TS o de Sentencias dictadas fijando doctrina por razón de interés casacional, sería suficiente la cita de una sola Sentencia invocando su jurisprudencia, siempre que no existiera ninguna Sentencia posterior que haya modificado el criterio seguido. En segundo lugar, porque según la STS de 5 de marzo de 2009, «*sin perjuicio de dejar señalado que una sola Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo (sea o no del Pleno de dicha Sala) puede tener valor vinculante como doctrina jurisprudencial […] cuando con la motivación adecuada se cambia la jurisprudencia anterior (por muy reiterada que sea esta) y fija la nueva doctrina, pues en otro caso resultaría un sinsentido y contrario a la naturaleza de las cosas que se cambiara la jurisprudencia para un caso y sin embargo continuara siendo obligatoria la anterior modificada en tanto no se dictara por el propio TS una segunda Sentencia*». De todo ello, cabría preguntarse si la STS de 23 de diciembre de 2015 constituye, *per se*, una nueva tendencia jurisprudencial o, por el contrario, habrá de ser refrendada por ulteriores pronunciamientos en el mismo sentido.

[6] Aunque el suplico de su demanda era más amplio: se solicitaba i) la declaración del carácter abusivo, y por ello, la nulidad de las cláusulas impugnadas, ii) la orden de cesación en la utilización de estas, iii) la publicación total o parcial de la Sentencia finalmente pronunciada en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en uno de los periódicos de mayor circulación de la provincia, iv) la inscripción de la resolución judicial en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación y v) la condena en costas a las demandadas.

[7] Su contenido íntegro era el siguiente: «*Son de cuenta exclusiva de la parte prestataria todos los tributos, comisiones y gastos ocasionados por la preparación, formalización, subsanación, tramitación de escrituras, modificación —incluyendo división, segregación o cualquier cambio que suponga alteración de la garantía— y ejecución de este contrato, y por los pagos y reintegros derivados del mismo, así como por la constitución, conservación y cancelación de su garantía, siendo igualmente a su cargo las primas y demás gastos correspondientes al seguro de daños, que la parte prestataria se obliga a tener vigente en las condiciones expresadas en la cláusula 11.ª. La parte prestataria faculta al banco para suplir los gastos necesarios para asegurar la correcta inscripción de la hipoteca que en este acto se constituye y de los títulos previos a esta escritura, así como los gastos derivados de la cancelación de cargas y anotaciones preferentes a dicha hipoteca. Los gastos suplidos podrán ser cargados en cuenta a la parte prestataria en la forma y condiciones que se indican al final de esta cláusula. Los mencionados servicios complementarios que, a solicitud de la parte prestataria, el Banco decida libremente realizar, serán facturados por este con arreglo a las tarifas de comisiones y gastos que tenga vigentes el Banco en el momento de dicha solicitud. En todo caso, se considerará que constituyen un servicio objeto de facturación los trabajos de preparación de antecedentes que deba realizar el Banco para el otorgamiento de la escritura de cancelación de hipoteca. La parte prestataria queda obligada a satisfacer y resarcir al Banco cuantos daños, perjuicios, costas y gastos procesales o de otra naturaleza, se generen u originen al Banco por incumplimiento del contrato o para el cobro del crédito, incluyendo los gastos y costes directos o indirectos, causados por las actuaciones del Banco que tengan por objeto la reclamación de la deuda (tales como, en especial, los requerimientos de pago por correo, teléfono, telegrama, notariales), así como los derivados de los procedimientos judiciales o extrajudiciales motivados por todo ello, incluidos los honorarios de Abogado y Procurador aún cuando su intervención en las actuaciones y procedimientos judiciales o extrajudiciales no fuere preceptiva. El Banco queda facultado para cargar en cuenta o reclamar en cualquier momento a la parte prestataria cuantas cantidades se le adeuden por los conceptos antes indicados. Las cantidades así adeu-*

dadas al BANCO devengarán, desde la fecha en que este las hubiera satisfecho y sin necesidad de reclamación, intereses de demora con arreglo a la cláusula 6.ª, y quedarán garantizadas con arreglo a la cifra prevista para gatos y costas en la cláusula 9.ª».

[8] Una de las entidades de crédito invocó las excepciones procesales de indebida acumulación subjetiva y objetiva de acciones, inadecuación de procedimiento y cosa juzgada mientras que su litisconsorte alegó indebida acumulación subjetiva y objetiva. Todas ellas fueron ya desestimadas por el juez *a quo*.

[9] Aunque fue objeto de rectificación por Auto de fecha 22 de septiembre de 2011.

[10] Los gastos devengados a raíz de la escritura de compraventa deben repercutirse al vendedor, de acuerdo con el artículo 1455 del Código Civil. Nótese, sin embargo, el carácter dispositivo del precepto aludido, y ello porque admite pacto en contrario, por lo que nada obstaría a la asunción de los gastos referentes al otorgamiento de la escritura de compraventa por el adquirente si esa fuera la voluntad de las partes, reflejada en el marco de su correlativa negociación. Aunque la fórmula patentada por el artículo 1455 del Código Civil presenta alteraciones en algunas normas de Derecho Foral, como puede ser el Derecho Civil catalán, que imputa dichos gastos al adquirente, *ex* artículo 531.6 del Código Civil catalán.

[11] Si la respuesta fuera negativa, no cabría invocar su nulidad con motivo de la abusividad sancionada por el artículo 89.3 TRLGCU. A su vez, quedaría cerrada la posibilidad de invocar la nulidad de la cláusula por vulnerar la normativa imperativa, es decir, por no ser acorde con disposiciones de *ius cogens* o derecho necesario.

[12] *Vid.* ZEJALBO MARTÍN, J. (2017) El sujeto pasivo en Actos Jurídicos Documentados de los Préstamos Hipotecarios. *Notarios y Registradores*, contenido disponible en el siguiente enlace: http://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/fiscal/articulos-fiscal/el-sujeto-pasivo-en-ajd-de-los-préstamos-hipotecarios/

[13] Cfr. GIMÉNEZ ALCOVER, P. (2017) La pretendida abusividad de la cláusula de gastos en las escrituras de préstamo con garantía hipotecaria. *Revista de Derecho vLex* - Núm. 153, de febrero de 2017.

[14] Recuérdese, en este caso, que el Notariado es un órgano de jurisdicción voluntaria, tal y como establece el artículo 3 del RN, por lo que precisa de la iniciativa de la parte interesada para intervenir.

[15] Cfr. AGÜERO ORTIZ, A. (2017). Nulidad de la cláusula de gastos en préstamos hipotecarios: no son solo abusivos los gastos comprendidos en la STS de 23 de diciembre de 2015 (gastos, efectos y plazos). *Publicaciones Jurídicas*, Centro de Estudios de Consumo, Universidad de Castilla-La Mancha, 7.

[16] Cfr. La explicación aportada por el Consejo General del Notariado en su página web, donde llega a afirmar expresamente este extremo en su apartado denominado «Hipotecas y préstamos», concretamente en su número 2.3, donde expone lo siguiente: *El prestatario deudor puede pedir que se le deje tiempo para leer la escritura y, a continuación, el propio notario leerá y explicará el contenido del préstamo hipotecario. El contrato, que redacta el notario según la minuta presentada por el banco, suele ser largo, pero es importante prestar la máxima atención, y hacer al notario todas las preguntas que se deseen*. Puede consultarse en: http://www.notariado.org/liferay/web/notariado/acude-a-tu-notario/en-que-te-puede-ser-util/hipotecas-y-préstamos

[17] Efectivamente, el prestamista es el perceptor de la primera copia de la escritura pública, referenciada en el artículo 517.2.4 LEC como título habilitante para ostentar la acción ejecutiva referida en el artículo 517.1 del citado texto.

[18] Dejando este punto resuelto, y partiendo de la tesis sugerida por el Alto Tribunal, que conllevaría considerar al prestamista como sujeto obligado a satisfacer los gastos analizados, hay un aspecto adicional a tratar en relación a los gastos notariales y registrales, que precisamente constituyó parte del recurso de casación. Para ello, ha de partirse del ámbito material del apartado a) del artículo 89.3 TRLCU. Ciertamente, su contenido parece circunscribirse únicamente a negocios jurídicos circunscritos a la compraventa de viviendas. No en vano, el Alto Tribunal ya había pergeñado la argumentación analizada en la STS de 1 de junio de 2000, si bien en un supuesto de hecho no plenamente coincidente con el enjuiciado por la Sentencia. Por este motivo, esta razona que la tesis tratada es perfectamente trasladable a

un negocio jurídico que, pese a no ser una compraventa, sí está dedicado a la financiación para la adquisición de una vivienda.

[19] Esta Sentencia, al igual que la STS de 23 de diciembre de 2015, defiende que el desequilibrio se causa al no existir una negociación individualizada, lo que hace presumir que el prestatario no hubiera aceptado la cláusula mediante la cual el banco le desplaza la totalidad de los gastos, añadiendo que la cláusula litigiosa aparece, a mayor abundamiento, en el catálogo de aquellas que la ley prevé como abusivas en el artículo 89.2 TRLGCU.

[20] La Sentencia, en relación a esta posibilidad, se pronuncia del siguiente modo: *En consecuencia, la cláusula discutida no solo no permite una mínima reciprocidad en la distribución de los gastos producidos como consecuencia de la intervención notarial y registral, […] a pesar de que la aplicación de la normativa reglamentaria permitiría una distribución equitativa, pues si bien el beneficiado por el préstamo es el cliente y dicho negocio puede conceptuarse como el principal frente a la constitución de la hipoteca, no puede perderse de vista que la garantía se adopta en beneficio del prestamista.*

[21] Este impuesto, cuyo antecedente sería el ya derogado Impuesto sobre el Timbre del Estado, grava determinados actos jurídicos de muy variada tipología, pero con un sustrato común, constituido por su formalización documental, de ahí que el Texto Refundido distinga los documentos notariales, mercantiles y administrativos.

[22] Respecto a los actos gravados téngase en cuenta lo dispuesto en el artículo 29 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, que prevé como sujeto pasivo al adquirente del bien o derecho, si bien, en su defecto, será quien inste o solicite los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan.

[23] Ciertamente, parece tratarse de un problema relacionado con establecer un orden de preferencia. Si se aplica exclusivamente el artículo 29 del Texto Refundido, parece claro que deberá ser sujeto pasivo el prestamista. Ello no obstante, si se aplica la previsión reglamentaria representada por el artículo 68, debería atribuirse al prestatario. *Vid.* ALFONSO GALÁN, R. M. (2015). *El Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados*. Tirant lo Blanch, Valencia, 86.

[24] El precepto aludido considera hecho imponible las primeras copias de escrituras y actas notariales, «*cuando […] contengan actos o contratos inscribibles en los Registros de la Propiedad […]*».

[25] Como se verá, dicha interpretación ha encontrado respuesta en la Resolución del Tribunal Económico Administrativo Central, de 28 de abril de 2004, número 00/4122/2003. Sostiene el TEAC que, en virtud de la naturaleza accesoria que, respecto a la obligación principal (i.e. el préstamo), ostenta la garantía hipotecaria, es el préstamo lo que accede al Registro, y no aquella.

[26] El precepto realiza, entre otras, la siguiente previsión: «*La base imponible en los derechos reales de garantía y en las escrituras que documenten préstamos con garantía estará constituida por el importe de la obligación o capital garantizado, comprendiendo las sumas que se aseguren por intereses, indemnizaciones, penas por incumplimiento u otros conceptos análogos*».

[27] La mentada consulta sostiene que «*Por tanto la base imponible se determina en función de la hipoteca que se constituye, que es la que origina la inscripción registral, y concretamente, en función del valor declarado de la garantía hipotecaria en la propia escritura de constitución de hipoteca. Esta garantía hipotecaria suele extenderse, además de al capital prestado, a otras cantidades añadidas, por intereses, costas y gastos, indemnizaciones, etc.; y todas estas cantidades garantizadas con la hipoteca constituyen la base imponible a efectos del impuesto*». Puede consultarse el texto íntegro en la página web de la Secretaría de Estado de Hacienda, Dirección General de Tributos, y directamente a través del siguiente enlace: http://petete.minhafp.gob.es/consultas/

[28] Posicionamiento que, de prosperar, descartaría la aplicación del artículo 68 del Reglamento, de acuerdo con el artículo 6 de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ). Lo que implicaría la constitución de una vía expedita a la consideración del artículo 29 del Texto Refundido como única norma aplicable, y por tanto la atribución de la condición de sujeto pasivo al empresario.

[29] Añade, esta autora, que lo que el prestatario-contribuyente está adquiriendo es la cantidad relativa al préstamo y no la garantía hipotecaria, de la que únicamente se beneficia, (siendo, a la sazón el adquirente), el acreedor hipotecario, al obtener o adquirir un derecho de realización en caso de impago.

[30] Ciertamente, el artículo 68 del Reglamento podría también estar vulnerando el mandato constitucional relativo al principio de capacidad económica, tal y como se sugería en las mencionadas cuestiones de inconstitucionalidad planteadas. Ello no obstante, esta vía debe ser descartada a juzgar por el Auto del Tribunal Constitucional de 24 de mayo de 2005, y el de 18 de enero de ese mismo año. El TC argumentó, para rebatir la posible conculcación del principio de capacidad económica, que «*la capacidad de endeudarse es una manifestación de riqueza potencial y, por tanto, de capacidad económica susceptible de gravamen*». Su razonamiento será más desarrollado con posterioridad al explicar las tesis favorables a considerar al prestatario como sujeto obligado a satisfacer este tributo.

[31] Cfr. CASERO BARRÓN, R. (2004) Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2004, sección 2, Sala de lo Contencioso Administrativo. Recurso 158/2002. (Sobre la cuota proporcional de la modalidad de actos jurídicos documentados en los documentos fiscales notariales). Especial mención de quien es el sujeto pasivo en los préstamos hipotecarios, *Revista Quincena Fiscal* núm. 20/2004, Aranzadi, 33-48.

[32] Aunque ha encontrado una fuerte oposición en la STS de 20 de enero de 2004, donde el Alto Tribunal, al conocer un recurso donde se planteaba una línea argumental muy parecida, interpretó que, en un préstamo, el prestatario está adquiriendo la cantidad prestada, por lo que sería el verdadero adquirente, y no el prestamista, al conseguir en la operación únicamente garantizar el retorno de su capital. Este enfoque ha sido refrendado posteriormente por otros pronunciamientos, como las SSTS de 14 de mayo de 2004, de 27 de marzo de 2006, y de 20 de junio de 2006.

[33] Una pregunta inevitable que surge a colación de esta dicotomía sería la relativa a quién es el sujeto pasivo del IAJD. ¿Verdaderamente es el empresario? Lo cierto es que una respuesta negativa haría decaer la aplicación del artículo 89.3. c) TRLGCU, y por ende la declaración de abusividad que sanciona.

[34] Es la Sala Tercera la que parece competente para dirimir acerca de esta cuestión. *Vid.* ZEJALVO MARTÍN, J. (2017), La incompetencia de los tribunales civiles para la determinación del sujeto pasivo del impuesto. Últimas Sentencias y noticias. *Notarios y Registradores* y PÉREZ-FADÓN MARTÍNEZ, J. J. (2017). Confusión del Tribunal Supremo sobre el sujeto pasivo del AJD de préstamos hipotecarios. *Carta Tributaria*, 76-79.

[35] Uno de los hitos jurisprudenciales en la materia, habiendo sido citada por otras, como la STS de 20 de enero de 2004.

[36] Según dicha Resolución, «*es necesario destacar que este precepto* (en referencia al art. 29 del Texto Refundido) *señala que, en la modalidad de documentos notariales del IAJD, «será sujeto pasivo el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan» y que ese adquirente del bien o derecho solo puede ser el prestatario, […] porque el «derecho» a que se refiere el precepto es el préstamo que refleja el documento notarial […]*».

[37] La Sentencia se pronuncia del siguiente modo: «*en cualquier caso, la unidad del hecho imponible en torno al préstamo, produce la consecuencia de que el único sujeto pasivo posible es el prestatario*».

[38] Razona, en relación a la consideración del adquirente que prevé el artículo 29 del Texto Refundido, del siguiente modo: «*el artículo 29 de dicho texto indica que "el sujeto pasivo es el adquirente del bien o derecho…", de modo y manera que, en un préstamo, el adquirente es el prestatario (que es el que adquiere la cantidad prestada y se obliga a su devolución, con pago en su caso de los intereses), y, en un préstamo hipotecario, el adquirente sigue siendo el prestatario (que es quien adquiere la cantidad prestada, si bien el prestamista queda garantizado con el derecho real de hipoteca, pero sin adquirir tal derecho*».

[39] Cuestión de inconstitucionalidad 6019-2003, planteada el día 9 de octubre de 2003. Se planteaba la cuestión de que el artículo 68 del Reglamento podía vulnerar los artículos 14 (Derecho a la igualdad efectiva), 31.1. (principio de capacidad económica de los tributos) y 47 (derecho a disfrutar de una vivienda digna).

[40] Doctrina que se ha desarrollado principalmente por el Tribunal Supremo (*v.gr.* la STS de 18 de junio de 2012 —verdadera génesis de dicho criterio—, así como las SSTS de 9 de mayo de 2013, de 8 de septiembre de 2014, y de 24 y 25 de marzo de 2015. Desde la perspectiva del Derecho de la Unión Europea, la teoría del control de transparencia ha sido pergeñada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, a través, entre otras, sus Sentencias de 21 de marzo de 2013 (C-92/11), de 30 de abril de 2014 (C-143/13) y 26 de febrero de 2015 (C-143/13).

[41] Esta Sentencia razona, además, que si dicha cláusula genérica se estuviera refiriendo solo al IAJD, sería una cláusula superflua, cuyo contenido no haría sino perturbar la asignación de costes tributarios que debe operar *ministerio legis*.

[42] Aunque también hace referencia a la falta de reciprocidad entre los derechos y obligaciones de las partes.

[43] Estas Sentencias reproducen, al igual que otras muchas, los postulados de la Sentencia del Tribunal Supremo de forma íntegra en el apartado de los gastos preprocesales, procesales, y los aranceles y honorarios de los operadores jurídicos intervinientes en el potencial proceso. Muestra de la pacífica acogida de la tesis propuesta por el Alto Tribunal es la siguiente afirmación recogida en la SAP de Bilbao, Sec. 3.ª, de 19 de octubre de 2016: «*Lo dicho por la anterior Sentencia y que reiteramos se comparte por esta Sala es ratificado en su totalidad por el Tribunal Supremo en Sentencia de 23 de diciembre de 2015*».

ACTUALIDAD JURÍDICA

Información de actividades

ANDALUCÍA

El día 27 de junio de 2017, se celebró en Sevilla la JORNADA *PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES DE PRODUCTOS HIPOTECARIOS: CLÁUSULA SUELO Y CLÁUSULAS ABUSIVAS. EXAMEN DE LA NORMATIVA EUROPEA, NACIONAL Y AUTONÓMICA Y DE LA JURISPRUDENCIA NACIONAL Y COMUNITARIA*, organizada por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Decanato Territorial de Andalucía Occidental y el Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía, con el siguiente programa:

Presentación:
A cargo de D. Juan José PRETEL SERRANO, Decano Territorial de Andalucía Occidental.

Exposiciones a cargo de:
D.ª Pastora SÁNCHEZ DE LA CUESTA SÁNCHEZ DE IBARGÜEN, Letrada de la Junta de Andalucía.
D. Eduardo FERNÁNDEZ ESTEVAN, Registrador de la Propiedad de Sevilla núm. 17 y Director del Servicio de Estudios.
D. Fernando SANZ TALAYERO, Magistrado de la Sección V de la Audiencia Provincial de Sevilla.

Moderador:
D. Francisco Manuel ÁLVAREZ MORENO, Registrador de la Propiedad y Vocal de Consumidores y Usuarios.

ARAGÓN

El Colegio de Abogados de Zaragoza dentro de la CONMEMORACIÓN DEL 50 ANIVERSARIO DE LA PUBLICACIÓN EN EL *BOE* DE 11 DE ABRIL DE 1967 DE LA LEY 15/1967, DE 8 DE ABRIL, SOBRE *COMPILACIÓN DE DERECHO CIVIL DE ARAGÓN*, ha organizado las siguientes Conferencias:

Día 18 de abril:
«La Compilación de Derecho civil de Aragón desde el punto de vista del abogado», por don David ARBUÉS AISA, Abogado.

Día 4 de mayo:
«La vecindad civil. Propuestas de modificación», por don Luis MONTEL BEL, Abogado y don Francisco de Paula PUIG BLANES, Magistrado.

Día 9 de mayo:
«Problemática de la sucesión intestada», por don Luis Alberto GIL NOGUERAS, Magistrado.

Día 16 de mayo:
«La sucesión contractual en Aragón. El pacto sucesorio», por don Alfredo SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, Doctor en Derecho, Abogado, Profesor titular de Derecho civil en la Universidad de Zaragoza.

Día 23 de mayo:
«Medidas de protección de las personas mayores en Derecho de sucesiones», don José Luis MERINO HERNÁNDEZ, Notario emérito, Doctor en Derecho, Abogado.

29 de junio:
«Memoria de la Compilación y Memoria del Estatuto», don José Luis MERINO HERNÁNDEZ, Notario emérito, Doctor en Derecho, Abogado.

Los días 11 y 12 de mayo de 2017, se celebró el SEMINARIO *CINCUENTA AÑOS DE DERECHO CIVIL ARAGONÉS,* organizado por la Institución Fernando el Católico, organismo autónomo de la Diputación Provincial de Zaragoza, con el siguiente programa:

Día 11 de mayo:
Inauguración del Seminario *La Ponencia Preparatoria de 1935*. Dr. D. Jesús DELGADO ECHEVERRÍA, Catedrático Emérito de Derecho civil. Universidad de Zaragoza.

«La legislación y las fuentes del Derecho», por la Dra. Dña. Elena BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Profesora Titular de Derecho civil, Universidad de Zaragoza.
«El Derecho interregional entre gigantes», por el Dr. D. José Javier PÉREZ MILLA, Profesor titular de Derecho Internacional Privado, Universidad de Zaragoza.

Coloquio: *La jurisprudencia y el recurso de casación. 50 años de aplicación del Derecho civil en Aragón*. Modera y expone el Dr. D. Alfredo SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA. Profesor Titular de Derecho civil y Abogado (jubilado).
Mesa redonda: Excmo. Sr. D. Manuel BELLIDO ASPAS, Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Aragón; D. David ARBUÉS AISA, Abogado del REICAZ, colaborador del Grupo IDDA; D. Fernando BARINGO GINER, Abogado del REICAZ, colaborador del Grupo IDDA.

Día 12 de mayo:
«Derecho de la persona: Medio siglo de evolución», por el Dr. D. José Antonio SERRANO GARCÍA, Acr. Catedrático de Derecho civil, Universidad de Zaragoza.
«De la familia del siglo XX a la familia del XXI: Cambios y permanencia», por la Dra. Dña. María del Carmen BIESA HERNÁNDEZ, Investigadora, Colaboradora del Grupo IDDA.
«El Derecho de sucesiones: Las huellas del maestro Lacruz», por el Dr. D. Miguel LACRUZ MANTECÓN, Profesor Titular de Derecho civil, Universidad de Zaragoza.
«Derecho de bienes: Luces y sombras», por el Dr. D. José Luis ARGUDO PÉREZ, Profesor Titular de Derecho civil, Universidad de Zaragoza.
«Cincuenta años de vigencia de la Compilación de Derecho civil de Aragón: Perspectiva notarial», por D. Fernando AGUSTÍN BONAGA, Notario, Colaborador del Grupo IDDA.

Coloquio: *La doctrina y la legislación: Su contribución a la práctica forense*. Modera y expone la Dra. Dña. Carmen BAYOD LÓPEZ, Acr. Catedrática de Derecho civil, Universidad de Zaragoza.
Mesa redonda: D. Enrique GIMÉNEZ ALLUEA, Director General de Desarrollo Estatutario, Gobierno de Aragón; D. Adolfo CALATAYUD SIERRA, Notario, Miembro de la Comisión aragonesa de Derecho civil.

Clausura: *La defensa del ordenamiento civil aragonés*. Excmo. Sr. D. Fernando GARCÍA VICENTE, Justicia de Aragón.

El día 27 de junio, organizada por el colegio de Economistas de Aragón, tuvo lugar la JORNADA *JUSTICIA Y ECONOMÍA EN ESPAÑA*, con el siguiente programa:

Inauguración a cargo de don José Luis AGUIRRE, Presidente de Ibercaja.

Ponencias: Presenta y Modera: Don Valentí PICH ROSELL, Presidente del Consejo General de Economistas.
«Implicaciones económicas del funcionamiento de la Justicia en España», por don Pascual FERNÁNDEZ, Decano del Colegio de Economistas de Madrid.
«Propuestas para mejorar la legislación y Administración de Justicia», por don José María CAMPOS, Director de Régimen Interno y Legal de la CEOE.

Clausura a cargo del Ministro de Justicia.

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS

M.ª P. POUS DE LA FLOR, R. A. LEONSEGUI GUILLOT, E. DEL RÍO COBIÁN (dirs.): *Gestión y Administración de fundaciones,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

por

DR. D. JUAN-CRUZ ALLI TURRILLAS*
Profesor titular de Derecho administrativo

La historia de la «fundación» en apenas dos siglos ha pasado de su omnipresencia social —en forma de diversas instituciones con un trasfondo de tipo fundacional— hasta su práctica eliminación en el siglo XIX, transcurriendo por un tenue reconocimiento, como persona jurídica (*universitas rerum*), y su reaparición tímida en el siglo XX, primero en el Código Civil y, luego, ya de manera mucho más rotunda, con su reconocimiento expreso en la Constitución de 1978. Nunca ha dejado la institución civil fundacional de existir del todo, de hecho, aunque de derecho no estuviera muy clara su presencia e, incluso, no existiera *stricto sensu* como forma jurídica. Es, por eso, una institución peculiar, sumamente interesante; centauro bifronte, dirá GOMÁ, en la medida en que tiene cuerpo privado y cabeza pública.

El estudio doctrinal —como la regulación pública— de las fundaciones en España, en consecuencia, también ha estado sometido a unos vaivenes similares a los de la institución que estudiaba. Así, sin perjuicio de varios señeros, brillantes y profundos estudios —ya algo antiguos (como, por ejemplo, los de I. NART, en 1951, J. M. LÓPEZ JACOISTI en 1965, y U. VALERO AGÚNDEZ en 1969, principalmente)— y otros más también dispersos en el tiempo (BÁDENES GASSET en 1977, MALUQUER DE MOTES en 1983), con alguno anterior a todos ellos, no ha existido un importante cuerpo de doctrina; como tampoco hubo una legislación completa, hasta la aparición de la ley de fundaciones de 1994.

Es en tal momento cuando se elaboran los primeros análisis doctrinales que pueden calificarse como de gran entidad: los libros de DE LORENZO, GARCÍA-ANDRADE, REAL PÉREZ & PIÑAR, y unos excelentes *Comentarios a la Ley* (junto con otros libros más coyunturales, de diversa factura y calidad). Desde entonces, y especialmente desde la aparición de la Ley de 2002, han ido proliferando los estudios generales y parciales, de diverso nivel y categoría: otros comentarios sobre la ley, otros análisis completos sobre la fundación, hasta estudios de la fundación desde otros ángulos, bien como artículos parciales sobre aspectos de la fundación (actividad empresarial, fiscalidad, regulación civil, régimen histórico).

---

* Autor de: *Fundaciones y Derecho administrativo, Marcial Pons, 2010; La fundación ¿una casa sin dueño? (gobierno, responsabilidad y control público de fundaciones en EEUU, UK, Alemania y Francia),* Iustel, 2012.

O bien como parte de obras más generales (mercantil, administrativo, Cajas de ahorro y Banca, etc.). Además han surgido unos estudios centrados en un fenómeno prácticamente único en Europa: el de las llamadas «fundaciones en mano pública» en sus muy diversas categorías y con un tono generalmente crítico o muy crítico hacia tal institución (VAQUER CABALLERÍA, SOCÍAS CAMACHO, CARBALLEIRA, SOSA WAGNER, entre otros).

Un episodio aparte de todo lo antes dicho requiere otro conjunto de libros dedicados al «tercer sector». Estos surgieron al rebufo de los análisis llevados a cabo por el Profesor Salamon *John Hopkins Non Profit Book Series* en los años 90. Habían quedado algo abandonados, pero ahora mismo, el mismo autor propone nuevos análisis de brillante factura sobre el «nuevo» tercer sector y las fórmulas que se están alumbrando a su alrededor. No se trata estrictamente de fundaciones, pero tiene un enorme interés para esta figura por ser parte del conjunto que forman con ellas (*Philanthropication thru privatization, The Resilient Sector Revisited, What is the 'Third Sector"*).

Entre nosotros, en cambio, si bien hay algunos análisis socio-económicos muy completos en aquel momento (el primero fue alrededor de 1993 y una traducción del más general a nivel mundial que se hizo en España en 1999), los últimos estudios globales sobre el «sector no lucrativo» recogen datos y visiones de hace ya más de cinco años (2005-2006); lo cual los deja un poco obsoletos. En ningún caso estos últimos trabajos aportan novedades, como lo hicieron aquellos u otros de ámbito más europeo (A. SCHLÜTTER & V. THEN & P. WALKENHORST, *Foundations in Europe. Society, Management and Law,* CAF & Bertelsmann Foundation, 2001); dejando a salvo algún estudio parcial, como el realizado sobre el gobierno fundacional comparado entre Europa y los Estados Unidos [K. J. HOPT & T. V. HIPPEL (dirs.), *Comparative Corporate Governance of Non-profit Orgatizations*, Cambridge University Press, 2010], y otro interesante estudio sobre filantropía y el concepto de fundaciones (H. K. ANHEIER & S. DALY, *The Politics of Foundations. A comparative analysis*, Routledge London, 2007) o algunos otros parciales y variados, que no recojo.

No obstante, varios hechos han removido desde hace pocos años este panorama más bien continuista. En primer lugar los sucesivos análisis sobre el sector fundacional realizados por el IAEF en colaboración con la Asociación Española de fundaciones (AEF), que en varias oleadas nos ha transmitido los datos más señeros del sector (el último recién publicado sobre datos de 2015/2016). No sé si es su causa o consecuencia, pero puede ponerse en relación con el intento de crear un «sector europeo de fundaciones»; propósito fracasado en lo estatutario, pero que ha ayudado a la auto-percepción del sector en su conjunto de Europa y en España en particular. En segundo lugar no cabe duda que la paulatina aproximación de los alientos «empresariales», los cada vez más claros vínculos entre la Banca y las fundaciones, el deseo del sector crediticio y empresarial de buscar fórmulas «filantrópicas», el (buen) contagio de técnicas de cada uno de ambos sectores, y la propia necesidad de las fundaciones de buscar fórmulas de financiación, ha acercado uno a otro y, en consecuencia, a sus fórmulas y formas de gobierno y gestión. En torno a ello también ha aparecido, poco a poco, algo de literatura jurídica y empresarial sobre gobierno de fundaciones —y fórmulas parejas— e itinerarios jurídicos posibles. Un tercer sector, en el fondo de consecuencias concomitantes aunque sus causas sean otras, es la reciente aparición de las fundaciones bancarias provenientes del proceso de profunda transformación de las Cajas de Ahorro.

Además, en los últimos años algunas obras estudian la fundación desde muy diversos ángulos científicos, tanto jurídicos como de otro tipo, por varios autores

generalmente expertos en la materia. Esto, en principio, no sería novedad. Pero sí lo es que en estos análisis el texto está realizado de una manera coordinada y conjunta. Así estos estudios van paulatinamente recogiendo el enorme esfuerzo doctrinal que, a este respecto, se ha ido acumulando tanto en España como en el extranjero. Aquí estarían, por citar algunos, los magníficos *Anuarios de Derecho de fundaciones* que ha ido editando Iustel desde 2009, los *Comentarios sistemáticos de la Ley de fundaciones* de Aranzadi de 2010 y 2016 (2ª edición), particularmente. Además, una serie de libros de MARCIAL PONS dirigidos por EMPARDAZA SOBEJANO y EMBID IRUJO, y algunos otros sueltos; libros que no puedo citar en su totalidad, pero entre los que hay excelentes ejemplares, como por ejemplo el reciente *Buen gobierno de las fundaciones* (dir. S. Martínez Garrido). También, incluso, algún estudio comparado que, poco a poco nos va abriendo las puertas al conocimiento de otras legislaciones (*La fundación, ¿una casa sin dueño*?, Iustel, 2012).

No obstante todo ello, nuestro panorama editorial carecía de algún texto que combinara esos factores citados: multidisciplinariedad, variedad de autores, compacidad, sencillez pero con calidad doctrinal, cualidades prácticas y que, con todo ello, fuera además suficientemente práctico y manejable para no ser un impedimento a su lectura y estudio. Estrictamente hablando ninguna de las obras citadas tenía estas cualidades, aunque tengan muchas otras y sean absolutamente necesarias: o bien son excesivamente amplios en su contenido y doctrinalmente variados y dispersos, o bien son muy parciales en su propósito, pues se centran en un aspecto muy particular. Esta era, pues, una laguna de nuestro panorama editorial que ha cubierto magníficamente bien la obra que ahora vemos.

La obra que ahora recensiono «*Gestión y Administración de fundaciones*» cubre este importante vacío. Y lo hace sin paliativos y con gran acierto. Tanto que va por su segunda edición, tras una exitosa primera edición (a su vez basada en un texto previo de menor calado y contenido, pero que puso las bases de tal trabajo).

El libro comienza con un análisis doctrinal sobre el ser y funcionamiento civil de la fundación, que es la base necesaria para cualquier análisis de estas al menos en nuestro ordenamiento. El Derecho civil es padre del Derecho, en general, y, por lo tanto —y particularmente— de esta forma jurídica; institución eminentemente civil en su sentido más profundo. Esta primera aproximación civil se hace, además, de manera suficientemente condensada como para no resultar un indigesto estudio doctrinal; más bien al contrario. No se ha adoptado un punto de vista excesivamente dogmaticista, jurídico y estático, sobre el cual nuestro panorama editorial quizá está algo saturado, sino dinámico; es decir, examinando los elementos operativos de la fundación: naturaleza y constitución de la fundación desde los diversos «ordenamientos» (estatal y autonómicos), gobierno y supervisión, y funcionamiento de la fundación. A continuación, el análisis utiliza otros ángulos absolutamente precisos al tratar sobre la institución «fundación» en la actualidad (fiscalidad, mecenazgo, actividades económicas, contabilidad, análisis de gestión, comunicación, *fundraising*, etc.).

Este «nuevo» ángulo combinado ha sido, y es, muy común en la *terra fundationis* que son los EEUU, pero no lo había sido frecuente entre nosotros. En efecto, como ya apuntara, nuestros análisis han estado excesivamente pegados a las discusiones jurídico-doctrinales, en gran medida debido a la ausencia de una legislación clara y completa hasta tiempos muy recientes. Pero resultaba ya urgente que este tipo de estudios combinados se realizaran. El sector fundaciones es en España un sector pequeño, quizá mediano, pero importante, sólido y fuertemente arraigado. Sus cada vez más numerosos componentes necesitaban,

pues, una obra de estas características y entidad, que combinara las «soluciones» jurídicas, suficientemente comentadas, junto con las económicas, financieras, fiscales, organizativas, etc. Este es el espacio que ha cubierto este libro.

De tal manera que me atrevo a señalar que este auténtico «manual», por lo manejable y preciso, es una combinación ideal, pero tangible, entre conocimiento jurídico bien *asimilado* y a la vez expuesto de manera sencilla, que no simple, con un más que notable pragmatismo operativo. Este juicio, como es evidente, no supone una crítica a otras obras. En el panorama editorial son necesarias tanto las obras generales de tipo sistemático y de análisis legal, los estrictos comentarios a las leyes, como los estudios monográficos tipo tesis doctoral sobre aspectos concretos, y los análisis doctrinales de tipo interpretativo general. Pero de nada sirven unos y otros sin que existan obras que, como esta, asimilan todos ellos exponiéndolos de una manera que resulte útil para los operadores de las fundaciones (en este caso) y, por ello, de manejo imprescindible para entender y tener unas pautas generales para asegurar su buen funcionamiento. Ni que decir tiene que la faceta profesional práctica de sus autores les ha permitido acudir a los puntos neurálgicos en la vida fundacional, sin perderse por vericuetos culteranos (en los que en los que frecuentemente nos perdemos los académicos; verdaderos callejones sin salida que no siempre, a veces casi nunca, fecundan una realidad tan rica como es, en este caso, la fundacional). Esto es especialmente notable en varios capítulos cuyo texto se acompaña de esquemas, cuadros y exposiciones que permiten entender muy bien aspectos muy complejos (*fundraising*, campañas, fiscalidad, contabilidad, obligaciones informativas, etc.). Todo esto —que no es poco— es lo que se hace en este libro.

El libro presenta un esquema muy compacto que denota la labor de coordinación —no mera suma de saberes parciales— y de concisión en su redacción. Entiendo que las exigencias del guión editorial aconsejan una brevedad que en ocasiones —como quizá en esta— está reñida con una mayor complitud de algunos aspectos, que quedan meramente hilvanados. Pero, como he indicado, para acudir a ver los hilos más fuertes, hay numerosas monografías recientes y otros textos de comentarios de la ley, etc. Contiene quince capítulos realizados por once autores y ocupa algo más de 510 páginas. Resulta así un tamaño muy manejable y legible, máxime si se piensa que no todo puede resultar del interés de un determinado lector; aunque su lectura completa resulta enormemente aconsejable para tener una idea de conjunto acerca de todo lo antedicho. Veamos, ahora y brevemente, cada uno de los capítulos.

El primer capítulo, firmado por M.ª P. POUS DE LA FLOR, realiza un análisis del régimen básico de la fundación desde una perspectiva civil y normativa, atendiendo específicamente a la legislación estatal y las autonómicas (dentro de la gran complejidad a la que se está llegando con esta «motorización» legislativa producida por un motor de 17 válvulas y otro motor, el estatal, auxiliar; todo ello con un depósito de combustible que se está demostrando muy corto para su voracidad de consumo): qué es la fundación, cómo es su constitución, formación e inscripción. Los temas que subyacen en este capítulo son de tal calado —y no es el menor el propio concepto de fundación— que haber condensado todo ello de un modo tan manejable y claro resulta un verdadero alarde de esfuerzo (según puedo inferir de que lo que ha costado a mí mismo hacerlo en otros lugares). Evidentemente se trata de una lectura obligatoria para entender todo lo que sigue.

El segundo capítulo, elaborado por J. RUIZ y L. TEJEDOR, se dedica al gobierno de la fundación. Esto se hace acertadamente de dos maneras: primero uniendo al gobierno estricto de la fundación (patronato) con el protectorado (pú-

blico) que lo supervisa; y segundo realizando un análisis práctico y eminentemente real (de situaciones reales): reuniones, votaciones, toma de decisiones, etc. En cuanto a lo primero, la combinación de uno y otro parece más que adecuada, aunque la acción de supervisión pública se realice no estrictamente sobre el gobierno —lo cual, además, no ocurre con fuerza en nuestro caso— sino sobre el conjunto de la fundación. Esta vinculación concreta de la supervisión sobre el gobierno es debida a que debido a la esencia heterónoma de la fundación se ha generado cierta distorsión entre el gobierno y la institución aunque, como es evidente, lo que debe controlarse es lo que hacen quienes «representan» la fundación, aunque no sean ella.

El funcionamiento de la fundación puede verse de dos maneras: una de los tipos o formas de gestión —que se verá más adelante en sus diversas manifestaciones—; y otra mucho más íntima y profunda en torno a la actividad de la fundación sobre su base patrimonial fundamental. El elemento patrimonial es parte del ser de la fundación, junto con su fin de «interés general», su esencia heterónoma, su carácter no lucrativo (al menos de lucro subjetivo) y su autonomía. Pues bien, precisamente el capítulo III escrito por la profesora R. LEONSEGUI es, también, un alarde de sencilla complejidad en el tratamiento de aspectos capitales: base patrimonial, administración, actividades empresariales, modificación y extinción patrimonial, etc.; cuestiones todas ellas de enorme calado donde se juega el ser, la esencia, de la fundación en sus más profundos términos, sin que hablar de «esencia» le reste ni un ápice de practicidad a estos temas.

Los dos capítulos siguientes los firma I. PEÑALOSA y se centran en un aspecto que se ha ido convirtiendo en el factor neurálgico del régimen de las fundaciones en varios lugares —como los EEUU, Alemania y Holanda, aunque no tanto entre nosotros— cual es la fiscalidad. He agrupado lo que, no obstante, está separado en el libro: la fiscalidad de la fundación (como estructura) y del mecenazgo (como actividad). Aunque la relación es profunda, al ser la fiscalidad única estamos ante formas y actividades distintas que conducen a regímenes muy distintos. Estos capítulos han sufrido numerosas modificaciones por los diversos cambios que se han producido y que se recogen, pues está muy actualizado y ampliado.

Tales capítulos tienen un carácter eminentemente práctico pues, como apuntara, en nuestro país el régimen (conceptual) de las fundaciones es previo al fiscal y determina en gran medida su régimen (al igual que ocurre en Francia y en Inglaterra). O dicho de otro modo, la fiscalidad no está configurando el régimen de las fundaciones, como ha ido ocurriendo en los primeros lugares señalados. Por eso, en definitiva, apenas se ha interesado la fiscalidad por aspectos «conceptuales»; a los que circunvala. No obstante conocerlo bien es cada día más preciso por varios motivos. El primero es el puro efecto imitatorio, máxime el grado de desarrollo del sistema fiscal-fundacional y de *fundraising,* que se ha ido producido con respecto al régimen de los EEUU. El segundo, es que caminamos hacia un modelo federal, por lo que la solución de una unificación del régimen por la vía fiscal (federal) puede resultar cada vez más fuerte. El tercero porque es posible que sea por esta vía cómo se vaya llegando a un régimen común operativo para las fundaciones en Europa en particular, pues aunque hay aspectos anteriores de tipo esencial, al final la operatividad real de las fundaciones extranjeras se juega en este campo fiscal.

J. M. CAJIGAL elabora un excelente y muy completo capítulo VI sobre un aspecto que ha estado totalmente olvidado en otros estudios: el presupuesto de la fundación en el marco de la planificación económica. En este lugar se analiza los tipos de base patrimonial de la fundación para, a partir de ahí, exponer los

sistemas de financiación y presupuestación que se adecuen mejor a tal estructura. Resalta la faceta práctica en su manera de elaborarlo, que resultará de enorme interés a quienes deban hacerlo.

Relacionados con los tres capítulos anteriores, E. DE LA RÚA ALONSO DE CORRALES ha escrito los capítulos VII y VIII, dedicados a otro de los aspectos preteridos entre la doctrina al uso: la contabilidad de las fundaciones. Aspecto neurálgico sin el cual la acción de gobierno está coja y manca; pero que, pese a ello, ha sido y continúa siendo, en gran medida, la cenicienta en los estudios al uso. De nuevo nos encontramos con que en otros países le dedican un enorme esfuerzo en este ámbito, pero aquí ha estado un tanto olvidado. El lado práctico de estos capítulos, unido a su complitud, muestran que esto puede y debe empezar a cambiar; y este capítulo es su base necesaria.

Solapándose un tanto con estos capítulos pero buscando otros ámbitos, P. JUEZ MARTEL ha escrito un capítulo dedicado específicamente al análisis en la gestión de los diversos aspectos de las fundaciones: cuentas, análisis financiero y económico, y presupuestación. Su interés, como el de los anteriores, es máximo, tanto para los gestores de las fundaciones como para los que las gobiernan o supervisan internamente, como para las autoridades que las controlan. La tecnificación en la escala de gestión fundacional tiene que empezar por incluir cada vez más y mejores sistemas de este tipo, siempre sin perjuicio —sino más bien en beneficio, a modo de refuerzo— del caldo de «confianza» (*trust*) en el que se basa este sector.

El *fundraising* o captación de fondos es uno de los campos que gozan de más desarrollo en los EEUU, Inglaterra y otros países con un sector fundacional fuerte y competitivo. Y ello tanto, en primer lugar, referido a la acción de-recaudar-fondos como, en segundo, en cuanto a la existencia de numerosos libros, de diverso tono, dedicados a explicar cómo debe hacerse (firmados por expertos profesionales cuya ocupación es directamente la obtención de fondos o el asesoramiento de cómo realizarla). En efecto, cómo conseguir dinero es fundamental para un sector que mueve miles de millones de dólares y supone algo así como el 4% del PIB de la mayor economía del mundo. Hasta donde me consta el capítulo X firmado por I. VENDRELL es pionero en esta materia en España y su enfoque es particularmente novedoso y brillante. Resulta así, ya por sí solo, motivo suficiente para adquirir esta obra (dicho sea sin perjuicio de todos los demás capítulos).

Podemos englobar en un último apartado una serie de aspectos que sin ser neurálgicos o «esenciales» al ser de la fundación, sí son cada día más fundamentales para el correcto funcionamiento de cualquier estructura moderna y por ello, y específicamente, de la fundación. Los capítulos XI a XV se dedican, paulatinamente a: planificación y gestión estratégica, planificación operativa, comunicación, gestión de proyectos y gestión de personas. Estos cinco capítulos están elaborados por I. VENDRELL, E. DEL RÍO, C. CORTÉS; lo han hecho de un modo muy interrelacionado, compacto y práctico. De nuevo son de enorme interés en la gestión concreta de una fundación. Su carácter introductorio —en gran medida debido a la ausencia de estudios monográficos sobre todo ello- los convierten en análisis fundamentales para todo directivo de una fundación, aunque sus tareas no sean específicamente las estudiadas en estos capítulos. Considero que, en todo caso, su lectura evitaría dos pecados habituales: primero el amateurismo diletante de numerosos patronos fundacionales; y segundo —en numerosas ocasiones a la vez que el anterior— lo que los americanos denominan síndrome LYBATO que se produce específicamente en algunos directivos, que significa que algunos de los patronos gobiernan las fundaciones sin querer esfor-

zarse: «*leave your brains at the door*» (dejan su cerebro al otro lado de la puerta). Todo lo cual produce enormes daños en el sector y en cada fundación concreta.

* * *

Si la edición de un libro siempre —o casi siempre— es un hecho por el que alegrarse, en este caso lo es por partida doble o incluso triple. El primero porque en los tiempos que corren una edición es casi un milagro que se debe a varios factores. Unos extrínsecos como los económicos (interés comercial, ventas, etc.); pero otros intrínsecos: los que se basan, cada vez más, en la calidad del producto, como en este caso. El segundo porque si se trata, además, de una segunda edición que ha sido actualizada, ampliada y convertida en un análisis más completo y práctico, parece claro que la calidad se asienta y se confirma por los hechos y el éxito que se logra con notable esfuerzo personal y colectivo, como también es el caso. El tercero porque la especificidad, compacidad, precisión, agudeza y urgencia de los temas tratados, y de cómo se han tratado, hace de este un libro imprescindible tanto para el fundador, el patrono, el supervisor como para el estudioso de esta insigne institución de nuestro ordenamiento; testigo jurídico de la historia social, política, económica que atraviesa un renacimiento muy acorde, y muy necesario, con estos tiempos en los que público y privado necesitan un nuevo entendimiento al que este libro contribuye enormemente.

Es cierto que en el haber, en gran medida excusable por propósito general que tiene, estaría algún capítulo que analice el itinerario «público» de la fundación a través de su sobre-regulación administrativa (no solo fiscal) —en especial la creación reciente del Protectorado y Registros (Estatales) únicos; con todo lo que de ello pueda ir derivando— y, también, que haga una referencia más completa a los progresivos vinculaciones con el Derecho mercantil y de sociedades; si bien es cierto que muchos de sus aspectos cruciales están mencionados en los capítulos sobre el patronato y el patrimonio.

PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel: *El beneficio de inventario*. Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2016. 120 páginas. Monografía.

por

SANTIAGO ARAGONÉS SEIJO
Juez

El autor es Catedrático de Derecho civil de la Universidad de A Coruña y la presente obra es la primera que examina —en profundidad— el expediente notarial de los artículos 67 y 68 de la Ley del Notariado, sobre la formación del inventario. Se divide la monografía en siete capítulos y finaliza con una extensa reseña de las resoluciones judiciales —de todos los órdenes jurisdiccionales— y de la Dirección General de los Registros y del Notariado recaídas en esta materia. En todo momento, distingue claramente el autor entre los aspectos sustantivos y los del procedimiento del expediente notarial.

La obra puede ser útil no solo para los Notarios, que tramitan el expediente, sino también para los Abogados o incluso para los gestores administrativos, dado

que estos últimos suelen asesorar a muchos herederos en el pago de los tributos y de algunas deudas del causante y pueden advertir —entonces— la conveniencia de que la herencia sea aceptada a beneficio de inventario.

En el capítulo primero se dedica a las *cuestiones generales: aceptación, repudiación y beneficio de inventario*. Subraya el autor que la aceptación pura y simple provoca la responsabilidad *ultra vires hereditatis* con todos los bienes del heredero y, por el contrario, la aceptación a beneficio de inventario que la responsabilidad sea *intra vires hereditatis*, limitándola únicamente al patrimonio hereditario. El beneficio de inventario es una solicitud del llamado a una herencia por la que manifiesta al Notario su voluntad de acogerse al beneficio en base al inventario que se elaborará posteriormente.

Distingue el autor entre el beneficio de inventario y el derecho de deliberar. Pese a que ambos conllevan la práctica del inventario de los bienes de la herencia, difieren en que quien se sirve del derecho de deliberar no participa en la condición de heredero porque es todavía un simple llamado a la herencia.

El segundo capítulo, sobre los *efectos sustantivos de la herencia*, también versa sobre los efectos y significado de la aceptación a beneficio de inventario. Se insiste en que el beneficiario es ya heredero y, como tal, no tiene limitadas las facultades dominicales. Para el lector será de gran utilidad la reseña de numerosas sentencias en las que se ha tratado la legitimación del heredero beneficiario, tanto activa como pasiva. Como es sabido, el beneficio de inventario conlleva la separación de dos masas patrimoniales: los recibidos a título hereditario y los propios del heredero. En consecuencia, la ejecución forzosa —civil o administrativa— solo podrá recaer sobre los bienes hereditarios, sin afectar a los que fuesen propiedad del heredero por otro concepto.

La tramitación del expediente notarial, con un estudio especial de los distintos plazos para solicitar el beneficio, se analiza en el tercer capítulo, titulado *el beneficio de inventario: entre la solicitud y la práctica del inventario*. Cada uno de los herederos puede solicitar el beneficio de inventario con independencia de la actuación de los demás. Tras la entrada en vigor de la Ley de jurisdicción voluntaria la competencia notarial es exclusiva. Pese a la redacción literal del artículo 67 de la Ley del notariado, considera el autor que resulta este aplicable tanto al beneficio de inventario como al derecho de deliberar.

El heredero que solicite la formación del inventario debe presentar su título de sucesión hereditaria y la solicitud puede efectuarla representante legal o voluntario con poder expreso. Caso especial es el de los padres o tutores, que podrán aceptar la herencia a beneficio de inventario sin necesidad de autorización judicial. Igualmente, cuando el Juez hubiera denegado la autorización para repudiarla, solo podrá ser aceptada a beneficio de inventario.

Gran parte del capítulo tercero se dedica a los plazos en los que el heredero puede solicitar el beneficio de inventario. Tras el minucioso examen de los artículos 1014 a 1016 del Código Civil, el autor distingue entre el plazo general de treinta años y el de treinta días, este último para tres supuestos: (i) si el llamado tuviera en su poder los bienes hereditarios; (ii) desde que acepte la herencia si no los tuviere; y, (iii) si el llamado hubiera sido interpelado *ex* artículo 1005 del Código Civil.

Considera PÉREZ ÁLVAREZ que las causas que justifican la negativa del Notario al requerimiento del solicitante son: (i) la falta de capacidad del solicitante o de legitimación por falta de título; (ii) la existencia de una previa repudiación por el llamado a la herencia; y, (iii) representación insuficiente por parte del que lleva a cabo la solicitud o transcurso del plazo legal exigido

para acogerse al beneficio. Sin embargo, no resulta exigible que el Notario compruebe los presupuestos de hecho de cada uno de ellos, sin perjuicio de advertir al requirente.

Finalmente, insiste el autor en que la práctica del inventario presupone la aceptación de la herencia. Lo ordinario será que, tras la aprobación notarial de la solicitud, se formalice la declaración de voluntad del llamado aceptando la herencia y acogiéndose al beneficio. Resulta conveniente que ello sea así, pues si el Notario no acepta la petición del beneficio podría desistir el solicitante del otorgamiento de la escritura pública de aceptación de la herencia. Opina —también— que no puede considerarse la mera solicitud de petición del beneficio de inventario como una aceptación tácita de la herencia por cuanto no reviste carácter constitutivo.

Por su parte, comprende el capítulo cuarto *el inventario: conclusión del expediente e impugnación*, de especial trascendencia por cuanto el inventario concreta los bienes y derechos que, por integrar el caudal hereditario, resultarán afectos a la satisfacción de las cargas de la herencia. El inventario de la herencia reviste carácter necesario y la concesión del beneficio solo será definitivo cuando se acompañe dicho inventario, pero en ningún caso implica una aceptación condicional de la herencia.

Una vez aceptado el requerimiento, el Notario tendrá que citar a los acreedores y legatarios para que acudan, si les conviniere, a presenciar la práctica del inventario. Aunque no se diga expresamente, el autor considera que también debe citarse a los herederos que aceptaron pura y simplemente la herencia.

La citación es a los únicos efectos de presenciar su práctica. Acreedores y legatarios podrán hacer constar su oposición en lo que atañe a la inclusión o no en el inventario de determinados bienes o derechos de crédito.

Como todo inventario, se distingue entre el activo y el pasivo. En ambos casos deberá el Notario obtener las certificaciones registrales y la relación actualizada de créditos y plazos de vencimiento.

Pese a su habitualidad en el tráfico jurídico, el autor califica como insuficientes los elencos contenidos en las manifestaciones de herencia presentadas a efectos de liquidar el Impuesto sobre sucesiones y donaciones.

Una vez terminado el inventario, se cerrará y protocolizará el acta, y podrá impugnarse ya sea por ser extemporánea la solicitud o por haberse omitido alguna de las citaciones preceptivas. Insiste el autor en que, para que prospere la impugnación, no se exige la concurrencia de culpa o negligencia del heredero, salvo que se pretenda obtener la sanción de pérdida del beneficio.

Desde la aceptación a beneficio de inventario hasta el pago de todos los acreedores y legatarios la herencia se encuentra en situación de administración. A ello se dedica el capítulo quinto, sobre *la administración de la herencia beneficiaria y el pago de las cargas hereditarias*. En defecto de designación específica por el testador, corresponde gestionar la herencia al heredero. Evidentemente, por carecer de trascendencia real, esta clase de administración no puede acceder al Registro de la Propiedad.

Mientras dura la administración, el heredero no tiene el pleno goce de los bienes hereditarios, siendo ajeno a los frutos que produzcan. No obstante —recuerda el autor— el heredero no tiene limitadas sus facultades dominicales y no deben aplicarse aquí las normas procesales referentes a la intervención del caudal hereditario. Será el Notario el que designará al administrador y los interesados podrán acordar su compensación y la exigencia de que preste alguna clase de garantía antes de asumir el cargo.

La administración de la herencia beneficiaria es una situación transitoria orientada al pago de las cargas hereditarias. Se tendrán que satisfacer en primer a los acreedores del caudal hereditario y solo después se pagarán los legados. A diferencia de los legados, la práctica del inventario no impide que los acreedores ejerciten sus derechos de crédito.

Sobre el pago de las deudas posteriores, que se trata en el capítulo sexto *El régimen jurídico ulterior al pago de las cargas hereditarias*, el remanente que le queda al heredero está sujeto al régimen ordinario. Si bien, en los supuestos de aparición sobrevenida de acreedores estos solo podrán reclamar contra los legatarios en el caso de no quedar en la herencia bienes suficientes para pagarles. El autor considera que el heredero habrá de satisfacer a los acreedores con el remanente y reclamar ulteriormente la reducción a prorrata de los legados.

Concluida la administración de la herencia beneficiaria el administrador debe rendir las cuentas, ya sea a los acreedores y legatarios —si no hubiesen cobrado por completo— o al heredero —si se designó a un tercero— con la obligación de indemnizar los perjuicios por culpa o negligencia. Finalmente, en el capítulo séptimo, sobre *La pérdida del beneficio de inventario*, el autor considera que esta tiene carácter sancionador y el heredero quedará obligado al pago de las cargas hereditarias con sus propios bienes. Puede tener lugar dicha pérdida por incumplimiento de los plazos y solemnidades del inventario, por el contenido del inventario o por la enajenación de bienes hereditarios.

En consecuencia, cuando por culpa o negligencia del heredero no se hubiera comenzado el inventario dentro de los treinta días siguientes a las citaciones de acreedores y legatarios o no hubiese concluido dentro de los sesenta días siguientes o en caso de ocultación de derechos de crédito al Notario. También si el heredero dejare de incluir, a sabiendas, no por meros desacuerdos, bienes, derechos o acciones en el inventario. Por último, también perderá el beneficio si el heredero vende bienes hereditarios sin autorización de todos los interesados o no diese al precio de lo vendido la aplicación determinada en la concesión.

En definitiva, estamos ante una obra útil tanto para los Notarios —que tramitarán el expediente— como para los demás operadores jurídicos y, en general, para el conocimiento de esta figura sucesoria. Resulta crucial la correcta tramitación del expediente notarial, con las citaciones preceptivas y los plazos para la elaboración el inventario, y que el inventario refleje fielmente el activo y el pasivo de la herencia beneficiaria. Consideramos que esta figura puede estar perdiendo interés por el incremento progresivo de la transmisión *mortis causa* de la mayoría de bienes fuera del cauce testamentario a través de fondos de pensiones o de seguros de vida. Estos últimos instrumentos tienen sus propios medios de transmisión.

Finalmente, por nuestra parte, echamos de menos una valoración personal —o postura— del autor sobre la necesidad de mantener la responsabilidad *ultra vires hereditatis*, si sería aconsejable que la responsabilidad del heredero se limitara siempre a los bienes hereditarios, como ya han hecho los derechos civiles navarro, aragonés y vasco.

NORMAS DE PUBLICACIÓN REVISTA CRITICA DERECHO INMOBILIARIO

Conforme a los criterios de calidad exigidos tanto por las nuevas normas del CINDOC (Centro de Información y Documentación Científica) como por 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 como obligatorias las siguientes normas de publicación de trabajos en la RCDI.

1. NORMAS FORMALES DE PRESENTACIÓN

1.1. Autoría:

— Todos los trabajos que se presenten para publicar en RCDI deberán contener los siguientes datos:

- Nombre y dos apellidos del autor/es.
- Grado académico o situación profesional del autor/es.
- Dirección y Filiación institucional completa del autor/es (puesto, institución/empresa, dirección postal completa, y teléfono).
- Correo electrónico del autor/es.

1.2. Encabezamiento:

— Al inicio de todos los trabajos deberán constar los siguientes datos:

- Título del trabajo, que deberá reflejar fielmente el contenido del artículo, en español y en *inglés*.
- A continuación, se recogerá la autoría conforme a lo explicado en el punto 1.1.
- 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 de 25 a 40 folios.
— Los DICTÁMENES y NOTAS, de 10 a 25 folios.

— Los ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES, de 10 a 20 folios.
— Las RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS, de 2 a 4 folios.

1.4. Tipo de letra:

— Tratamiento de texto: Word.
— Tipo de letra: Times New Roman, Tamaño: 12 p., Interlineado: sencillo (*Sin negritas ni subrayados*).
— Las NOTAS en Times New Roman, tamaño 10, interlineado sencillo.

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 o no siempre en conexión con el tema, que deberán citarse 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: GOMEZ 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 del Libro (en cursiva). Ciudad: Editorial (pp. inicial y final).

Ej.: PARRA JIMÉNEZ, M.ª Á. (2000). Comentario al art. 211. En: J. Rams Albesa (coord.), *Comentario al Código Civil,* Tomo II, Vol. 2º. Barcelona: Bosch (pp. 1764-1790).

— *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.*

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